LAS SIETE PARTIDAS

DEL

SABIO REY D. ALONSO EL IX,

con las variantes de mas interés, y con la glosa

DEL LIC. GREGORIO LOPEZ,

DEL CONSEJO REAL DE INDIAS DE S. M.,

VERTIDA AL CASTELLANO Y ESTENSAMENTE ADICIONADA CON NUEVAS NOTAS Y COMENTARIOS Y UNAS TABLAS SINÓPTICAS COMPARATIVAS, SOBRE LA LEGISLACION ESPAÑOLA, ANTIGUA Y MODERNA, HASTA SU ACTUAL ESTADO.

POR D. IGNACIO SANPONTS Y BARBA, D. RAMON MARTI DE EIXALA,
Y D. JOSÉ FERRER Y SUBIRANA,

DE BARCELONA.

TOMO II.

BARCELONA,
IMPRENTA DE ANTONIO BERGNES, CALLE DE ESCUDELLERS, N°. 2.
1844.



TERCERA PARTIDA

Que fabla de la Justicia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada Logar, por palabra de juyzio, e por obra de fecho, para desembargar los Pleytos.

Fizo nuestro Señor Dios todas las cosas muy complidamente por el su grand saber (1), e despues que las ouo fechas, mantouo a cada vna (2) en su estado. E en esto mostro, qual es la su grand Bondad, e Justicia. E en qual manera la deuan mantener aquellos que la han de fazer en la tierra. Ca bien assi como quando la el quiso fazer, ouo saber, e querer, e poder, para fazerla, otrosi los que la Justicia han de fazer por el, han menester que ayan en si tres cosas. La primera, que ayan voluntad de quererla, e de amarla (3) de corazon, parando mientes en los bienes, e proes que en ella yazen. La segunda, que la sepan fazer (4), como conuiene, e los fechos la demandaren (5): los vnos con piedad, e los otros con reciedumbre. La tercera, que ayan esfuerço, e poder (6) para cumplirla, contra los que la quieren toller, o embargar. Onde pues que en la primera Partida deste libro auemos fablado de la Justicia espiritual, que faze al ome ganar el amor de Dios por voluntad: que es la primera espada, porque se mantiene el mundo. E otrosi en la segunda Partida mostramos de los grandes Señores, que la han de mantener generalmente en todas cosas con fortaleza, e con poder: que es la otra espada temporal, que fue puesta contra aquellos que la quisiessen embargar, o destruir por fuerça, errando contra Dios soberuiosamente, o contra el Señor temporal, o contra la tierra onde son naturales; queremos en esta tercera Partida dezir de la Justicia, que se deue fazer ordenadamente por seso, e por sabiduria, en demandando, e defendiendo cada vno en juyzio, lo que cree, que sea de su derecho, ante los grandes Señores sobredichos, o los Oficiales que han de judgar por ellos. E de si fablaremos de todas las personas, e cosas, que son menester para acabamiento de juycio: ca segund dixeron los Sabios antiguos, dos tiempos han de catar los grandes Señores, en que han de estar guisados

(1) Así se dice tambien en el salmo 103, *¡Quam magnificata sunt opera tua Domine! omnia in sapientia fecisti: impleta est terra possessione tua.*

(2) *Dedit formam futuris annorum curriculis mundi primus exortus, ut eá lege annorum vices surgerent, atque in initio cujusque anni produceret terra nova seminum germina, quo primum Dominus Deus dixerat: germinet terra herbam virentem, germinans semen secundum genus suum, et secundum sui similitudinem. Amb. Hexœm.* lib. 1. 4 cap.

(3) *Diligite justitiam, qui judicatis terram. Sap.* cap. 1.

(4) Nótese que debe el juez proceder con prudencia al administrar justicia; y segun dice Bald. sobre la l. 2. C. *de sent. ex peric. recit.*, dos especies de sal deben sazonar el espíritu del juez, sal de sabiduría, sin la cual seria insípido, y sal de conciencia sin la cual seria diabólico.

(5) *Perspiciendum est judicanti, ne quid aut duriús, aut remissiús constituatur, quam causa deposcit. Nec enim aut severitatis, aut clementiæ gloria affectanda est: sed perpenso judicio, prout quæque res expostulat, statuendum est.* L. 1. princ. D. *de pœn.*

(6) Nótese que es necesario que los encargados de administrar justicia tengan la libre potestad así de proferir sus fallos, como de ejecutarlos. Y hace á este propósito la cuestion que propone Bart sobre la l. 1. §. 13. D. *de var. et extraor. cognit.* sobre si tiene derecho á percibir su salario el magistrado electo de alguna ciudad, que no se ha atrevido á entrar, ni á permanecer en ella por temor á la tiranía ó á alguna secta que allí se hubiese levantado: cuya cuestion resuelve por la afirmati-

para obrar en cada vno dellos segund conviene. El vno, en tiempo de guerra (7), e de armas, e de gente, contra los enemigos de fuera fuertes e poderosos. E el otro, en tiempo de paz, de Leyes, e Fueros (8) derechos, contra los de dentro tortizeros e soberuiosos; de manera que siempre ellos sean vencedores. Lo uno con esfuerço, e con armas; e lo al con derecho, e con justicia. E sobre todo mostraremos del Derecho, e de la Justicia, por que se gana, o se pierde el señorio, o la posession, o la seruidumbre en las cosas, e de las lauores viejas, o nucuas; e de los edificios, como se pueden perder, o ganar, non los labrando, nin los manteniendo como deuen.

TITULO I.

DE LA JUSTICIA.

Justicia (1) es una de las cosas, porque mejor, e mas endreçadamente se mantiene el mundo. E es assi como fuente, onde manan todos los derechos. E non tan solamente ha logar Justicia en los pleytos que son entre los demandadores, e los demandados en Juyzio; mas avn entre todas las otras cosas, que auienen entre los omes, quier se fagan por obra, o se digan por palabra. E porque en el comienço desta tercera Partida fablamos en general de la Justicia, queremos en este titulo decir de ella especialmente. E mostraremos, que cosa es Justicia en si. E que pro viene della. E por que ha assi nome. E cuantas son las razones de los sus mandamientos, por que se deue obrar.

LEY 1. *Que cosa es Justicia.*

Raygada virtud es la Justicia, segund dixeron los Sabios antiguos (1), que dura siempre en las voluntades de los omes justos, e da, e comparte a cada vno su derecho egualmente. E como quier que los omes mueren, pero ella, quanto en si, nunca desfallece; ante finca siempre en los coraçones de los omes biuos, que son derechureros e buenos. E maguer diga la Escriptura, que el ome justo cae en yerro siete vezes en el dia, porque el non puede obrar todavia lo que deue, por la flaqueza de la natura que es en el; con todo esso en la su voluntad siempre deue ser aparejado en fazer bien, e en cumplir los mandamientos de la Justicia. E porque ella es tan buena en si, comprehende todas las otras virtudes (2) principales, assi como dixeron los Sabios: porende la

va; porque no es culpa de aquel magistrado, el que no haya podido gobernar la ciudad; y porque, atendidas nuestras costumbres, seria cosa torpe y vergonzosa el entrar en un lugar, en el que no pudiese administrarse la justicia libremente: *aleg.* l. 15. *de condit. instit.*: y véase á Bald. quien sobre la l. últ. l. *de pœn. judic. qui male jud.* dice, que los magistrados no pueden, sin faltar á su conciencia, residir en donde haya bandos y parcialidades.

(7) V. el prœm. *Instit.*

(8) Los cimientos de una ciudad mas bien consisten en las leyes, que en las piedras y paredes. l. 2. §. 4. y. allí Bald. D. *de orig. jur.*

(9) *Nulla abundantiores videtur fructus habere virtus, quam Justitia atque æquitas, quæ magis aliis, quam sibi prodest: utilitates suas negligit, communia emolumenta proponit;* Ambr. lib. *de Paradis.* cap. 3. El mismo, sobre el salmo 118. serm. 16. vers. 1. dice. *Sola Justitia est, quæ, omnibus temporibus, aliis potius nata, quam sibi, quotidiano usu et fructu público, suo damno alienas utilitates custodit, quæ nihil habe t utilitatis, plurimum laudis*: y en el lib. 2. *de offic.* cap. 19. *Claret, quoniam æquitas imperia confirmet, et injustitia dissolvat;* y como dice Platon, se ha de inculcar á los hombres el amor á la justicia, sin la cual no puede subsistir la república, ni aun la mas insignificante reunion ó la menos numerosa familia; pues, desapareciendo aquella ¿qué otra cosa son los reinos mas que grandes latrocinios? como dice Agust. lib. 4. *de civit. Dei;* y por esto segun Aristot. *ad Alex.* mas útil es á los pueblos la justicia de los gobernantes que la fertilidad de los tiempos: *opus quidem Justitiæ pax, et cultus Justitiæ silentium et securitas.* Ysai. cap. 3.; y tul. lib. 1. *de offic. tanta enim est vis Justitiæ, ut nec illi qui maleficio et scelere pascuntur, sine ulla ejus particula vivere possint: nam et Princeps latronum, nisi æqualiter prædam dispartiatur, aut interficietur á sociis, aut relinquetur.*

(10) Añád. *Inst. de just. et jur.* princ. cuya Glos. es declarada por esta ley, y la definicion de la misma recomendada por S. Tom. 2. 2. q. 58. art. 1. y Arist. 5. *ethic.* trae esta otra: *Justitia est habitus, secumdum quem aliquis dicitur este operativus secuudum electionem justi.*

(11) Porque es la mas perfecta de todas las virtudes, segun la auth. pr. *ut omnes obed. jud. Prov.* y Reina de ellas, segun Bart. allí colac. 5. Andr. de Isern. citando á Tulio *in prælud. feud. in fine* dice, que por la injusticia se enagenan los señores los corazones de sus súbditos. Véase al mismo cap. fin. *de prohibit. feud. alien. per Lothar.* y lo que se dice en el final de la l. 28. t. 9. Part. 2. En donde está la justicia allí están hermanadas las demás virtudes, y Ambr. lib. *de Paradis.* cap. 3. con razon se llama á la justicia reina de las virtudes; pues aun la prudencia á la cual llaman algunos la virtud principal, nada vale sin la jus-

asemejaron a la fuente perenal (5), que ha en si tres cosas. La primera, que assi como el agua que della sale, nasce contra Oriente; assi la Justicia cata siempre do nasce el Sol verdadero, que es Dios: e por esso llamaron los Santos en las Escripturas (4) a nuestro Señor JESV Christo, Sol de Justicia. La segunda es, que assi como el agua de la fuente corre siempre, e han los omes mayor sabor de beuer della, porque sabe mejor (5), e es mas sana, que otra; otrosi la Justicia siempre es en si, que nunca se desgasta (*a*), nin mengua: e resciben en ella mayor sabor los que la demandan, e la han menester, mas que en otra cosa. La tercera es, que assi como el agua della es caliente en Inuierno, e fria en Verano, e la bondad della es contraria a la maldad de los tiempos; assi el derecho que sale de la Justicia, tuelle, e contrasta las cosas malas e desaguidas, que los omes fazen.

LEY 2. *Que pro viene de la Justicia.*

Pro muy grande (1) es el que nasce de la Justicia, ca el que la ha en si, fazel beuir cuerdamente, e sin mala estança, e sin yerro, e con mesura: e aun faze pro a los otros. Ca si son buenos, por ella se fazen mejores, rescibiendo gualardones (2) por los bienes que fizieron. E otrosi los malos por ella han de ser buenos, recelandose de la pena (5), que les manda dar por sus maldades. E ella es virtud, por que se mantiene el mundo (4), faziendo beuir a cada vno en paz, segund su estado, a sabor de si, e teniendose por abondado de lo que ha. E porende la deuen todos amar, assi como a padre (5), e a madre, que les da, e los mantiene. E obedecerla, como a buen Señor, a quien non deuen salir de mandado. E guardarla, como a su vida, pues que sin ella non pueden bien beuir (6).

LEY 3. *Que quiere dezir Justicia, e quantos mandamientos son della.*

Segund departieron los Sabios antiguos, Justicia tanto quiere dezir, como cosa en que se encierran todos los derechos, de qual natura quier

(*a*) destaja Acad.

ticia, pero vale mucho la justicia sin la prudencia, segun Tul. 2. *de offic.* y como dice Arist. 5. *ethic. justitia præclarissima virtutum esse videtur, et neque Hesperus, neque Lucifer ita admirabilis; in sese virtutes continet omnes, atque perfecta maximé virtus est, quia perfecte virtutis est úsus.*

(12) V. 9. Tom. opusc. 61.

(13) Así se le llama en la antífona de la Bienaventurada Vírgen: *Felix namque* etc.: V. el salmo 71. Zachar. 6. y Malach. 4.

(14) Segun esta ley parece poder decirse que al legatario de alimentos (al cual debe dársele tambien el agua, en donde sea venal, segun Bart. sobre la l. 1. D. *de alim. et cibar. legat.*) debe darsele agua de fuente perene, porque es mas sana: bien que en esto creo debe atenderse principalmente la costumbre del pais, y la calidad de la persona á quien se han legado los alimentos, l. 12. §. 4. *de usu et habit.*, l. 9. y allí Juan de Plat. C. *de jur. fisc.* lib. 10.: porque los alimentos se prestan segun la calidad de la persona, y no corresponden los mismos á un caballero ó á un letrado que á un rústico, ni á un anciano que á un jóven; sin que deba deferirse tampoco á la escesiva delicadeza del legatario, l. 25. D. *de pignor. act.* y glos. de la l. 8. D. *de servit.*

(15) *Justitia elevat gentem: miseros autem facit populos peccatum.* Proverb. cap. 14.

(16) Concuerda la l. 1. §. 1. D. *de justitia et jur.*; pues se ha de premiar á los buenos y castigar á los malos, l. 3. C. *de offic. rector. prov.*; y l. 4. C. *de stat. et imag.* Ha enviado Dios á los Reyes á la tierra para el castigo de los malos y la honra de los buenos, cap. *solitæ*, *de major. et obed.*, y segun esto, al que se haya portado bien en el desempeño de algun oficio debe el Príncipe ascenderle á otro mas eminente, l. 2. §. 9. C. *de offic. præfec. prœt.*

(17) Para que á los que el temor de Dios no retrae del mal, los aparte de él el temor de las penas temporales, cap. *ut clericorum*, *de vita et honest. cleric.*; y así el castigo atrae indirectamente á los hombres á la virtud, segun el bello texto del §. 23. q. 6.; pues por temor de la pena desisten algunos del mal y se habituan á obrar bien; que propio es de la humana naturaleza el obrar muchas veces por costumbre.

(18) Porque es imposible vivir sin magistrados y sin justicia, l. 2. §. 13. D. *de orig. jur.* y auth. *ut omn. obed. jud. prov.*: de donde se sigue que el poder que tienen los Reyes para administrar justicia tuvo orígen en el derecho de gentes, l. 5. D. *de just. et jur.*: y así si alguna isla fuese ocupada por una nacion que no se rigiese por el derecho romano y civil, podria esta elegirse un Rey y conferirle poder para que la gobernase, segun Bart. en su trat. *de insula*, sobre la parte *nullius*. Pero si fuese una nacion regida por algun derecho civil, como este español de las Partidas, no podria elegirse Rey; y el que obrase como tal, incurriria en la pena de la l. *Tul. majest.* segun el mismo Bart.

(19) Así se espresa Ambr. lib. *de Paradis.* cap. 3. *quod Justitia mater est omnium.*

(20) Porque en los séres criados, sin gobierno, no puede haber buena administracion. V. cap. *ad hoc.* distinc. 89.

que sean. E los mandamientos de la Justicia, e del Derecho son tres. El primero es, que ome biua honestamente, quanto en si. El segundo, que non faga mal nin daño a otro. El tercero, que de su derecho a cada vno. E aquel que cumple estos mandamientos, faze lo que deue a Dios, e a si mismo, e a los omes con quien biue, e cumple, e mantiene la Justicia.

(1) *Con el laudable fin de evitar el mayor número posible de litigios, está mandado en el dia que, sin hacer constar que se ha intentado el medio de conciliacion y que esta no ha tenido efecto, no pueda entablarse ni admitirse en juicio demanda alguna, civil ni ejecutiva, sobre negocio susceptible de ser completamente terminado por avenencia de las partes, ni tampoco querella alguna sobre meras injurias de aquellas en que, sin detrimento de la justicia, se repara la ofensa con sola la condonacion del ofendido, arts. 21. y 47. del Reglam. prov. para la admin. de just. Dicha conciliacion debe intentarse ante el juez de paz, que lo es el alcalde constitucional, ó teniente de alcalde de cada pueblo. art. 22. del reglam. prov. el regidor mas antiguo en caso de ausencia ó enfermedad del alcalde ó de ser esté el actor ó convenido, el alcalde que lo haya sido el último año, cuando sea convenido ó demandante el ayuntamiento en cuerpo, y versare la demanda sobre intereses particulares, y el del pueblo mas inmediato cuando lo fuere por intereses comunes, art. 28 de d. reglam. y art. 11. de la l. de 3. de junio. de 1821. restablecida por decreto de Córtes de 25 Enero de 1837. El reglam. prov. no determina si debe celebrarse el juicio de paz ante el alcalde del pueblo en donde esté domiciliado el actor ó del en que lo esté el convenido: y aunque el art. 9. de d. l. de 3 de Junio parece llenar ese vacío diciendo que todo el que sea citado, debe comparecer ante el Juez de paz del pueblo en donde resida, con todo, y pudiendo suscitarse muchas dudas, sobre si debe atenderse á la residencia ó al domicilio, parece lo mas seguro el atenerse á las reglas generales sobre las circunstancias que radican el fuero en los juicios, segun la calidad de los negocios ó la posicion de las personas y demás consideraciones que deben tenerse presentes y pueden verse en la l. 32. de este mismo título y la glosa allí.

Toda persona de cualquiera clase y condicion que sea debe comparecer, siendo citada, á juicio de conciliacion ante el Alcalde, como juez de paz, sin distincion de fueros por razon de las personas, ni por la naturaleza del negocio para que se la citare art. 22. del Regl. y art. 1. de la l. de 3 de Junio de 1821.; escepto si la demanda tuviere relacion con cuestiones sobre minas, en cuyo caso debe intentarse la conciliacion ante el inspector del distrito, ó en su defecto ante el gefe político de la provincia, Real Ord. de 5 noviembre de 1838; debiendo entenderse, aunque en ella no se espresa, el distrito ó, en su caso, la provincia en donde se hallen las minas sobre que versare la demanda.

Si se promoviere competencia entre dos ó mas alcaldes, sosteniendo cada uno su jurisdiccion para celebrar ó autorizar un juicio de paz, entre personas determinadas, no está previsto por la ley, el modo con que aquella competencia haya de dirimirse. D. Juan Bravo Murillo en sus observaciones sobre el reglam. prov. insertas en el Boletin de Jurisprudencia §. 2. sobre el art. 22. opina que los alcaldes entre quienes se haya suscitado la competencia deberán remitir sus actuaciones respectivas al tribunal superior de la provincia; por corresponder á este segun el art. 58 de d. reglam., dirimir las competencias de jurisdiccion entre jueces inferiores ordinarios de su territorio, y por considerar dicho autor como tales á los alcaldes, jueces de paz, aunque segun observa allí mismo, contra las providencias dadas por ellos, con aquel carácter, no se permita el recurso de apelacion. D. Manuel Ortiz de Zúñiga cap. únic. sec. 3 part. 1. Bibliot. judic. opina lo mismo que Bravo Murillo, y así dice observarse en la práctica, cuando la competencia se haya suscitado entre alcaldes de pueblos situados en el territorio de una misma Audiencia; pero cuando lo sean de territorios distintos, juzga que deben remitirse los espedientes respectivos, para su decision, al tribunal supremo de justicia, al cual, segun la regla 13 del art. 90 del reglam. prov. corresponde dirimir las competencias entre Audiencias y jueces ordinarios, ó entre unos ú otros con tribunales ó juzgados especiales. D. Florencio García Goyena y D. Joaquin Aguirre en su Febrero ó Librería de jueces §. 4357. sec. 1. tít 63. fundándose en d. art. 90. y en que los alcaldes no son considerados como jueces ordinarios en cuanto á la conciliacion, ni depende de las Audiencias la reparacion de las providencias que aquellos dieren en este ramo, pretenden que cuando entre dos ó mas alcaldes, aunque sean del territorio de una misma audiencia, se suscite competencia sobre la celebracion de un juicio de paz, deben siempre remitirse los espedientes y someterse la decision al

TITULO II.

DEL DEMANDADOR, E DE LAS COSAS QUE HA DE CATAR, (1) ANTE QUE PONGA LA DEMANDA.

Mouimiento (2) de los fechos, segund razon natural, es la primera cosa que tira las otras a si. E porende, pues que en el titulo ante deste fablamos

de la Justicia, queremos aqui dezir del Demandador, que la viene a pedir. Ca el es la primera persona, por cuya razon se mueuen los pleytos, sobre que despues ha de venir el juyzio. E por

tribunal supremo de justicia. Creemos mas fundada y adaptable la opinion de Bravo Murillo, con la ampliacion que le da Ortiz de Zúñiga, tanto mas, en cuanto, de hecho y en todas las cuestiones que se promueven ante los Alcaldes, como ejecutores de sus providencias dadas en juicio de paz, conocen por via de apelacion las audiencias respectivas, sin que, en ello, tengamos noticia de que haya habido la menor dificultad por parte de las mismas audiencias ni de los alcaldes; y así son estos considerados, en cuanto á la conciliacion, como jueces ordinarios y sujetos al respectivo tribunal superior de la provincia. La misma opinion ha abrazado D. J. M. Huet en sus observaciones sobre el reglam. prov. insertas en el Boletin de Jurisprudencia.

Esceptúanse de la necesidad de que se intente antes la conciliacion, los negocios que interesan á la Hacienda pública, á los pósitos, propios ó establecimientos públicos, á herencias vacantes, á menores de edad ó á los privados de la administracion de sus bienes, los de que debe conocerse en juicio verbal, los interdictos posesorios, los juicios de concurso, las denuncias de nueva obra, los recursos de retracto ó tanteo ó retencion de alguna gracia, los de inventario ó particion de bienes, ú otros urgentes de semejante naturaleza, art. 21. de d. reglam. los juicios de concurso de capellanías colativas art. 4 de d. l. de 3 de Junio de 1821. y los juicios instructivos sobre incorporacion de señoríos á la corona art. 13 de la l. de 23. Agosto de 1837. No está espresamente definido cuales sean los establecimientos públicos, cuyos negocios están esceptuados de la necesidad de la conciliacion, así como tampoco es fácil resolver, cuales sean las injurias esceptuadas, por *poderse reparar en ellas la ofensa con sola la condonacion del ofendido.* Los escritores ya citados se hacen cargo de aquella dificultad, y dan las reglas convenientes para resolverla. V. §§. 4,360, 4,365 y 4,366 sec. 2. tít. 63 de d. Febrero, en donde se trata tambien de si es necesaria la conciliacion en las demandas contra ausentes cuyo paradero se ignora, no habiendo dejado procurador; y en el §. 2. de las observaciones de Bravo Murillo sobre el art. 21. del reglam. de cuales sean los negocios *susceptibles de ser completamente terminados por avenencia de las partes.*

Puede así mismo ocurrir dificultad sobre si en los negocios esceptuados de la necesidad de la conciliacion, puede, sin embargo, intentarse esta, queriéndolo los interesados; y sobre si tendrá efecto la avenencia que talvez hubiere resultado. Los citados Goyena y Aguirre en d. Febrero §§. 4,359, 4361. y 4,362. distinguen los referidos negocios en tres distintas clases; una de los en que puede celebrarse conciliacion y tener esta efecto, á pesar de hallarse esceptuados, otra de los en que no puede aquella intentarse con efecto, y otros en fin en que puede intentarse conciliacion, pero no es necesaria hasta que haya de ponerse formal demanda, en cuya última clase continúan los juicios sumarios y sumarísimos de posesion, las denuncias de nueva obra, la interposicion de retractos y los juicios sobre formacion de inventario ó particion de bienes; bien que, sobre todo en las denuncias de nueva obra y juicios sumarísimos de posesion, ni los citados autores ni el reglam. se espresan, en nuestro concepto, con propiedad, por cuanto si, al proponerse formal demanda, se hace necesaria en dichos casos la previa conciliacion, es porque en ella ya no se trata de la denunci, ani de la sumarísima posesion, sino de la posesion plenaria, ó de la reclamacion de otro derecho en juicio ordinario de propiedad; versando por consiguiente, así la conciliacion, como la demanda, sobre casos ó negocios distintos de los esceptuados.

Creemos, por lo demás, que la opinion de los editores del Febrero no contradice en esta parte á la letra ni al espíritu de la ley, la que, al esceptuar ciertas demandas de la necesidad de previa conciliacion, no la ha prohibido, sin embargo con respecto á ellas, antes bien debe entenderse que la permite, si desaparecen las dificultades, que, para celebrarse presentan algunos de los negocios esceptuados, ó sí, á pesar de esas dificultades, pueden buenamente y quieren los interesados celebrar el juicio de paz. Así creemos que únicamente debe entenderse prohibida la conciliacion, para el efecto de no poder celebrarse con resultado, en las causas criminales, como no sean por injurias de las antes espresadas, en los juicios de concurso de acreedores, y en los pleitos sobre bienes de mayorazgo, siempre que no intervenga el proximo sucesor, cuyo último caso no encontramos espresamente esceptuado en el reglam. ni otra ley alguna, y aun es, en nuestro juicio, por demás hacer mencion de él en este sentido, porque sí, tratándose de bienes amayorazgados, se celebrare conciliacion, y se avinieren en ella las partes, ó se contaría entre estas el proximo sucesor, y entónces tambien le obligaria la avenencia, ó se habria aquella celebrado sin su intervencion, y entónces sin dejar de tener efecto con respecto á los que se hubiesen avenido, es claro que no obligaría al proximo sucesor y no formaria por eso un caso de escepcion; porque el reglam. prov. al mandar que las providencias conciliatorias consentidas se lleven á efecto sin escusa ni tergiversacion alguna, no ha dispuesto ni podia dispo-

ner que las conciliaciones obligasen á terceras personas, que no hubiesen intervenido en ellas. Finalmente, entre los negocios en los que, á pesar de no haber necesidad de previa conciliacion, puede esta intentarse y tener efecto, cuentan los AA. ya citados las cobranzas de contribuciones y demás asuntos pertenecientes á las Hacienda pública, (bien que sobre el pago de aquellas opinan, que solo puede versar la avenencia sobre el modo de hacer dicho pago, y no sobre condonacion de las cantidades que se adeuden) los correspondientes á propios, pósitos, establecimientos públicos, herencias vacantes ó á los que tienen entredicha la administracion de sus bienes; á los cuales deben en nuestro concepto añadirse los que interesen á menores de edad, de quienes no hablan dichos Goyena y Aguirre, á menos que los comprendan entre los que tienen entredicha la administracion de sus bienes, en cuya clase no pueden comprenderse los menores, hablando con propiedad. Por punto general puede celebrarse la conciliacion en todos aquellos casos que, aunque esceptuados, interesan á personas legalmente autorizadas para transigir. Pero si se trata de personas que solo pueden hacerlo con ciertas formalidades, debe sujetarse á ellas la avenencia, sin cuyo requisito no podria tener efecto. Y así, si antes de entablarse una demanda, en la que interesase un menor de edad, se celebrare conciliacion y asistiere á ella el curador del menor, conformándose las partes á la providencia conciliatoria, deberá esta sujetarse á la aprobacion del juez, y antes que este interponga á la misma su autoridad, no podrá llevarse á efecto.

Celébranse los juicios de paz á instancia verbal del demandante, art. 3 de d. l. de 3 de Junio, el cual, así como el demandado debe comparecer por sí ó por medio de apoderado con poder bastante y especial art. 23 del reglam. y art. 10 de d. l. y acompañados cada uno de un hombre bueno, sin necesidad de que asista escribano, d. art. 23. y pudiendo ser hombres buenos todos los españoles mayores de 25. años, Real Orden de 3 de Marzo de 1839. Espuesta sumariamente por el actor la demanda y las razones en que la funda, y contestado por el reo lo que tenga por conveniente, debe el juez de paz oir el dictamen de los hombres buenos, y dar providencia, dentro cuatro dias á lo mas, á la cual pueden las partes conformarse ó no, debiendo en el último caso eshortarles el juez á que comprometan sus diferencias en arbitros ó amigables componedores: y solo no aviniéndose á esto, se librará, a que la pidiere, certificacion de haberse celebrado el juicio sin efecto, así como deberá tambien librarse al actor de la incomparecencia del convenido, cuando despues de habersele citado por dos veces y conminadosele, en la segunda, una multa de 20 á 100 reales, á juicio del alcalde, no haya comparecido, arts. 23, 25 y 26 del reglam.

Cuando las partes se hubieren conformado con la providencia conciliatoria dictada por el juez de paz, la hará este llevar á efecto sin escusa ni terjiversacion alguna, art. 24 del reglam., á menos que la persona contra quien hubiere de proceder la ejecucion goze de fuero privilegiado, en cuyo caso debe remitirse testimonio de la conciliacion al juez competente paraque este la lleve á efecto art. 8 de d. l. de 3. de Junio. Sobre la potestad del alcalde conciliador para llevar á efecto sus providencias consentidas, no menos que sobre el modo con que debe proceder á la ejecucion de las mismas, ocurren gravísimas dificultades en la práctica, atendidas las terminantes palabras de d. art. 24. y las poderosísimas razones, que puede haber, y hay en mucho casos, para admitirse las escepciones que se opongan á la ejecucion de lo conciliado, y atendido tambien lo dispuesto en el art. 32. del reglam. segun el cual no pueden los alcaldes conocer en asunto civil alguno que llegare á ser contencioso, á menos que sea urgentísimo ó que su entidad no pase de 10. duros en la Península y de 30 en Ultramar. Así no declara la ley si debe el alcalde valerse de escribano al proceder á la ejecucion de sus providencias conciliatorias, aunque aquella exija, como exijirirá en algunos casos, largos y complicados procedimientos; y tampoco declara si estos deberán ó no sustanciarse segun los trámites, que están prescritos para los juicios ejecutivos, ni que escepciones podrán oponerse a la ejecucion con efecto, y en que términos podrán aquellas admitirse; cuestiones todas de no muy fácil resolucion, ya que en muchísimos casos seria injusto y absurdo conceder al alcalde la facultad de proceder arbitrariamente, por via de apremio y sin forma ni estrépito de juicio; y no podria remediarse ese mal, sino prescindiendo de lo dispuesto en d. art. 24. y concediendo á los alcaldes la facultad de instruir como jueces ordinarios, un juicio, aunque ejecutivo, contencioso y por considerable que fuese su cuantia. Los citados Bravo, Murillo, Zúñiga, Goyena y Aguirre tratan largamente esta cuestion y confiesan unanimemente que es imposible resolverla con acierto, atendidas las terminantes palabras del art. 24 y las gravísimas é insuperables dificultades que se oponen á su rigurosa observancia; por lo que aconsejan dichos AA. á los alcaldes que, cuando alguna de las partes ó un tercero hiciese formal oposicion á la ejecucion de una providencia conciliatoria consentida, y llegare por lo mismo el asunto á ser contencioso, eleven al gobierno una consulta sobre si pueden ó no seguir conociendo de él, y que órden deben seguir en el caso afirmativo. Los dos últimos, sin embargo, en los §§. 4397,

y sig. sec. 6ª. de d. tít. 63. pasan mas adelante, y creen que, interin el gobierno no haya determinado lo que en semejantes casos haya de observarse, deberán los alcaldes proceder á la ejecucion de sus providencias dadas en juicio de paz, guardando para la fijacion de edictos, para la eleccion de bienes que han de enagenarse y para los remates, los trámites prescritos para los juicios ejecutivos, que tengan analogía con el de avenencia por razon de la cantidad, añadiendo que, en la referida ejecucion, no deben conceder la audiencia y términos que las leyes conceden al ejecutado, para que pueda formar oposicion; y sí solo, caso que opusiese escepcion lejítima, suspender los procedimientos y remitirlos al juez respectivo de primera instancia para su decision; y lo mismo juzgan dichos AA. que deberá practicarse siempre que se oponga á la ejecucion la escepcion de falsedad, fuerza, suplantacion ú otras semejante, ó que se oponga tambien una tercera persona, alegando que la avenencia se hizo en su perjuicio y sin su intervencion, ni conocimiento. Lo propio opina D. J. M. Huet en sus nuevas observaciones al reglam. prov. §. 2. sobre el art. 24. en cuanto á las tercerías y escepciones de falsedad, fuerza etc. á las cuales añadiríamos nosotros las de pago ó falta de personalidad, en el que insta la ejecucion. Mas en cuanto á las facultades que competen al Alcalde para llevar á efecto lo conciliado pretende dicho autor, que están reducidas á intimar la ejecucion y mandar comparecer de nuevo á aquel contra quien la ejecucion se pide, pero que no puede conocer en el asunto, ni aun arreglándose á los trámites del juicio ejecutivo, desde el momento en que sea necesario estender actuaciones por escrito, con autorizacion de escribano, y en que, principiando el juicio de apremio ó ejecucion, se haga el asunto contencioso. Lo contrario hemos visto nosotros observarse en la práctica, en la que se admiten sin dificultad las escepicones opuestas por el ejecutado, sin que en ningun caso sepamos que se haya abstenido el Alcalde de conocer en el asunto, por ser contencioso, pero siguiendo, en la sustanciacion los trámites prescritos para el juicio ejecutivo, bien que con alguna mayor latitud, y admitiendo las apelaciones que de sus providencias se interponen, y frecuentemente hasta en los dos efectos. Si despues de tan ilustrados y respetables escritores que se han ocupado de esta materia, nos fuera lícito enunciar nuestra humilde opinion, diríamos que, en nuestro entender, en algunos de los puntos indicados, no existe tan insuperable dificultad, como se ha querido suponer. Por lo tocante á las tercerías que se opongan á la ejecucion de una providencia conciliatoria, creemos que el admitirlas no es contrario á la letra y al espíritu de d. art. 24: porque al disponer el reglam. que dichas providencias se lleven á efecto sin escusa ni tergiversacion alguna, ni ha podido derogar el eterno y sabido principio de que á nadie pueden obligar los hechos de un tercero, ni, de otra parte, es forzada y violenta interpretacion de d. art., el entenderlo en el sentido de no admitirse, en la ejecucion de las avenencias, *escusa y tergiversacion alguna* que opongan los mismos que celebraron la conciliacion ó que fueron en ella debidamente representados; pero sin que de manera alguna pueda dejar de oirse á los que no intervinieron ni debieron intervenir en aquel acto, y sin embargo pueden resultar perjudicados, si la avenencia se lleva á ejecucion. Así mismo la prohibicion de admitirse escepcion alguna á los que consintieron la providencia conciliatoria, puede muy bien entenderse limitada á aquellas escepciones con las que pretendan escusarse de la obligacion contraida en el acto de conciliar, no con las que tiendan á negar el acto mismo de la conciliacion, á recusar la persona que pide la ejecucion, ó á probar que la avenencia ha sido ya llevada á efecto. Y en este sentido, aun con arreglo á lo dispuesto en d. art. 24, puede decirse que son admisibles en la ejecucion de las avenencias, las tercerías que tal vez se opusieren, no menos que las escepciones de falsedad ó suplantacion, de pago, de fuerza, ó tambien la diccion de nulidad por no haberse celebrado el juicio de paz en la forma que debia, ó entre personas legalmente autorizadas para ello, y otras semejantes. Tampoco creemos haya dificultad en que, admitiéndose las espresadas escepciones y elevándose por razon de ellas el asunto á la clase de contencioso, deben remitirse las actuaciones al Juez de 1ª. instancia, á menos que versasen sobre demandas, de las que, por su poca entidad, puede conocer el alcalde como juez ordinario.

Cuando, sobre alguno de los negocios no esceptuados de la necesidad de la conciliacion, se haya entablado formal demanda y haya sido esta admitida, sin cumplir con aquel previo requisito, tampoco está determinado por la ley, que es lo que deberá practicarse, toda vez que al disponer aquella el que se haya de celebrar el juicio de paz, no ha establecido sancion penal alguna, para el caso en que se infrinja su precepto. Si al conferirse traslado de la demanda al convenido, opone este, por artículo de incontestacion, la falta de conciliacion previa, no hay duda que deberá declarársele no obligado á contestar; y será esta declaracion suficiente pena, para el que no haya entablado su demanda en la forma que debia, si además se le impone, segun los casos, el pago de las costas y perjuicios causados al convenido. Mas si la demanda propuesta sin la conciliacion hubiere sido contestada, y en el decurso del juicio, antes ó despues de sentencia y

aun en segunda instancia, notare el juez aquel defecto, ó reclamare por él el demandado, en este caso, opinan los autores y aun hemos visto fallar á los tribunales con bastante diversidad. D. Juan Bravo Murillo en sus citadas observaciones §§. 9 y 10 sobre el art. 21. cree, que cuando se advirtiere aquel defecto, y no haya sobre él solicitud de parte, debe el juez ó, en su caso, el tribunal superior mandar que se subsane, decretando, de oficio, la celebracion del juicio de paz. Pero cuando en cualquier estado del juicio, despues de la contestacion á la demanda, se dedujere la falta de conciliacion, por alguna de las partes, que intentare formal reclamacion sobre ella, entónces pretende d. autor que deberá declararse nulo todo lo obrado y decretarse igualmente la celebracion del juicio de paz, condenándose al juez, que haya admitido la demanda, en las costas de todo el procedimiento anulado. D. José M. Huet en sus nuevas observaciones sobre d. art. 21. del reglam. opina, que aun cuando se haya promovido y sustanciado un juicio de los no esceptuados, sin intentar previamente la conciliacion, no debe sin embargo, declararse la nulidad, y aun califica semejante declaracion de innecesaria, perjudicial é injusta, porque hay otros medios, dice, harto obvios y eficaces para hacer cumplir el precepto de intentar la conciliacion, por que el hecho mismo de haber continuado el litijio sin que las partes hayan reclamado la falta de aquel requisito, ya demuestra que ninguna de ellas estaba dispuesta á transigir, porque las consecuencias de la nulidad, inutilizando el tiempo invertido y los gastos ya causados, causarian mayores perjuicios, que los que pueden seguirse de no haberse intentado la conciliacion, que en el caso supuesto, seria ya muy probable que no tuviese efecto, y porque la falta de la conciliacion necesariamente ha de haber sido consentida por la parte contraria á aquella que la cometió, pues que, ápesar de ella, ha contestado la demanda, y por consiguiente habrá de ser tardía y maliciosa su reclamacion de nulidad é imposible el aceder á ella, sin premiar el dolo y la malicia del que no la ha intentado á su debido tiempo. Hasta aquí el citado D. José M. Huet: nosotros, á pesar de lo espuesto, nos atenemos á la opinion de Bravo Murillo y no creemos innecesaria, perjudicial ni injusta la declaracion de nulidad de un procedimiento, que siempre habrá de ser contrario á una ley clara y terminante, como lo son los art. 21 y 47 del reglam. prov. Además, aunque el convenido no haya reclamado la falta de conciliacion, antes de contestar la demanda, no arguye esta omision que no estuviese dispuesto á conciliar, y que haya de ser inútil la celebracion del juicio de paz, porque á un litigante, por muy inclinado que se halle á transigir, nunca puede convenirle el manifestar sus deseos de transaccion, con lo que se engrie la parte contraria y se hace mas exijente, y porque á pesar de la poca ó ninguna disposicion que haya en los litigantes para conciliar, siempre es imposible preveer el efecto que harán en ellos las exhortaciones del juez de paz y de los hombres buenos, si la conciliacion se celebrare del modo que se debe. Y finalmente, por muchos que sean los gastos y el tiempo invertido la sustanciacion de un juicio, jamás puede ser injusto el declarar la nulidad del mismo, mientras se imponga el pago de las costas al juez que, por su ignorancia ó malicia, ha ocasionado la nulidad. Lo que si seria verdaderamente perjudicial y funesto, es el que pudiesen infringirse las disposiciones de la ley impunemente, y esta consecuencia lleva consigo la opinion de Huet, en cuanto, al paso que reprueba la nulidad de los procedimientos intentados sin la previa conciliacion, no indica de otra parte otro medio que supla la falta de sancion penal, para los que dejen de cumplir aquel requisito, y para los jueces que admitan, sin él, las demandas, contra lo que la ley terminantemente dispone. La opinion de Bravo Murillo se halla, de otra parte, confirmada, por lo que dispone el art. 2 de la ley de enjuiciamento, para los negocios y causas de comercio, segun el cual son nulas cuantas diligencias judiciales se hubiesen obrado sobre demanda propuesta, sin preceder la conciliacion. Y bien que en d. ley se declaren á cargo del demandante todas las costas, daños y perjuicios ocasionados con la referida nulidad, creemos sin embargo, con Bravo Murillo, mas conforme el imponer aquellas costas al Juez, que es el único responsable de la observancia de las leyes en los procedimientos que autorizare, y que habrá contravenido á ley espresa y terminante, admitiendo una demanda de las no esceptuadas, sin preceder la conciliacion. Apesar de esto y segun las circunstancias, podrá ser justo en algunos casos, declarar á cargo del demandante las costas por si causadas, por ser aquel no menos responsable que el juez, de la falta cometida; bien que por punto jeneral seria mas escusable su ignorancia; y aun podria en algunos casos, estenderse la responsabilidad al demandado, si contase haber obrado maliciosamente, en diferir la reclamacion de aquel defecto. Mas, no obstante todo lo dicho hasta aquí, debe tenerse presente que segun la l. 2. tít. 16. lib. 11. Nov. Recop. no puede declararse la nulidad de los procedimientos, aunque que se observare alguna falta de solemnidad en los trámites del juicio, mientras aquella no sea esencial ó no impida que se conozca la verdad de los hechos. Cuya disposicion ha hecho tal vez que en algunos casos no se haya declarado la nulidad de los procedimientos, á pesar de haberse omitido la conciliacion. En nuestro jui

esso queremos primero fablar del. E mostrar, que cosa es Demandador. E como deue catar (3), quien es aquel a quien quiere fazer su demanda. E que cosa es aquella, quel quier demandar. E ante quien deue fazer su demanda. E el tiempo en que la quier fazer. E que derecho, o que recabdo ha por si, para aueriguar aquello que quiere demandar. E en que manera deue fazer su demanda. Onde catando todas estas cosas el Demandador, sabra mostrar, e demandar su derecho como deue, ante aquellos que han poderio de fazer la justicia.

LEY 1. *Que quiere dezir Demandador.*

Demandador derechurero es aquel, que faze demanda en juyzio, por alcançar derecho; quier por razon de debda, o de tuerto que ha recibido en el tiempo passado, de que non ouo justicia (4), o de lo que fazen en aquel en que esta, tomandole, o embargandole aquello, de que es el tenedor, o en que ha algun derecho. Esso mismo, de lo que atiende, que deue auer en el tiempo que es por venir (5), de quel semeja, que le fazen cosa, por que adelante puede ser embargado, o perderlo todo.

LEY 2. *Como el Demandador deue catar, a quien faze la demanda.*

Demanda queriendo fazer vn ome a otro en juyzio, deue catar, ante que la comience, quien es aquel contra quien la faze. Ca por auentura tal ome seria, contra quien non la podria fazer sobre todas cosas. Ca si fuesse padre, o abuelo, que lo touiesse en su poderio, non puede fazer demanda (6) contra el por el debdo de la naturaleza, e del señorio que sobre el ha: e otrosi por-

cio, empero, no es aplicable á dicho caso la ley antes citada, y creemos que de ninguna manera debe dejarse pasar desapercibida, cuando se cometa, la infraccion de una ley tan clara y terminante, como la que previene la celebracion del juicio de paz.

(2) Así al ocurrir una riña se imputa toda la culpa al que la ha promovido y ha sido el agresor, perdonándose á aquel que, siendo provocado, ha querido vengarse l. 14. §. 6. D. *de bon Libert.* sin que, por esto, se le disculpe enteramente, como advierte Abb. cap. 1. de injur. y s. notab. *consil.* Alex. 1. vol. consil. 76.

(3) Si, antes de poner las demandas, tuviesen los abogados presentes todas las advertencias que se hacen en esta ley, no se suscitarian tal vez tantos litigios: aconsejoles, pues, que no dejen de recordarlas siempre que promuevan un juicio, para economizar las diligencias y los gastos á las partes y obrar, segun conciencia; así como aconsejo á los litigantes, que no defieran ciegamente al parecer de los abogados, porque, como dice Aug. sobre la l. 3. l. *de fruc. et lit. exp.* no escusa á las partes de la condena de costas, el decir que obraron, segun les aconsejaban sus patronos, pues estos son parciales, l. últ. D. *de testit.* Les escusaría, empero, segun el mismo autor, el haber obrado por consejo de aquellas personas á cuya ciencia y probidad se refiere jeneralmente, de lo que, añade, haber visto algunos ejemplares en la práctica.

(4) O si la hubo, pero no ha caducado todavia su derecho por la prescripcion.

(5) Es muy notable la disposicion de esta ley segun la cual, aunque la potestad del juez no se estiende al tiempo por venir, como dice la l. 35. D. *de judic.* en aquellos casos, sin embargo, en que se perjudica ó puede perjudicarse á alguno en un derecho que le especta en lo venidero, puede procederse á la declaracion y conservacion de aquel derecho, aunque sea futuro: y hace á este propósito el caso dudoso de que se ocupó Rodr. Suar. segun aparece en su allegat. 4. sobre si el hijo primogénito llamado á poseer un mayorazgo, puede pedir, en vida de su padre, que se declare pertenecerle despues de muerto este, los bienes á título de mayorazgo, sobre todo si el padre dilapida ó enagena dichos bienes amayorazgados: sin embargo dicho Suar. no alegó esta ley, con la cual concuerda la l. 40. D. *ad leg. aquil.* Y algunas otras limitaciones á lo dispuesto en esta l. pueden verse en d. l. 35. con su glos. de Alber., Bald. y demás DD.; pudiendo tambien añadirse la l. 1, C. *in quib. caus. colon. cens. domin. accusar. poss.* lib. 11. y allí Juan de Plat.

(6) Concuerda la l. 4. D. *de judic.* y la l. 11. tít. 17. Part. 4. y lo dispuesto aquí procede por este derecho, pero no por derecho canónico, segun la Glos. del cap. últ. *de jud.* lib. 6. en la palabra *regulariter*; sobre lo que véase á Abb. cap. *non est vobis, de sponsal.* Y se deduce de lo dispuesto en esta ley, que si un padre poseedor de un mayorazgo tiene bajo su potestad al hijo llamado despues de él á poseerlo, y enagena alguna de las cosas amayorazgadas, no puede el hijo reclamar inmediatamente que se rescinda aquella enagenacion: porque esto sería accionar indirectamente contra el padre, el cual estaría obligado de eviccion: así opina espresamente Paul. de Castr. sobre la l. 114. D. *de legat.* 1. Pero digno es este punto de mas reflexion; y tal vez podria entenderse aquella prohibicion limitada, de hecho, en algunos casos, como, por ejemplo, obligándose al padre á emancipar al hijo, segun

que biue con el de so vno. Esso mismo dezimos de los que estuuiessen en poder de los que los ouiessen porfijado, que les son otrosi en logar de padres. Pero razones ay (7), por que tambien contra el abuelo, como contra el padre natural, en cuyo poderio estuuiessen, e avn contra el quel ouiesse porfijado, podria el que estouiesse en su poder, mouer demanda en juyzio, sobre cosas que fuessen suyas quitamente: assi como de aquellas ganancias que los Caualleros fazen de las soldadas (8), que les dan sus Señores por el seruicio que dellos resciben, e de lo que ganan en guerra por razon de su trabajo. E esto fizieron los Antiguos por honrra de la Caualleria, e porque los omes ouiessen sabor de la mantener, e de non oluidar fecho de las armas, entendiendo que sin el precio, e la honrra que ende han, les viene dellas pro e bien. Esso mismo pusieron de lo que los maestros ganan en las Escuelas (9), por los saberes que muestran a los omes, que les fazen ser mas entendidos, de que viene gran pro a la tierra. Otro tal fizieron de las ganancias que fazen los Juezes (10), e los Escriuanos (11), en razon de las soldadas, que ganan en las Cortes de los Reyes (b) o en las Cibdades, o en las Villas. E bien assi como otorgaron esto a las ganancias que fazen los Caualleros, por honrra de la Caualleria, e porque guerrean contra los enemigos; otrosi tuuieron por derecho, que lo ouiessen estos Oficiales sobredichos, que son como guerreros (12), e contralladores a los que embargan la Justicia: que es otra manera de muy grand guerra, que vsan los omes en todo tiempo. Otro tal seria, si acaesciesse contienda entre el padre e el fijo (13), o el nieto e el abuelo, en razon de su linaje, negando el vno al otro el parentesco que ouiessen de so vno, o non le queriendo dar lo que ouiesse menester (14), podiendolo fazer. E avn dixeron los Sabios antiguos, que si alguno destos fuesse tan bravo contra el que touiesse en

(b) en las cortes de los señores, Acad. en las tierras de los señores, Tol. 2.

puede deducirse de lo dispuesto en la l. 50. D. *ad trebell.* ó á prestar su consentimiento, para que el hijo pueda accionar glos. de la l. 14. C. *de reivind.*, Bald. sobre la l. últ. §. 9. C. *de jur. deliber.* La disposicion de esta ley tiene lugar igualmente tratándose de un hijo que quiera intentar una accion que otro le ha cedido, cuyo caso propone la l. 7. D. *de obligat. et act.*, segun cierta lectura, y la glos. sing. de la l. *si primium.* §. 1. D. *de jur. dot.* segun Ang. y Paul. sobre la l. 4. D. *de judic.* y en este sentido debe limitarse lo que dice allí la Glos. de que puede uno accionar contra otro en nombre ageno, lo que debe entenderse únicamente en el caso de accionar tambien en provecho ageno y no en el propio.

(7) Puede verse otro caso en el cap. *non est vobis*, y allí la Glos. y los DD. *de sponsal.* y v. cap. últ. *de judic.* lib. 6.

(8) Lo mismo deberá decirse de las armas y otras cosas donadas á un hijo de familia ocupado en el servicio militar, l. 11. D. *de castr. pecul.*

(9) Nótese por esta ley, cuales son las personas que adquieren peculio cuasicastrense y v. l. últ. C. *de inoffic. testam.* y l. 7. tít. 17. Part. 4., en las que se habla tambien de los patronos de causas, de los médicos y de todos los demás que perciben salario del público, por razon de su dignidad, beneficio ó profesorato; el cual, segun advierte allí Bald., no debe entenderse tan latamente que se haga estensivo á los profesores de artes mecánicas, porque estos aunque algunos perciban salario del público, pero es para servir á los particulares. Al presente se entienden tambien cuasicastrenses todos los honorarios que ganan los abogados, aunque no procedan de salario que perciban del público, porque se han repuesto en lugar de aquel que antiguamente percibian, y lo mismo siente Bald. sobre la l. 6. C. *de bon. quœ lib.*, contra lo que opina Speculat. pretendiendo que únicamente forma peculio cuasicastrense lo que percibe el abogado por razon de dotacion, como por ser abogado del fisco ó de los pobres, y añad. la l. 4. y Bald. allí, C. *de advocat. divers. judic.*—*A tenor del art. 2°. del Reglam. prov. y el 19 de los estatutos vigentes para el régimen de los colegios de abogados, deben estos encargarse indistintamente y por turno de la defensa de los pobres que no tienen defensor de su eleccion, sin que por ello perciban salario alguno; y así no puede en el dia tener aplicacion, lo que, citando á Bald., dice aquí el glosador.

(10) Lo mismo debe decirse de las donaciones que se les hagan para ir á desempeñar sus destinos, Bart. en la l. 3. D. *de castr. pecul.*

(11) Parece que únicamente formará el peculio castrense de los escribanos lo que ganen por razon de dotacion, que perciban del público; que es lo que significa esta ley al usar la palabra *soldadas;* y de la misma opinion es Bald. l. 6. princ. col. 5. C. *de bon. quœ liber.*

(12) V. l. 14. C. *de advoc. divers. judic.*

(13) V. l. 4. C. *de patr. potest.* y la Glos. de la l. 4. D. *de judic.*

(14) L. 5. princ. D. *de agnosc. liber.* y la Glos. de d. l. 4.

poder (15) suyo, quel diesse tan fuerte vida, que la non pudiesse sofrir, o le consejasse, o quel diesse carrera para fazer alguna maldad; que entonce bien podria mouer pleyto contra el, para mostrar el agrauiamiento que le fiziesse, para salir de su poder (16). Otrosi mandaron, que si el padre, o el abuelo, que touiesse en poderio al fijo, o al nieto, que ouiesse auido alguna cosa de otra parte, e non por razon de ninguno dellos; que si gelo desgastasse (17), o gelo malmetiesse, en tal razon como esta, bien podria el que estuuiesse en poder del otro, seyendo de edad, demandarle en juyzio (18), que le entregue de aquellos bienes. E si non ouiere edad complida, deue el Juez ante quien acaesciere este pleyto, escoger omes buenos, e sin sospecha, e darles en guarda aquellos bienes. Pero si el padre, o el abuelo fuere menguado, deuenle dar de las rentas, o de los frutos destos bienes, lo que fuere menester (19) para en su vida, e lo al guardarlo para cuyo es: de guisa, que non gelo enagenen, nin gelo malmetan; mas que le finque en saluo, para acorrerse dello, assi como de lo suyo, quando le fuere menester.

LEY 3. *En que manera puede el fijo, e el nieto, demandar al padre, e al abuelo, despues que fuere salido de su poder.*

Salen a las vegadas los fijos, e los nietos de poderio de sus padres, e de sus abuelos, assi como mostramos en el titulo que fabla en esta razon. E despues que son salidos de su poder, si alguna demanda han estos mismos contra aquellos, en cuyo poder ante eran, bien gela pueden entonce demandar en juyzio. Pero en esta manera: que en ante que los emplazen, muestren su querella al Judgador del logar, demandandol, que les otorgue (20), que los puedan emplazar, e el deuelo fazer (21). Fueras ende, si entendiesse, que la demanda era atal, de que podiesse nacer muerte, o perdimiento de miembro, o enfamamiento (22), a aquellos sus Mayorales, a quien quieren emplazar. Ca atal demanda como esta non les deue ser otorgada, que la puedan fazer; e esto por dos razones. La primera, porque non guardarian a sus Mayorales aquella honrra, e aquella obediencia, que naturalmente eran tenudos de les guardar, faziendo tal demanda contra ellos. La otra, por el linaje que han con ellos. Ca si acaesciesse, que por la su demanda ouiessen de recebir alguno destos males sobredichos, aurian muy grau deshonrra en ello, aquellos por cuya demanda les viniesse. Pero si gran tuerto (23) ademas les fiziessen en sus cuerpos, o en lo

(15) L. últ. D. *si à parent. quis fuer. manum.*

(16) Véase lo que dije en la l. 22. tít. 13. Part. 2.; y añád. l. 24. §. últ. D. *de pignor. act.*, por la cual reprende Paul. de Castr. á aquellos que, habiendo obtenido territorios en feudo de la Iglesia romana ó del imperio, tratan mal é indecorosamente á sus súbditos, violando á sus hijas ó á sus consortes, por cuyos escesos se les puede privar, judicialmente y por sentencia, de los feudos que hayan obtenido: y así induce tambien á creerlo lo dispuesto aquí en nuestra ley; y véase lo dicho en la glosa de d. l. 22.

(17) Bien sea por dolo ó por culpa, segun se ve en la l. últ. C. *de sent. pass. et restit.*; y lo mismo opina Bald. contra la Glos. sobre la l. 50. D. *ad trebell.* Pero si enagenase bienes inmuebles, el mismo Bart. sobre d. l. es de parecer que no podria el hijo hacer reclamacion alguna contra el padre ó abuelo que hubiese hecho la enagenacion, porque siempre le quedaria el remedio de revindicar las fincas enagenadas, á tenor de lo dispuesto en la l. últ. §. 4. C. *de bon. quæ lib.* y l. 1. C. *de bon. mater.* pero esto, segun Paul. de Castr., no deberia observarse si se hiciese la enagenacion de bienes inmuebles á favor de un poderoso, del cual no pudiesen fácilmente revendicarse, ó de alguno de quien fundadamente se temiese que deterioraria los bienes enagenados; ó si se hiciese constar manifiesto dolo de parte del padre, en cuyo sentido habla la Glos. y del mismo parecer es Alex. de Imol. allí.

(18) V. l. 50. D. *ad trebell.* y la auth. *ut liceat matri et aviæ*, princ. col. 8. y l. 4. D. *de judic.*

(19) Segun esta ley el padre á quien se ha separado de la administracion de los bienes adventicios de su hijo, por causa de dilapidacion, no retiene el usufruto, como pretendia Juan Andr. en sus adic. al *Speculat.* tít. *de dot. esrtituend.*, adic. últ., sino que solo tiene derecho á percibir alimentos, segun la opinion de Paul. sobre la l. 50. D. *ad trebell.*

(20) Concuerda la l. 4. §. 1. D. y l. 3. C. de *in jus vocando.* — En el dia se observa tambien lo dispuesto en esta ley; pero la venia que necesitan los hijos para accionar en juicio contra sus padres, está reducida, en la práctica, á una cláusula de pura fórmula, que se inserta en el escrito de demanda; y á espresar el juez simplemente, al proveer el emplazamiento, que concede la venia solicitada.

(21) Concuerda la l. 10. §. 12. D. *de in jus voc.*

(22) Aunque importase infamia de hecho y solo en la opinion de las personas mas morigeradas, como declara la Glos. de d. l. 10. §. 12. D. *de in jus. voc.*

(23) No deberia decirse lo mismo si se tratase

suyo; por tal razon como esta, bien podrian demandar en juyzio, que gelo endereçassen, porque ouiessen emienda dello, de manera que non recibiessen (24) daño en las personas, nin deshonrra, nin denuesto. E todas estas cosas sobredichas son tenudos de guardar, aquellos que ouiessen seydo captiuos, e despues aforrados (25), quando quisiessen mouer pleyto, o demanda, a aquellos que los aforraron. Ca derecho es, e muy guisada cosa, que siempre aya gran reuerencia el siervo a su Señor, que le saco de premia, e de seruidumbre, e lo torno a libertad. Ca los Antiguos por tanto lo judgaron (26), como si lo fiziesse ome de nueuo.

LEY 4. *Quel hermano a su hermano non puede fazer demanda en Juycio, si non por cosas señaladas.*

Hermano (27) contra hermano non puede fazer demanda en juyzio, sobre cosa por que recibiesse muerte, o perdimiento de miembro, o ser echado de la tierra (28). Fueras ende, si lo fiziesse, por fecho que tanxesse a el mismo: assi como si el se trabajasse por si de lo matar, o de le fazer perder miembro, o de otra cosa que se le tornasse en muy gran deshonrra, o si le quisiesse deseredar sin derecho; o por muerte de Señor (29), que le ouiesse muerto a traycion, non auiendo otri, quien lo demandasse, o por fecho de otra gran traycion, que tanxesse al Rey, o al Reyno.

LEY 5. *Que el marido, e la muger non se pueden demandar en Juyzio, si non por cosas señaladas.*

Marido, e muger son vna compaña (30), que ayunto nuestro Señor Dios, entre quien deue siempre ser verdadero amor, e gran auenencia. E porende touieron por bien los Sabios antiguos, que los maridos vsen de los bienes de sus mugeres, e se acorriessen dellos, quando les fuesse menester. E otrosi que gobernassen ellos a ellas, e que les diessen aquello que les convenia, segund la riqueza, e el poderio que ouiessen. E maguer que acaesciesse que el vno tomasse de las cosas del otro, que aquel a quien fuessen tomadas, non le podiesse fazer demanda por ellas en juyzio, como por razon de fuerça, (c) nin el, nin

(c) por razon de furto Acad.

de una injuria leve, l. 7. §. 2. D. *de injur.* Glos. de d. l. 10. §. 12.

(24) Segun esto no puede el hijo acusar criminalmente á su padre aunque accione por razon de injurias irrogadas á sí ó á los suyos, y lo mismo dispone la l. 11. y allí la Glos. 1. De *de accusat.*

(25) Concuerda la l. 4. §. 1. D. *de in jus. voc.* y la l. últ. C. *qui accus. non poss.* Añád. l. 1. y allí Bart. D. *de jur. patr.*

(26) Porque el esclavo es reputado por muerto, v. l. 209. D. *de reg. jur.* y la auth. *de nupt.* §. *si vero decretum*, col. 4.

(27) Concuerdan las ll. 13. 14. y 18. C. *qui accus. non poss.* y lo mismo debe decirse del hermano natural. Salic. sobre d. l. 13. y Ang. trat. *malefic.* parte *nec non ad quærelam*, col. 6. Por lo que hace á los socios que lo fueren por sociedad lícita, Ang. opina que procede en cuanto á ellos lo mismo que en cuanto á los hermanos naturales, pues como tales son considerados en la l. 63. D. *pro socio;* mas Salic. opina lo contrario y me inclino á su parecer: [y así se observa en la práctica, en la que se admiten tambien, sin dificultad, las acusaciones entabladas por un consocio contra otro.] Los parientes por afinidad bien pueden acusarse mutuamente, como advierte Specul. tít. *de accusatore* col. 7. vers. *item quod est frater.*

(28) De tal suerte que perdiese los derechos de ciudadano, l. 2. D. *de public. judic.*, para lo que se requiere que se haya cometido un crímen capital, como se ve en d. l. 13. y allí la Glos.

(29) Esta disposicion parece sacada de la l. pen. C. *qui accus. non poss.*, la que, sin embargo, solo esceptua el crímen de lesa majestad, y este solo puede tener lugar contra un príncipe que no reconozca superior, como dice Juan Fab. en el proemio *Instit.* princ. y estensamente Soc. cons. 275. vol. 2. de donde parece inferirse que, en esta parte, la ley de Part. ha dado mas latitud á la disposicion del derecho comun. Adviértase, empero, que esta ley no habla del caso en que uno haya dado muerte alevosa á su propio señor, sino al que era señor de su hermano, el cual podrá entónces intentar la acusacion; como se infiere de las palabras *que le oviesse muerto:* en lo que esta ley es singular y limita al derecho comun á el caso de no haber otro que intente la acusacion, como lo dice espresamente. Mas ¿de qué especie de señor se habla en esta ley? Parece únicamente de aquel que tiene alguna superioridad y preeminencia, segun las varias especies de dominio que enseña la l. 2. tít. 25. Part. 4. porque debe entenderse segun la materia sobre que recae, como dice Alex. consil. 129. col. 2.

(30) Concuerda la l. 1. D. *rer. amot.* porque la

sus herederos (31). Mas touieron por bien, e por derecho, quel podiesse demandar, que le tornasse aquello que le auia tomado de lo suyo a sin razon, o que le fiziesse emienda de otro tanto (*d*). E otras demandas non se deuen mouer, de que les nasciesse denuesto (32), o mala fama, o por que ouiessen de recebir pena (33) de justicia en los cuerpos, en quanto durare el matrimodio. Fueras ende, si fuesse en razon de adulterio, que alguno dellos (34) fiziesse, o sobre razon de traycion (35), que fiziesse alguno dellos contra el Rey, o contra su Señorio (*e*); ca en tales cosas como estas sobredichas, quando naciessen entre ellos, bien se pueden demandar en juyzio, para auer derecho.

(*d*) de otro grant hurto ó daño si lo hobiese rescebido el uno del otro. Acad.

LEY 6. *Que los Criados, e Seruientes non deuen traer a sus Señores en Juyzio, si non por cosas señaladas.*

Seruientes (36), nin criados, que ome tenga en su casa, que biuan a su bien fecho (37), o por soldada que del tomen, non puede ninguno dellos mouer demanda, contra aquel (38) con quien biue, o biuio (39), sobre cosa de quel podiesse venir muerte, o perdimiento de miembro (40), o de su fama, o de gran partida de su auer, a tanto que ouiesse de fincar pobre si lo perdiesse. E si alguno dellos tal demanda mouiesse, contra qualquier de los que de suso diximos, en manera

(*e*) que alguno ficiese ó quisiese facer contra el otro, ó contra su señor el rey ó al regno; Acad.

mujer es *socia divinæ atque humanæ domus*: l. 4. C. *de crim. expil. hæred.* y v. Specul. tít. *de actor.* col. 7. vers. *item vir et uxor.*

(31) Concuerda la l. 4. C. *de crim. expil. hæred.*— * Y no solamente está prohibido á la muger casada el poner demanda contra su marido en los casos espresados en esta ley; pero ni aun contra personas estrañas, puede comparecer en juicio, como actora ni como demandada, sin licencia ó autorizacion de dicho su marido, á menos que se hallare este ausente ó se negare, sin motivo justo, á concederla, en cuyo caso deberá hacerlo el Juez, l. 13. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop.

(32) V. l. 2. D. *rer. amot.*

(33) Es digna de notarse esta ley, por la cual se declaran, en esta materia, muchos puntos no declarados por el derecho comun: así, aun en aquellos casos en los que es lícito á las mujeres el acusar, de los cuales, habla la Glos. de la l. 8. D. *de accusat.* y Specul. en el mismo tít. vers. *item quod est mulier*, no podrán hacerlo, sin embargo, contra sus maridos, ni estos contra sus mugeres. Y conviene por lo tanto no entender con demasiada latitud lo que dice Bart. sobre la l. 11. §. 1. D. *de pœn.*, en donde, hablando de la consorte ó personas domésticas que no pueden ser acusadas, dice, que no pueden serlo, á menos que sea por razon de hurto muy considerable: lo que debe precisamente entenderse de todos los domésticos, escepto la consorte; porque esta no puede, durante el matrimonio, ser acusada criminalmente, ni aun por un hurto de grande consideracion.

(34) Entiéndase en el sentido que lo esplica la Glos. de la l. 1. C. *de adulter.*

(35) L. 8. D. *ad leg. Jul. majest.* — * Y no solamente en los casos de adulterio ó traicion, únicos que en esta ley se espresan, podrá la muger poner demanda contra su marido, sino tambien cuando tratare de pedir el divorcio, por sevicia, ó malos tratos, ó de reclamar alimentos, restitucion de dote, y otras cosas semejantes, como se observa en la práctica; y en los casos espresados ni aun se usa la fórmula de pedir la venia judicial.

(36) Añád. l. últ. y allí Juan de Plat. C. *de delator.* lib. 10. en donde puede verse lo dispuesto acerca de los súbditos que acusan á sus Señores.

(37) Nótese, que en esta ley se habla de los domésticos, tanto si son asalariados, como si no lo son: añad. Glos. cap. *in litteris, de test.* y Ang. en su trat. *malefic.*, parte *nec non ad quærelam* col. 7.

(38) ¿Podrá por el contrario acusar el amo á su doméstico sin incurrir en pena alguna? Speculat. en d. vers. *item quod est libertus*, en la palabra *fortè*, opina por la negativa, por creer dispuesto relativamente á los amos, que acusan á sus sirvientes, lo mismo que se dispone con respecto á estos, cuando acusan á sus amos: opinion que no creo admisible; ni fundado en derecho lo que dice Speculat.

(39) Estas palabras confirman y autorizan el parecer de Speculat tit. *de accus.* col. 12. vers. *item quod est libert.*

(40) Queda, pues, resuelta la diversidad de opiniones, de que habla la Glos. en la l. últ. C. *de delator.* lib. 10. y la l. últ. C. *qui accus. non pos.* imponiéndose, por esta ley, la pena de muerte al doméstico que acusa á su amo, de un delito, por el cual se imponga la misma pena capital ú otra infamatoria, pérdida de los derechos de ciudadano, confiscacion de todos los bienes ó de tan gran parte de ellos, que reduzca al condenado á la miseria. Pero ¿deberá decirse lo mismo cuando se acusa de un delito, por el que se impone una pena menor, como la relegacion, ú

de acusacion (41), non le deue ser cabida, e demas deue morir por ello (42). Fueras ende, si lo fiziesse por descubrir trayciou (43), que tanxesse al Rey, o al Reyno, o alguna (44) de las otras personas, que son ayuntadas a el, por que podiesse caer en pena de traycion, si lo non dixesse. E esto es, porque maguer son tenudos a los Señores con quien biuen, por el bien fecho que resciben dellos, mayormente lo deuen ser al Rey, que es Señor natural, tambien de aquellos con quien biuen, como dellos mismos. E otrosi *(f)* por la naturaleza, e el bien fecho que reciben del, tambien ellos, como sus Señores.

LEY 7. *Quando el fijo de familias puede entrar en juyzio sin su Guardador (g).*

Contra el fijo, o el nieto, que estouiesse en poder de su padre, o de su abuelo, auiendo alguno a fazer demanda en juyzio (45), apercebido deue ser el que la quiere començar, que la faga, estando delante el que lo tiene en su poder. Ca de otra guisa, non gela podria fazer con derecho. Pero si el que lo ouiesse en guarda, non fuesse en la tierra, deue el querelloso pedir al Juez del logar, do quier fazer la demanda, que de algund ome, que tome en guarda a aquel a quien quiere demandar, quanto en aquel pleyto, e que sea como su Personero en el, e el Juez deuegelo dar. E entonce este que quiere demandar, puede fazer su demanda seguramente. Esso mismo dezimos, que deue ser guardado, quando aquellos que diximos, que estan en poder de otro, quieren començar alguna demanda en juyzio contra otros. Ca si aquel que tiene en su poderio algunos dellos, non fuere en la tierra, do quiere fazer la demanda, el fijo, o el nieto la puede por si mismo fazer, seyendo mayor de veyntecinco años.

(f) E otrosi al regno Acad.

(g) En qué manera pueden mover demanda contra el fijo ó el nieto que está en poder de su padre ó de su abuelo. Acad,

otra de aquellas por las cuales, á menos de espresarse así al imponerlas, no se pierden los derechos de ciudadano, la libertad, ni los bienes? En tal caso incurriria el acusador en la pena de trabajos forzados, segun la l. 1. §. 10. D. *de offic. præfec. urb.* Cuando la acusacion fuese de un delito tal, por el que no debiese imponerse la confiscacion de todos los bienes, ni de la mayor parte de ellos; y sin embargo se pidiese así en la acusacion, deberia castigarse al acusador al arbitrio del juez, segun Salic. en la l. pen. C. *qui accus. non poss.*, bien que este autor habla del caso en que el doméstico acusador pida que se le confisquen los bienes á su amo, que es precisamente el caso previsto y resuelto por esta ley, y en el cual, segun la misma, incurre el acusador en la pena de muerte. Si fuese objeto de la acusacion un delito, por el cual se impone la confiscacion parcial de bienes y en tan poca parte que no redujese á la miseria al condenado, entónces no incurriria el acusador en pena alguna, porque esta ley no se la impone en semejante caso, y habla en diferentes términos que d. l. pen. del C., á cuyo testo se refiere Salic. al establecer la espresada distincion: la cual por consiguiente ya no tiene objeto entre nosotros. —* V. lo dicho en la nota 42 de este título.

(41) No incurre, pues, en la pena de esta ley el que acusa á su amo por razon de una injuria irrogada á sí mismo ó á los suyos; y lo mismo sienten Cyn. Ang. y Salic. sobre d. l. pen. además de inferirse así de estas palabras: *en manera de acusacion;* [las que propiamente no son aplicables á una simple demanda de injurias] Alb. sin embargo, sobre la l. últ. de d. tít. limita aquella escepcion al caso en que se tratare de una injuria atroz. V. sobre esto la l. 2. tít. 1. Part. 7.

(42) Segun observan oportunamente Goyena y Aguirre, Febrero tít. 62. §. 4319. la práctica con razon ha desterrado del foro una condenacion tan absurda, como la que fulmina aquí esta ley contra los criados que acusan á sus amos, los cuales, segun dd. AA. si bien es cierto que faltan á la gratitud, pero este defecto es puramente moral y no debe tomarse en cuenta cuando se trata del castigo de un delincuente, interesante sin duda para el bien de la sociedad. En el caso de la ley, añaden, el criado dejará de ser agradecido pero civilmente no es criminal. Debe advertirse, empero, que, si bien los citados editores del Febrero, creen que no deberia aplicarse la pena de esta ley, ni otra alguna al criado que acusase á su amo; no por esto creen que la acusacion intentada pueda legalmente admitirse, sino que debe observarse con los criados, respecto de sus àmos, lo mismo que disponen las leyes anteriores con los hijos, respecto de sus padres y con los hermanos respecto de sus hermanos. Feb. tít. 62. §. 4318.

(43) Lo mismo debe decirse, cuando versa la acusacion sobre el crímen de heregía, Salic. á d. l. pen.

(44) V. títs. 14. y 15. de la Part. 2.

(45) Esceptúase el caso en que sea objeto del juicio el peculio castrense ó cuasi castrense del hijo de familias, en el que no necesita este el consentimiento de su padre, ya sea actor, ó con

Mas si fuesse menor (46), el Juez del logar le deue dar alguno, que sea su Guardador en aquel pleyto, e que le ayude en la demanda, que non reciba engaño en ella. E desta guisa puede fazer su demanda, maguer non este delante aquel en cuyo poder esta.

LEY 8. *Que el Señor non puede traer su sieruo a Juyzio, si non por cosas señaladas, nin el sieruo a su Señor.*

Querella auiendo el Señor de su sieruo, non le puede demandar en juyzio; mas el deue tomar derecho del, castigandolo (47) de palabras, ó de feridas, de manera que lo non mate, nin lo lisie. Mas si aquel sieruo fuesse de otro, bien pueden demandar a su Señor por razon del, e el es tenudo de responder. Ca segund derecho, el sieruo (48) non puede estar por si mismo en juyzio, porque es en poder de otri, e non en el suyo: e demas, porque su Señor es cabeza del. Pero cosas y a señaladas (49), en que lo podria fazer: assi como quando alguno fiziesse testamento, en que mandasse, que afforrassen algund su sieruo, e aquel a quien lo mandasse, escondiesse engañosamente la carta del testamento, en que era otorgado, que lo afforrassen. Ca en tal razon como esta, puede el sieruo facer demanda en juyzio, contra qualquier que lo touiesse. Otrosi dezimos, que si algund sieruo ouiesse dineros, que non fuessen de su Señor, mas que los ouiesse auido de otra parte, e los diesse a alguno en guarda, fiandose del, sobre tal pleyto, que lo comprasse de aquel cuyo era, e despues, que lo afforrasse; si este atal, desque ouiesse recebido los dineros, non lo quisiesse comprar, o auiendolo comprado, non lo quisiesse afforrar; dezimos, que sobre tal razon como esta, bien puede el sieruo estar en juyzio, e pedir al Juez, quel faga estar al otro, e guardar la postura que con el puso. Esso mismo seria si el sieruo pusiere con alguno, que lo comprasse su Señor sobre tal pleyto, que lo afforrasse despues que le ouiesse pagado los dineros, que el diera por el, si despues que esta postura fuesse fecha, auiendolo comprado, non quisiesse rescebir los dineros para afforrarlo, o auiendolos recebido, nol quisiesse afforrar, assi como con el ouiesse puesto.

LEY 9. *Por quales cosas puede el sieruo fazer demanda a otros en juyzio.*

Viña, o casa (50), o eredamiento, o alguna cosa, que touiesse el sieruo por su Señor, si otro

venido. l. 2. D. *ad Maced.*; y así mismo cuando se trate del peculio profecticio, que es siempre del padre sin distincion de casos, y relativamente al cual únicamente aquel puede ser actor ó convenido, l. 6. C. *de bon. quæ liber.* y lo propio deberá decirse del peculio adventicio, cuyo usufructo pertenece al padre, y por razon del cual corresponde tambien á este el proponer demandas y ser convenido, l. 8. §. 3. C. *de bon. quæ liber.* Por lo tanto la prohibicion de accionar en juicio el hijo de familias, sin la intervencion de su padre, debe entenderse establecida para aquellos casos, en que se trate de bienes, cuyo usufructo no adquiera el padre, porque no pueda adquirirlo, auth. *excipitur* en el mismo tít. ó porque lo haya repudiado; en cuyo caso se requiere el consentimiento del padre para integrar la persona del hijo, por razon de la patria potestad, segun la Glos. de d. l. 8. princ. y tambien el cap. últ de judic. lib. 6. hácia el fin. En aquellos casos, empero, en que, segun el derecho antiguo del Digesto, podia el hijo de familias ser convenido sin el consentimiento de su padre, puede ocurrir duda sobre sí debe entenderse dispuesto lo mismo por esta ley; porque en ellos podia el hijo de familias obligarse, y ser convenido y condenado sin el consentimiento de su padre, por razon de cualquiera demanda, escepto la que se fundase en la reclamacion de un préstamo ó el cumplimiento de un voto, l. 39. D. *de obligat. et act.* ll. 33. 34. y 35. D. *de noxal. act.* Mas la ley habla aquí indistintamente, y en consecuencia parece que por ella se requiere el consentimiento del padre, en todos aquellos casos, en que puede el hijo ser legalmente convenido, segun la opinion de la Glos. de d. l. 8. princ. y contra lo que pretende Bart. allí y á la l. 34. D. *de noxal. act.*; y añád. la l. penult. tít. 17. P. 4.

(46) Segun esta ley, basta que el padre, hallándose presente, interponga su autoridad, para que pueda el hijo de familias, aun siendo menor de edad, estar lejítimamente en juicio; aunque opina lo contrario Speculat. tít. *de actor.* col. 6. diciendo, que aun entónces debe nombrarse curador al hijo de familias; en lo que no convengo. Y sobre si se requiere ó no la autoridad del padre en los casos en que puede el menor accionar sin curador, como cuando se trata de la momentánea posesion, puede verse á Alber. sobre d. l. 8. princ. C. *de bon quæ liber.* col. 4. en donde opina por la negativa.

(47) Concuerda la l. 1. D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt.* y el §. 1. *Instit.* del mismo tít.

(48) Concuerda la l. 6. C. *de judic.* y véase lo dispuesto en el final de la l. 10, de este tít.

(49) Concuerda la l. 53. D. *de judic.*

(50) Concuerda la l. 1. C. *si per vim vel alio*

gelo embargasse, o lo desapoderasse (51) della, non seyendo el Señor en aquel logar, porque podiesse amparar su derecho; entonce bien puede el sieruo fazer demanda en juyzio, contra aquel que lo fiziesse. E otrosi, quando acaesciesse, que matassen a su Señor (52), e los parientes del, nin otro, non quisiessen demandar la muerte a los matadores; entonce bien puede el sieruo estar en juyzio, para fazer tal demanda. E aun dezimos, que si el sieruo faziendo algun yerro, por que meresciesse perder miembro (53), o recebir muerte (54), si le fuesse prouado, bien gelo pueden a el mismo demandar sin su Señor. Otrosi dezimos (55), que todo sieruo de Emperador, o de Rey, puede fazer demanda en juyzio, sobre cosa que perteneciesse a su Señor, o por razon de su persona misma. (*h*) E esta mayoria fue otorgada a tales sieruos como estos, por honrra de los Señores, cuyos son.

LEY 10. *Que los Religiosos non pueden estar en juyzio sin mandado de su Mayoral.*

Monje, o otro Religioso, que alguna cosa deuiesse ante que entrasse en Orden, non gela pueden demandar en juyzio. Ca pues que el ha fecho voto para fincar en la Orden (56), tal cuenta han a fazer del, como de ome muerto. E porende, si alguno ouiesse demanda contra el, deuela fazer a su Mayoral (57). Ca este es tenudo de responder en juyzio, o dar quien responda, pues que los bienes del passan al Monasterio (58), de que el es Mayoral. Pero esto se entiende, fasta en aquella quantia, que montare aquello (59) que ouieron del. Ca bien assi como les plaze de auer sus bienes; assi deuen sufrir el embargo, o la carga (60), que les viniere por razon dellos. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, quando el Rey, o otro por el, tomasse los bienes de algunos, por razon de yerros que ouiessen fechos, e despues viniessen otros a fazerles demanda sobre ellos, por deuda que les deuen (61) ante que aquel mal fiziessen (62). Ca sobre tal razon como esta,

(*h*) que pertenezca á su señor por razon de su persona misma B. R. 2. Esc. 1.

modo, y segun la Glos. allí, deberá, en este caso, el esclavo que accionare, afianzar las resultas, del juicio, opinion que dice Bart. allí ser la mas comun. Pero Salic. pretende que puede el esclavo accionar, sin prestar aquella caucion, atendida la dificultad de que encontrase fiador, no pudiendo, en su calidad de esclavo, poseer bienes algunos: en mi juicio la opinion de Salic. es la mas equitativa y la mas conforme con esta ley, en la cual no se exige la espresada fianza.

(51) Puede pues accionar el esclavo para recobrar y retener la posesion, pero no para adquirirla. V. Glos. de la l. últ. C. *qui legit. person.*

(52) Añád. l. 3. §. 3. D. *ad Silaniam.*: y aun en este caso, el esclavo que vindica la muerte de su señor, adquiere en premio la libertad, l. 16. de d. tít. y l. 1. C. *pro quib. caus. serv. pro præm. libert.*

(53) Añád. l. 12. §. 3. y 4. D. *de accusat.* y l. 2. C. del mismo tít. y l. 4. C. *ad leg. Jul. de vi publ.*

(54) V. Glos. de la l. 2. C. *de accusat.*

(55) Concuerda la l. últ. C. *ubi caus. fisc.* etc.

(56) Concuerda el cap. *placuit* 16. cuest. 1.

(57) Estas palabras de la ley confirman la opinion de los canonistas en el cap. *in præsentia de probat.* Abb. allí col. pen. y últ. disiente de Speculat. el cual en el tít. *de stat. monach.* princ. propone la fórmula de una demanda contra el monje y de otra contra el monasterio; y de esto infiere Paul. de Castr. en la auth. *causa quæ fit cum monacho, C. de episc. et cleric.* que puede la demanda entablarse útilmente así contra el primero, como contra el segundo: cuestion que queda resuelta por esta ley, estableciéndose en la misma que no puede admitirse la demanda intentada contra el monje y sí que debe proponerse contra el monasterio. * Estinguidas en el dia las comunidades religiosas, no obstante que los que á ellas pertenecieron deben guardar ciertas obligaciones de las que prometieron en la profesion, no puede contarse entre estas, la de no comparecer en los tribunales, sin órden de sus prelados, porque no teniéndolos, cesó la ley de la obediencia. Febrero tít. 62. § 4322.

(58) Y no solamente adquiere el monasterio la propiedad de los bienes de los que entran en él, sino tambien la posesion como adquiere tambien el arrogador los del arrogado, l. 16. D. *de preciar.*, y es digna de notarse la glosa del cap. 19. cuest. últ. Bart. sobre la aut. *si qua mulier, C. de Sacros. Eccles.* y Abb. sobre el cap. *in presentia*, *de probat.* col. antepen.

(59) V. §. últ. *Instit. de acquis. per arrogat.* Abb. en el final de d. cap. *in præsentia* y Paul. sobre d. auth *causa.*

(60) La palabra *carga*, de que usa aquí la ley, da á entender, que el monasterio está obligado á alimentar á los hijos, que tuviesen, los que entraren en él. V. Bart. sobre la l. 5. §. 17. D. *de agnosc. liber.* y Felin. en d. cap. *in præsentia*, col. 19.

(61) ¿Estará el fisco obligado á dotar á las hijas de aquellos cuyos bienes hayan sido confiscados? Así lo cree Bald. sobre la l. últ. C. *de dot. promiss.* y del mismo sentir es Bart. sobre la l. 31. §. 2. D. *solut. matrim.* V. l. 81. D. *pro socio.*

(62) V. Bart. sobre la l. 14. D. *de donat.*

bien pueden fazer su demanda (63) al Rey, o al otro que touiesse aquellos bienes por el, fasta la quantia, que fuesse prouado, que dellos ouo. Pero si la deuda fuere menor que los bienes, lo demas deue fincar al Rey; e si fuere mayor, non es tenudo (64) de pagar, si non fasta aquella quantia que rescibio. Otrosi dezimos, que si alguno fuesse sieruo, e lo ouiesse afforrado su Señor, e en aquel tiempo que estouiesse forro, fiziesse deuda con otro ome, e despues ouiesse fecho cosa por que lo tornasse (65) en seruidumbre, como de primero, aquel cuyo era; que si alguno le quisiesse demandar aquella deuda, non lo puede fazer a el, mas al Señor en cuyo poder fuesse.

LEY 11. *Que el Juez deue dar quien responda por el huerfano, que non ha Tutor en la tierra.*

Menor seyendo alguno de edad de veynte cinco años, non pueden fazer (66) contra el demanda ninguna en juyzio, a menos que sea delante, aquel que lo ha de guardar a el, e a sus bienes. E si por auentura acaesciesse, que tal demandado como este non ouiesse quien lo guardasse, aquel que quiere fazer demanda contra el, deue pedir al Juez (67) del logar, quel de quien lo guarde, e responda por el en juyzio: e el Juez deue catar alguno ome bueno, que sea su pariente, o vezino, sin sospecha, assi como dize en el titulo de los Guardadores, e dargelo, que sea su Guardador en aquel pleyto: e aquel deue responder por el, e guardarle su derecho bien, e lealmente. E el que de otra guisa fiziesse demanda contra atal persona, que non ouiesse edad complida, si el juyzio fuesse dado contra el demandado, non deue valer; e si fuesse dado a su pro (68), e a daño del demandador, es valedero.

LEY 12. *Que el Juez deue dar quien responda sobre los bienes que son desmanparados.*

Vegadas y ha, que catiuan (69), o non son en la tierra, aquellos contra quien el demandador quiere fazer su demanda, o mueren sin herede-

(63) Añád. l. 2. C. *ad leg. Jul. de vi publ.* y entiéndase lo dispuesto en esta ley para el caso en que se hubiesen confiscado todos los bienes ó una parte alicuota de los mismos; pues si, por el contrario, solo importase la condena una cantidad determinada, como ciento ó mil, no tendrán los acreedores derecho á dirijirse contra el fisco, aunque, por punto jeneral, son preferidos á él, segun lo dispone la l. únic. C. *pen. Fisc. creditor. præfer.* y así despues de Cin. lo declara Alber. sobre d. l. 2. * Estando en el dia abolida la pena de confiscacion de bienes no puede tener lugar lo que aquí dispone nuestra ley, ni lo que esplica el glosador.

(64) Añád. l. 1. §. 1. D. *de jur. fisc.*

(65) Lo mismo disponen las l.l. 1. 2. y últ. C. *de libert. et eor. liber.*, l. 1. C. *de ingrat. liber.* y cap. 12. q. 2.

(66) Concuerdan las l.l. 1. y 2. C. *qui legit person.* etc.

(67) Segun esta ley, parece no ser necesario que el juez requiera previamente al menor adulto para que pida que se le nombre curador, como lo disponia la l. 1. C. *qui pet. tutor. vel curat.* y lo opinaba Salic. allí citando á Jacob. de Rav. sino que el juez, á instancia de parte, deberá inmediatamente emplazar al menor, dándole traslado de la demanda, y mandándole que comparezca lejítimamente para contestar á ella: y si aquel compareciese sin curador le prevendrá el juez que pida que se le nombre y aun le compelerá á ello, segun dice Salic. sobre d. l. 1. observarse en la práctica: y yo he visto siempre practicarse que designa el mismo menor á la persona que quiere se le nombre en curador para aquel pleito. Pero debe procurar el litigante no seguir el juicio, con el curador de aquel á quien crea constituido en la mayor edad pues con esto le daria ocasion de pedir despues la restitucion por entero, Bald. despues de la Glos. en la l. 2. §. 2. col. 3. C. *de jure jur. calum.* Si bien, probándose despues la mayor edad, ya no tendria lugar la restitucion, por constar entónces la nulidad del nombramiento de curador. V. Bald. en el lug. cit.

(68) Añád. la l. 14. C. *de procurat.* y lo mismo deberia decirse, tratándose de una iglesia, segun la glos. del cap. *monachi*, q. 1. el cual parece ser el caso á que se refiere. Bald. cuando sobre la l. últ. C. *si advers. rem judic.* pretende que procederia lo mismo que dispone esta ley, aun cuando se hubiese contestado el pleito con una persona que no podia estar legitimamente en juicio, y á pesar de opinar lo contrario Jacob. Butr.

(69) Concuerda la l. 15. princ. D. *quib. caus. maj.* etc. cuya disposicion aplica la Glos. al curador nombrado para los bienes de un ausente en ultramar, debiendo esto entenderse por via de ejemplo; pues lo mismo deberia decirse de un ausente en paises remotos, aunque no fuese en ultramar, mientras estuviese fuera la provincia y no hubiese probabilidad de próximo regreso; debiéndose tambien en este caso nombrar un curador para sus bienes, como dice Bald. sobre la l. 9. C. *de bon. auct. jud. possid.* la

ros (70), por que han de fincar sus bienes desmanparados. E porende, el que quisiere fazer tal demanda como esta, deue pedir al Juez del logar, que de quien guarde (71) en aquel pleyto, los bienes de aquel a quien quiere demandar, e el deuelo fazer. E esto es, por que su Señor non seria y para responder, nin otro por el. E quando tal Guardador fuere dado, puede entrar en juyzio con el, e todo quanto razonare, o fiziere por el derechamente, e sin engaño, sera valedero, tan bien como si estouiesse delante aquel cuyos fuessen los bienes. Ca de otra guisa non valdria (72) la demanda, que fiziesse. E si por auentura acaesciesse, que los bienes de los sobre dichos fuessen tantos, que los non podiesse guardar vn ome solo, e ouiessen a dar mas Guardadores; cada vno destos que fuessen puestos para guardarlos, puede demandar en juyzio, e responder por razon de aquello que ha de guardar; bien assi como los Guardadores de los huerfanos lo pueden fazer, sobre los bienes de aquellos que tienen en guarda.

LEY 13. *Como, si alguno ha demanda contra Concejo de algund Lugar, o Cabildo, o Conuento, la deue fazer a su Personero.*

Concejo de Ciudad, o de Villa, o Cabildo de Eglesia, o Conuento de Religiosos, a quien quisiessen demandar en juyzio, tal demanda como esta non puede ser fecha a todos comunalmente, porque son muchos (73); mas deuenla fazer al Personero (74), que fuesse puesto para responder por ellos. Ca si de otra guisa lo fiziessen a otras personas (75) señaladas, maguer de aquel logar fuessen, non valdria. Porque la cosa que todo el Concejo, o el Cabildo (76), o el Conuento deuies-

l. 17. C. *famil. ercisc.* y l. 4. C. *de restit. milit.*, acerca lo cual puede verse á Bar., Paul. de Castr. Ang. y Juan de Imol. despues de Bart. sobre la l. 23. D. *de hæred. instit.* Mas si hubiese probabilidad de próximo regreso deberia esperarse al ausente, l. pen. D. *de legation.* y d. l. 4. en las cuales se habla del ausente por causa pública; añád. Bald. sobre la l. 6. §. últ. D. *de tutel.* Y sobre si, precediendo la citacion en el domicilio, puede procederse, aun sin nombrar curador de sus bienes, contra uno que esté ausente, ya sea con culpa o sin ella, puede verse el cap. últ. *de eo qui mitt. in posses. caus. rei serv.*

(70) Si, empero, dejase herederos, deben estos ser requiridos, antes de procederse al nombramiento de curador de los bienes, segun Bart. sobre la l. 1. D. *de curat. bon. dand.*

(71) Sobre el cargo de curador nombrado para los bienes V. Bald. sobre la l. 1. C. *de oblig. et act.* col. 2. A los bienes, del que ha hecho cesion de ellos, pueden nombrar curador los mismos acreedores, l. últ. D. *de curat. bon. daud.* y Bart. sobre la l. 9. D. *rem. rat. hab.*; siendo de notar, que el nombramiento de curador para los bienes de un ausente, se entiende hecho á favor de este, V. l. 15. princ. D. *ex qub. caus. maj.* y allí la Glos. y Alber.

(72) Esta ley parece indicar que si en virtud de documentos guarentigios se ha pedido y obtenido una ejecucion contra una herencia vacante, para cuya defensa no se haya nombrado curador, será nula dicha ejecucion y todo el procedimiento que, por razon de ella, se hubiese practicado; por lo que debe procurar todo el que crea tener derecho sobre semejante herencia, que se nombre primero un curador para la defensa de la misma, y contra el cual pueda proponerse la demanda: y lo mismo opinan Ang. y Juan de Imol. sobre la l. 25. D. *de stipul. sen.*, Jas. y la l. 7. C. *de judic.* y Ang. en la l. 9. D. *quod cujusq. univers. nom.*

(73) Esta disposicion de la ley se funda en la dificultad que tendrian, siendo muchos los individuos, de comparecer y defenderse; pero bien puede proponerse la demanda contra una universidad ó corporacion, y compareciendo en nombre de esta el síndico nombrado, entenderse con él el procedimiento, como lo esplica Juan de Plat. en la l. 1. C, *de jur. reipubl.* en donde opina tambien que si se emplazase solamente al síndico y este compareciese y contestase á la demanda, será válida la sentencia, pero la universidad tendrá derecho para pedir la restitucion: véase á dicho autor, y obsérvese que, segun esta ley, parece ser válido el primer emplazamiento hecho en la persona del síndico ó personero.

(74) * En la práctica se propone la demanda contra la corporacion y no contra el síndico ó personero; y se hace la citacion en presencia de todos los individuos reunidos ó de la mayoría de ellos, oficiándose con anticipacion al presidente para que designe dia y hora en que pueda el escribano pasar á cumplir aquella formalidad. Pero si no pueden ó no quieren congregarse los individuos para ser citados, bastará que, con arreglo á esta ley se les emplaze en la persona del síndico ó de un simple apoderado. Febrero por Goyena y Aguirre tít. 66. §.§. 4609 y 4610.

(75) Añád. l. 6. §. 1. y allí los D.D. D. *de divis. rer.* y l. 10. §. 4. D. *de in jus. voc.*

(76) Es digna de notarse esta ley y añád. l. 1. §. 1. D. *quod cujusq. univers. nom.* y lo que ob-

se, o fuesse tenudo de fazer, non pueden apremiar por ella a personas ciertas (77) de aquel lugar, que lo cumplan, como quier que todos en vno sean tenudos de lo cumplir; bien assi como la deuda, que deuiessen a ciertas personas de algun lugar, que non lo pueden todos en vno demandar, mas solamente aquellos, a quien pertenesciesse la demanda.

LEY 14. *Como pueden mouer demanda contra las otras personas, de que non fablan las leyes sobredichas.*

Nombradas auemos en las leyes ante desta todas las personas, e los lugares, que son mas dubdosos, para mouer demanda contra ellas en juyzio. E porende fablamos destos señaladamente, porque aquellos que los han a demandar, sepan de como deuen fazer su demanda, e non yerren nin pierdan su derecho. Ca contra estos sobredichos non podrian los demandadores mouer sus demandas, si non sobre aquellas razones, e en aquella manera, que en las leyes de suso mostramos. Mas contra todos los otros puede ser fecha qualquier demanda, tan bien a ellos, como a sus Personeros (78), o a los que lo suyo heredaren.

LEY 15. *En quales cosas deue ser auisado el Demandador, en fazer la demanda.*

Catar deue el demandador (79), non tan solamente a quien faze su demanda en juyzio, assi como en estas leyes diximos, mas aun que cosa es aquella, que quiere demandar. E primeramente, si es mueble, o rayz. E despues desso, si quiere por su demanda auer el señorio della, o la tenencia, o si quiere razonarla por suya. O si quiere demandar la possession della tan solamente. O si pide emienda de daño, o de tuerto, o de deshonrra, que aya rescebido en si mismo, o en lo suyo; o alguna otra cosa señalada quel deuan dar, o fazer. Ca si la cosa quisiere demandar por suya, e fuere mueble, e biua, assi como sieruo, deue dezir (80) el nome del, si lo supiere, e si es varon, o muger, o mancebo, o viejo, o negro, o blanco; e si fuere cauallo, o mula, o otra animalia, deue dezir de que natura es, e que color ha. E si fuere pieça de oro, o de plata (81), o otra cosa semejante, de aquellas que se suelen pesar, deue dezir el peso della. E si fuere lauor que sea fecha de mano de ome, assi como vaso, o escudilla de plata, deuela nombrar. E si es auer monedado, conuiene que diga de qual metal es, e la quantia dello. E si fuesse trigo, o ceuada, o vino, o azeyte, o alguna de las otras cosas, que se suelen medir, deue dezir de qual natura es, e la medida dello. E si es seda, o lana, o lino para labrar, deue dezir la quantia del peso. E si fueren paños texidos, que non sean tajados, nin cosidos, deue dezir la color, e la medida dellos, assi como si fuere pieça entera, o media, o quantia cierta de varas. Esso mismo dezimos, si fuesse pieça de seda (*i*), o de purpura, o de cendal, o de lienço. E si por auentura demandasse paños, que fuessen tajados, o cosidos, de qual manera quier sean, deue dezir el nombre dellos, e quantos son, e la color. Mas si demandare arca, o maleta, o saco cerrado (82) con llaue, o sellado, que ouiesse dado a alguno en guarda, e lo razonasse por suyo, non es tenudo el demandador de dezir señaladamente las

(*i*) xamete

serva sobre ella Ang., aunque, segun este autor, en algunos lugares se observa lo contrario injustamente. Pero Bald. sobre la l. 5. col. 5. C. *de execut. rei jud.* dice que en donde se acostumbrare embargar las caballerías de los individuos de una corporacion por la deuda que esta hubiese contraido, es válida aquella costumbre. Cita la l. 7. C. *de exact. tribut.* la que califica de notable: y puede verse lo que dice el mismo autor sobre el caso en que los individuos de una corporacion se obligasen como á corporacion y como á personas particulares; añádase á Bart. sobre la l. 4. §. D. *de re judic.* y véase lo dicho sobre la l. 15. tít. 10. Part. 7.

(77) Pero ¿podrá reducirse á prision á los cónsules y rectores de una corporacion por las deudas que esta hubiese contraido? Bald. en la l. 5. col. 4. C. *de execut. rei jud.* opina por la afirmativa, si la corporacion se ha constituido en mora. * Estando en el dia abolida la prision por deudas, no puede tener lugar la cuestion aquí propuesta. V. lo que se dirá á la l. 4. tít. 15. Part. 5ª.

(78) La primera citacion, sin embargo, debe hacerse en la persona del mismo interesado, á menos que esto sea imposible, en cuyo caso puede hacerse en la persona del procurador, Glos. del cap. *causam quæ de dolo et contumacia*, y Abb. en el cap. *dilectus, de procurat.*

(79) *Lo mismo exactamente que esta ley dispone la ley 4. título 3. libro 11. Nov. Recop.

(80) Añád. l. 6. D. *de rei vindic.*

(81) V. l. 1. §. 40. D. *de pos.*

(82) V. l. 1. §. 41. D. *de pos.*

cosas, que son dentro en ella. Pero si quisiere demandar el arca, e nómbrar las cosas que son en ella, puedelo fazer, e non se puede el demandado escusar de le responder, maguer diga, que non sabia que cosas eran las que yazian dentro. Esso mismo dezimos, que deue ser guardado en todas las otras cosas semejantes destas, que auemos dicho señaladamente en esta ley. Pero si aquel que faze la demanda, sobre la cosa que se suele medir, o pesar (83), dixere por su jura, que non sabia, nin se acuerda ciertamente de la quantia del peso, o de la medida, bien puede el Juez rescebir su demanda, maguer non diga señaladamente quanto es. E por quanto pudiere prouar, que fue aquello que demanda, sobre tanto le deue ser dado el juyzio, e non por mas.

LEY 16. *Que las cosas muebles, que son demandadas, deuen parecer en juyzio.*

Parecer (84) deue en juyzio la cosa mueble (85), que demanda un ome a otro, ca muchas veces acaesceria que non podria el demandador ciertamente (86) fazer su demanda, nin aduzir pruebas sobre ella, si la cosa que demandasse non fuesse mostrada. E porende dezimos, que el demandado es tenudo de mostrar aquella cosa, quel demandan, antel Judgador, seyendo delante aquel que faze la demanda, o su Personero; quier la demande por razon que es suya, o porque fuera empeñada, o porque auia otro derecho señalado en ella. Otrosi dezimos, que si el demandador dixere, que el sieruo (87) del Demandado, o algund otro su ome, le fizo daño, o tuerto, o furto, e non sabe el nome del, nin lo puede conoscer, a menos de lo ver; e porende pide, quel muestre toda su compaña, para saber sil conoscera entre ellos. O si dize, quel dexo alguno en su testamento por manda, que escogiesse de sus sieruos, o de sus bestias, o de las otras sus cosas, de qual manera quier que sean, e tomasse qual quisiesse; e que pide al que las tiene, que gelas muestre para escoger qual tomara. Ca destas cosas muebles, e de todas las otras que razonare el demandador, que non las puede prouar si non pareciessen, deue ser fecha muestra dellas en juyzio. Esso mismo dezimos (88), de piedra preciosa que fuesse de alguno, e otro la engastonasse en su oro, cuydando que era suya, o que auia algun derecho en ella; o si pusiesse rueda de carro ageno en el suyo, o tablas agenas en su naue, o cendal ageno en su manto, o fiziesse de otra cosa mueble, que fuesse agena, ayuntamiento con la suya, o en otra manera qualquier semejante destas. Ca entonce tenudo seria el demandado, de estremarla de aquel logar do la auia ayuntada, e mostraria en juyzio (89), sil fuere demandada. Pero si vigas, o otra madera, o piedras, o cal metiere (90) alguno en labor de su casa, non es tenudo de las

(83) Lo mismo se dispone en el cit. §. 40. y véase al Hostiens. y Juan Andr. sobre el cap. 2. *de libel. oblat.* y Abb. allí col. 3.

(84) Ll. 1. 2 y 3. D. *ad exibend.*

(85) Pues, tratándose de cosas inmuebles, no puede tener lugar la accion *ad exibendum*, por estar aquellas ya á la vista de todos.

(86) ¿Podrá empero el que quiere revindicar una cosa proponer en una misma demanda la accion *ad exibendum* y la revindicativa? Podrá hacerlo segun la Glos. de la l. 1. D. y l. últ. C. *ad exibendum;* bien que la misma Glos. opina lo contrario en la l. 3. D. del mismo tít. V. Alb. sobre d. l. 1. deduciéndose de lo que dice allí, que por punto jeneral pueden acumularse las dos acciones referidas; pero que debe conocerse previamente de la primera, esto es, de la *ad exibendum;* cuya acumulacion, sin embargo, no tendrá lugar, cuando la cosa cuya manifestacion se pide, estuviere unida ó formare parte de otra, como se lee en la l. 6. de d. tít. y en la l. 23. §. 5. D. *de rei vindic.;* y tampoco en aquellos casos, en que la misma accion *ad exibendum* tiene fuerza de revindicativa, pues entónces no podrán proponerse las dos á un tiempo, l. 43. §. 1. D. *de regul. jur.* pudiendo verse los casos en que la una accion incluye legalmente la otra, en la Glos. de la l. 2. l. 5. §. 3. y l. 7. §. últ. y l. 9. §. últ. D. *ad exibendum.*

(87) V. l. 3. §. 5. 6 y 7. D. *ad exibendum*, y l. 3. D. *de publican.*

(88) V. l. 6. y sigs. D. del mismo tít.

(89) Y antes de verificarse esta manifestacion no podria utilizarse la accion vindicativa, segun se dispone en d. l. 6. y como observa Bald. allí, siempre que haya un obstáculo para intentar una accion, debe removerse aquél, antes de practicarse ulteriores procedimientos; lo que dice ser digno de notarse.

(90) ¿Qué deberá decirse si lo tuviere ya metido? Tambien en este caso tendrá lugar lo dispuesto en esta ley, seg. la Glos. de la l. 23. §. 6. D. *de rei vindic.* contra el sentir de Ang. y de Bald. que la impugnan allí. * Al proponer Gregorio Lopez esta cuestion, distingue, al parecer, entre el caso en que se reclamen materiales que alguno *estuviere empleando* en su edificio y el en que se reclamen los que ya *hubiere empleado ó metido;* cuyo último caso propone aquí el glosador como cuestionable y no determina-

sacar (91) para mostrarlas en juyzio a su con tendor. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque las casas, o los edificios (92) que los omes fazen en las Villas, non tan solamente se tornan en pro de sus señores, mas aun en fermosura comunalmente de los logares do son fechos. E quando se desfazen parecen porende mas feos, ca se tornan como en manera de hermamientos(*j*). Pero el que fizo poner en sus casas alguna de las cosas agenas que de suso diximos, deuelas pechar dobladas a aquel cuyas fueren. E esto se entiende, quando lo ouiesse fecho a buena fe (93), cuydando que non eran agenas, e (*l*) que non pesaria a su dueño. Ca si a sabiendas (94) lo fiziesse, estonce deue pechar tanto por ellas, quanto su dueño jurare que ha recebido de daño, o de menoscabo, por aquello quel fue tomado, e que non pudo auer. E por quanto el quisiere jurar con apreciamiento del

(*j*) heredamiento. Acad. de Ermamiento. Tol. 2. de desfeamiento. Esc. 3.

(*l*) ó Acad.

do por la ley por usar esta las palabras *si alguno metiere*. Creemos, sin embargo, que no es este el concepto de la ley, y en tanto juzgamos que habla esta espresamente de materiales ya empleados ó *metidos en labor* ó edificio, como que determina los casos en los que puede obligarse *á sacar* dichos materiales, lo que tan solo puede referirse á los que ya se hubieren *metido* al tiempo de intentarse la accion *ad exhibendum*. Mas bien por el contrario nos parece podria haber lugar á la cuestion, de si la prohibicion de exibir los materiales ya *empleados* en una obra ó edificio, debe entenderse estensiva á los que se estuvieren empleando ó *metiendo*, toda vez que relativamente á estos, como que debe suponerse que se colocan en un edificio no concluido todavía, no obraria, en muchos casos, la razon de la ley que no es otra que la de no afear con ruinas y escombros el buen aspecto de los edificios; cuya última cuestion deberia resolverse segun las circunstancias, y segun que, por la exhibicion, debiese retardarse mas ó menos la continuacion de la obra comenzada.

(91) Pues que dice aquí la ley que *nadie está obligado* á exhibir la cal, piedra, etc. empleada en la obra de su casa, parece deducirse de estas palabras, que podrá por el contrario el que voluntariamente se ofrezca á hacerlo, sacar dichos materiales de la obra y exibirlos. Pero, segun la Glos. de d. §. 6. ni aun queriendo, podria hacerlo, y esta opinion creo la mas probable, por obrar del mismo modo la razon de la ley, que es la de evitar que se afee la ciudad destruyendo los edificios. V. á Alber. allí, en donde trata tambien la cuestion, de si procederia tambien lo dispuesto en esta ley, cuando pudiese verificarse la estraccion de los materiales, sin afear el edificio: sobre lo que v. á Ang. en el lugar citado.

(92) L. 20. §. 10. D. *de nov. oper. nunt.*, l. 2. §. 17. D. *ne quid in loc. publ.*

(93) Nótese que, segun esta ley, aun el que obrare de buena fe, empleando materiales agenos en la construccion de su casa, quedará obligado á pagar el doble de su valor, contra la opinion de los que (y entre ellos se contaba Ang. segun la Glos.) sobre la l. 23. §. 6. D. *de rei vindic.* pretendian que el que tal hiciese con buena fe, quedaba únicamente obligado á restituir el valor de los materiales que hubiese empleado: y así en efecto procedia por derecho del D. como lo prueba la l. 1. D. *de ting. junct.* y la l. 63 y Glos. D. *de donat. in vir et ux.*— * Pero, ¿deberá entenderse que por nuestra ley de Partida incurra en la pena del doble aun el que haya empleado materiales agenos, creyendo de buena fe que eran suyos, ó solo el que sabiendo que eran agenos, haya creido que el dueño de ellos consentiria el que se hubiesen empleado? Lo primero se deduciria claramente del texto de nuestra ley, tal como se lee en la edicion de la Acad., segun la variante notada aquí, el cual diciendo disyuntivamente *cuidando que non eran agenas ó que non pesaria á su dueño,* indica bien claramente que en cualquiera de las dos espresadas creencias se incurre en la pena del doble. Pero puestas las dos cláusulas conjuntivamente como aquí en nuestro texto, *cuidando que non eran agenas é que non pesaria á su dueño,* obsérvase desde luego que no ofrecen un recto y cabal sentido, por ser naturalmente imposible el creer yo que una cosa es mia y al mismo tiempo que no pesará á su dueño el verla por mí empleada. Quizás no fué la intencion del sabio Rey apartarse enteramente de lo dispuesto por el derecho comun, y solo quiso que pagase el doble el que á sabiendas emplease materiales agenos, aunque creyese de buena fe que lo aprobaria el dueño de ellos; pero no el que los hubiese empleado creyendo de buena fe que eran suyos. Esta disposicion seria mas justa y mas conforme al derecho comun, al cual, en esta materia, siguieron exactamente nuestras leyes de Partidas; y á pesar de no consentir semejante inteligencia el texto de la edicion de la Acad.; pero no seria tal vez infundada interpretacion, vista la variedad con que se ha transcrito esta ley en las dos ediciones, y dudamos mucho que se entendiese, en la práctica, en otro sentido ó que se aplicase la pena del doble al que hubiese empleado materiales agenos creyendo de buena fe que eran suyos.

(94) L. 23. §. 6. D. *de rei vindic.*

Judgador, tanto le deue fazer pechar al que fizo la labor de las cosas agenas, o a sus herederos.

LEY 17. *Quales otras deuen ser mostradas en juyzio.*

Carta (95) de testamento, o de otra manda, que alguno touiesse, si le fuere en juyzio demandada que la muestre, razonando el demandador, que el era y escripto por heredero, o que le era dexada alguna manda en ella, tenudo es el demandado de gela mostrar. Otrosi quando fuessen muchos los herederos, e el vno dellos touiesse todas las cartas, o el testamento, que perteneciesse a la heredad, que si alguno de sus coherederos le pidiesse que gelas mostrasse, por querer aueriguar alguna cosa con ellas, en qualquier destas razones, o en otras semejantes dellas, son tenudos los demandados, de mostrar el testamento, o la carta, a los demandadores que lo demandan, si la tuuieren. Otrosi tenudo (96) es el vendedor al comprador, de mostrarle las cartas, e el recaudo, que tiene de aquella cosa, quel vendio, porque el se pueda amparar de aquellos que gela demandan, o porque pueda prouar, si acaesciere alguna dubda, en razon de los terminos, e de los mojones della. Otro tal deue fazer, quando vn ome fuere obligado a otro por carta, de fazerle alguna cosa sana. E aun el que aforra (97) sus sieruos, tenudo es de darles carta de aforramiento, que puedan mostrar en juyzio, quando les fuer menester. E aun sin todo esto (98) dezimos, que seyendo alguno obligado a otro, por carta que ouiesse fecho sobre si, tenudo es el que la touiere, de entregarle della, pues quel ouiere pagado la debda. Esso mismo seria (99), quando alguno de los compañeros (100) touiesse cartas de las cuentas, que fuessen comunales de todos. O el Personero, que touiesse las cartas, o las razones escritas, de como el pleyto passo, sobre que le fuesse dada la Personeria; o el Guardador las cartas, que pertenesciessen a las cosas del huerfano o Mayordomo de Señor, o Maestro de Moneda, o de otras obras, de que touiesse el es-

(95) Concuerda la l. 3. §. 8. D. *ad exibend.* y la l. 3. §. 10. D. *de tabul. exib.*, y se deduce de esta ley, que el poseedor de un mayorazgo puede ser obligado, á instancia de su hermano, á manifestar los títulos de aquél. Añád. l. 1. princ. *testam. quemad. aper.*, d. l. 3. §. 10. D., l. 1. C. y l. 1. §. 1., y allí Bart. D. *de tabul. exib.* Inn. Juan Andr., Anton. y otros sobre el cap. 1. *de probat.* Aun al hijo desheredado, si lo pidiere, tambien debe hacersele manifestacion del testamento, l. 1. §. 2. D. *de tabul. exib.*, Bald. l. últ. col. 2. C. *de edend.* vers. *his præmissis.*

(96) Añád. l. 52. princ. D. *de action. empt. et vend* y l. 48 del mismo tít. y allí Paul. de Castr.

(97) L. 26. C. *de liber. caus.*

(98) L. 2. C. *de condict. ex leg.*

(99) V. l. 5. D. *famil. escisc.*, l. 7. C. y l. 9. D. *de edend.* y Specul. tít. *de instrum. edend.* §. *videndum* vers. *ex præmissis*, en donde trata de lo mismo que dispone esta ley.—*Y en d. l. 5. D. hasta se previene, que, al entregarse los títulos hereditarios al coheredero instituido en la mayor parte, deba este prestar caucion de exibirlos cuando convenga.

(100) ¿Estarán obligados los comerciantes á exibir sus libros, cuando así convenga al actor, para fundar su demanda? Así lo creen Bart., Alber., Ang. y Salic. sobre d. l. 1. C. *de edend.*, y lo mismo sostiene Bart. sobre la l. 9. princ. y §. 2. D. del mismo tít. siendo esta la mas comun opinion, segun Socin. allí, en donde, despues de otros, refiere la notable intelijencia que debe darse á la Element. 1. *de usur.* bien que aquella opinion, dice el mismo autor, debe únicamente observarse, cuando haya un estatuto que la autorice: y tambien, á mi entender, cuando lo autorizase la costumbre, ó cuando se tratase de asientos, que un comerciante hubiese tomado por mandato mio, ó bien si alegase yo el mandato, y dedujese, para probarlo, la costumbre de escribir, segun Paul. de Castr. sobre d. l. 1.; ó bien cuando el que pidiese la exibicion fuese un tercero; en cuyo caso, seria mas de presumir el mandato, que no si lo alegase el mismo que pretendiese haber contraido con el comerciante; porque no acostumbran los comerciantes, tomar asientos, ni escribir las cuentas de aquellos con quienes no tienen negocios pendientes, á menos que sea por mandato, arguyendo por lo que sucede comunmente segun Franc. Aret. cap. 1. *de probat.* y la l. 10.— y Bald. allí C. *de probat.*; y segun se infiere tambien por analogía de lo que en un caso semejante se dispone acerca los escribanos, quienes se presumen rogados. Tambien tendria lugar la cit. opin. cuando se tratase de asientos tomados ó cartas escritas en presencia de aquel que pide la exibicion; en cuyo caso se presume haber mediado mandato, segun la Glos. de la l. 1. D. *de negot. gest.* y lo anotado por Inoc. cap. *ex parte decani, de rescrip.*: ó cuando estuviese prevenido en la ley, que los libros de los comerciantes hiciesen fe en juicio, como lo previene d. §. 2., l. 9. *de edendo*, [y como entre nosotros se observa por punto general, y está mas espresamente dispuesto para los negocios y causas de comercio en el artículo 138. de la ley de enjuiciamiento], segun Aret. sobre d. cap. 1. Esto no obstante, no tendria el comer-

crito de las cuentas, o el recabdo dellas. Ca en qualquier destas razones que auemos dicho, o en otras semejantes dellas, tenudo es el que touiere las cartas o los escritos, de los mostrar en juyzio, si gelo demandaren los señores dellas, o otros que ouiessen derecha razon para demandarlas. Otrosi los Escriuanos (101) publicos de los Concejos, tenudos son de demostrar sus registros a todos aquellos a quien pertenescen las notas dellos, segund se muestra en el titulo de los Escriuanos. Ca ellos son como seruientes para escreuir las cartas por mandado de otro, e fieles para guardarlas, e mostrarlas lealmente alli do menester fuere.

LEY 18. *Que derecho es, si se pierde la cosa sin culpa del tenedor della.*

Aue (102), o bestia, o sieruo, que alguno ouiesse tenido en su poder, si despues se le fuesse sin su culpa, non faziendo el y engaño, nin falsedad; o non sabiendo que gelo querian demandar, lo ouiesse embiado a otra parte tan lueñe, que lo non pudiesse auer, luego que gelo demandassen, para mostrarlo en juizio; en tal razon como esta, nin en otra semejante della, non es tenudo el demandado de lo mostrar. Pero si aquel a quien demandan dixere, que maguer que non la tiene aquella cosa, que ha derecho en ella; entonce deue dar (103) fiador, que si tornare en su poderio, que la demostrara en juyzio. Mas si por auentura el demandado dixesse, que aquella cosa non la tiene, nin se queria trabajar de cobrarla, nin la amparar maguer la cobrasse; el que aquesto fiziesse en tal razon, dezimos, que si el non la desamparo engañosamente por su culpa, non es tenudo de responder mas por ella nin dar fiador.

LEY 19. *Que pena merescen los que matan, o trasponen la cosa mueble, que es demandada en juyzio.*

Engañosamente se mueuen a las vezes los omes, para refuir que non muestren en juyzio la cosa mueble, que les demandan. E esto seria, como si alguno demandasse a otro sieruo, o cauallo, o otra animalia, e pidiesse antel Juez que lo fiziesse parecer, e el demandado, por non gelo mostrar, lo traspusiesse, o lo matasse; e si lo quel pidiessen, fuesse vino, o azeyte, o cosa corriente, e la vertiesse, o la enagenasse; o si fuesse metal, o alguna otra labor de mano fecha, que la fundiesse, o la quebrantasse, o la desatasse, de manera que non paresciesse aquella (104) forma, que de primero era en ella. Ca en tal razon como esta dezimos, que tenudo es de pechar al demandador tanto quanto jurare (105), que menoscabo por aquella cosa, que engañosamente traspuso (*ll*), o la quebranto, porque non gela mostro en juyzio. Mas si por auentura el demandado mostrasse la cosa mueble en juyzio empeorada, o dañada (106), pero non fuesse mudada de todo; entonce si el demandador la fiziesse suya, o mostrare en ella otro derecho alguno, por que la deue auer, es tenudo el demandado de entregargela aquella cosa, e demas pecharle el daño, que prouare que auino en ella por su culpa, o por su engaño.

LEY 20. *Qual derecho es, de los que non muestran las cosas que les demandan en juyzio.*

Ligeramente acaesceria, que el demandado

(*ll*) le trapuso, ó lo enagenó ó lo quebrantó Acad.

ciante obligacion de exibir sus libros, cuando constase no haber mediado mandato, como se infiere de la l. 6. §. 5. D. y Bart. sobre d. l. 9. D. *princ. de edendo*, ó cuando no se alegase haber existido dicho mandato, tácito ó espreso, sino que el que pidiese la exibicion, se fundase únicamente en su calidad de comerciante, ó en el hecho de estar en correspondencia, segun Paul. de Castr. sobre d. l. 1.; pues sabido es, que el mandato hace que pertenezcan al mandante y mandatario los asientos ó cuentas, que por razon del mismo se hayan formalizado, segun d. §. 5.: y tampoco procederia la referida obligacion de exibir, cuando se tratase de libros ó asientos secretos, los que únicamente deberia exibirlos el que fuese usurero, y esto por disposicion especial, segun se ve en d. Clement. 1. y lo mismo dice Socin. sobre d. l. 1. C. de edend.

(101) Añád. la l. 4. §. 1. D. de edend. y la l. 9. tít. 19. de esta Part.

(102) Añád. l. 5. §. últ. D. *ad exibend.*

(103) Añád. l. 21. vers. *Julianus* y allí la Glos. D. *de rei vindicat.*

(104) Nótese que variando la forma de una cosa, se entiende variada su substancia, añád. l. 9. §. 3. D. *ad exibend.* en la cual propone Alber. la cuestion de si la pena impuesta al que hurtase trigo, comprende tambien al que hurta harina. V. Bart. en la l. 78. §. 4. D. *de legat.* 3. y Feliu. cap. *Ecclesiæ Sanctæ Mariæ* col. 46. *de constitut.*

(105) L. 5. §. 1. D. *de in lit. jurand* y l. 3. §. 2. D. *ad exib.*

(106) Añád. l. 7. C. *ad exib.* y la glos. notab. de la l. 7. §. 3. D. *de dolo malo.*

non auria poder de mostrar la cosa en juyzio, a la sazon que gela demandassen. Pero si el demandador porfiasse, yendo adelante por el pleyto, poderlo y a despues fazer, en el tiempo que quisiessen dar el juyzio sobre ella. E porque de tal razon como esta podria nascer alguna dubda, dezimos, que en qualquier tiempo (107) que el demandado haya poder de demostrar la cosa que le demandan en juyzio, que lo deue fazer. Mas si por auentura, en la sazon que se començasse el pleyto (108), ouiesse poderio de la mostrar a su contendor antel Juez, e non lo fiziesse, diziendo a aquel que gela demandasse, que lo non deue fazer, porque tiene, que non auia derecho en ella; e quando el Judgador quisiesse dar el juyzio, e le fiziesse mandamiento que la mostrasse, o que la entregasse al otro, acaesciesse que lo non podiesse fazer, porque aquella cosa fuesse perdida, o seyendo cosa biua, fuesse fuyda, o muerta; entonce, si el demandado tiene aquella cosa a buena fe, e despues perdio la tenencia (109) della por alguna de las razones sobredichas, non es tenudo de la amostrar, nin de pechar ninguna cosa sobre esta razon. Mas si el demandado contendiesse sobre aquella cosa, sabiendo que non auia ninguna derecha razon, por que lo deuiesse fazer, dezimos, que non es sin culpa: porque ante la deuia mostrar, que la ouiesse perdida por muerte (110), o por otra manera qualquier. E porende dezimos, que deue pechar por ella al que la demanda, quanto el la fiziere por su jura con apreciamiento del Juez. Pero si el demandado, a quien el Juez manda que muestre la cosa, fuere tenedor della (111), e seyendo rebelde non la quisiere mostrar; puede el Juez mandar al Merino, o a la Justicia de la tierra, o del logar,

(107) Concuerda la l. 7. §. 5. *ad exib.*

(108) Concuerda la l. 12. §. 4. y allí la Glos. D. *ad exib.*

(109) ¿Deberá esto entenderse únicamente en el caso, en que haya perecido la cosa por tal accidente, que, del mismo modo, hubiera sobrevenido hallándose aquella en poder del que la reclama, como lo distingue d. §. 4. l. 12. y allí la Glosa? Esta cuestion no queda resuelta por nuestra ley, y, segun Baldo allí, parece que aun el que tiene justa causa para litigar, queda, sin embargo, obligado, si perece la cosa, de tal manera, que no hubiera perecido estando en poder del actor. Esto no obstante, creo que lo dispuesto aquí debe entenderse sin la indicada distincion, porque no la pone nuestra ley, al ordenar que perezca la cosa en perjuicio del poseedor, cuando este no tiene justa causa de litigar, y que no perezca por el contrario en su perjuicio, cuando la tenga. Pero debe advertirse, que lo dicho tendrá lugar, tratándose de un poseedor de buena fe, y que lo haya sido desde el principio; porque si desde el principio hubiese poseido de mala fe, siempre y sin distincion de casos pereceria la cosa en su perjuicio l. 40. D. *de petit hæred.* Véase una glosa notable y allí á Alber. y á Ang. sobre la l. 15. §. 3. D, *de rei vindic.* y añád. l. últ. tít. 23. de esta Part. y lo que se dirá en la nota sig.

(110) En el caso aquí propuesto, el poseedor de buena fe no qnedaba obligado por derecho comun, aunque no tuviese justa causa de litigar, mientras hubiese perecido la cosa por un accidente, que podia tambien sobrevenir, estando aquella en poder del actor, como dije en la nota anteced. Pero ¿deberá tambien esta ley limitarse y entenderse con la espresada distincion? Pudiera tal vez decirse, que cuando se pide la exibicion de la cosa para revindicarla, y al efecto de que puedan examinarla los testigos sin otro objeto que el de pedir su restitucion, en este caso aprovecharia al poseedor de buena fe el alegar, que del mismo modo hubiera perecido la cosa estando en poder del actor, y entónces no le perjudicaria la pérdida de la misma, como en d. l. 15. §. 3. y lo mismo pretende la Glos. de d. §. 4. l. 12. D. *ad exib.* Mas no le aprovecharia semejante alegacion, y, á pesar de ella, quedaria obligado, si el actor reclamaba la cosa, no para lograr su restitucion, sino con otro objeto distinto, como si se tratase de un esclavo que por mandato de su señor debia adir una herencia, y que durante el pleito hubiese fallecido; en cuyo caso si el convenido se hubiese prestado desde luego á la exibicion, hubiera podido verificarse dicha adicion de herencia: y así inducen á creerlo la l. 11. princ. D. *ad exib.* y la l. próxima sig. y la 23. de este tít. y Part.

(111) ¿Es apelable la sentencia proferida en méritos de una demanda ó accion *ad exibendum*? V. Specul. tít. *de apellat.* §. 2. col. 4. vers. *sed num quid in actione ad exibendum*, en donde opina que no tendrá lugar la apelacion, si el convenido no está imposibilitado de hacer la exibicion, en cuyo caso no debe diferirse la ejecucion de la sentencia, l. 3. §. 13. D. *ad exib.* Pero seria apelable la sentencia si contuviese, además del mandato de exibicion, el de restitucion de la cosa, ó en ella se condenase al reo, por haber dejado dolosamente de poseer, al resarcimiento de los perjuicios que jurase el actor habérsele irrogado. Véase allí y lo que se dirá sobre la l. 9. tít. 23. de esta Part.

que gela tuelga (112), e que la faga parescer en juyzio.

LEY 21. *En que logar es tenudo el demandado de mostrar, o de entregar la cosa que le demandan.*

Dado seyendo el juyzio contra el demandado por afincamiento del demandador, que muestre aquella cosa que le demanda, en aquel logar do fue començado el pleyto sobre ella, tenudo es de lo fazer, si la cosa fuere y. E si por auentura fuesse en otra parte (113), e pidiesse el demandador, quel demandado la aduxiesse en aquel logar, do fuera començado el pleyto por demanda, e por respuesta; deue entonce aquel Judgador mandar al demandado, que la aduzga antel, en tal manera que si peligro o desauentura acaesciere en la carrera, trayendola, que sea sobre el demandador. E otrosi el es tenudo de pechar la costa al demandado, que faze en traer aquella cosa; fueras ende, si aquello que le demanda, fuesse sieruo, o bestia: que non es tenudo de le dar que coma (114), nin que vista, ca esto el demandado lo deue fazer. Pero si el sieruo, sobre que fuesse tal contienda como esta, sopiesse algun menester, por que se gouernasse, entonce el demandador lo deue gouernar: porque mientra lo faze traer de vn logar a otro, le embarga lo que podria ganar por su lauor. E todo esto que diximos, ha logar, quando el demandado contiende a buena fe, sobre la cosa que le demandan, por alguna derecha razon que tenga, o que ha en ella, non la auiendo traspuesta engañosamente a otro logar. Mas si el por fazer engaño, la traspusiesse de vn logar a otro por encubrirla, entonce deue el demandado dar todas las costas sobredichas, que fuessen fechas en aduziendola. E aun demas pararse al peligro que le auiniesse en el çamino, en trayendo aquella cosa, que le manda el Judgador entregar, o mostrar.

(112) V. l. 68. D. *de rei vindic.*

(113) Concuerda la l. 11. §. 1. *ad exib.*

(114) Arg. el que á los testigos no deben abonárseles los gastos, cuando estos sean tales, que tambien los hubieran tenido que soportar, estando en su casa, segun Bald. sobre la l. 11. § 1. D. *ad exib.*; y véase allí á Alber. sobre si el litigante que ha sucumbido debe satisfacer los gastos al vencedor, cuando este se haya hospedado y mantenido en casa de un amigo; ó si debe abonarle los honorarios de su abogado, aunque él no los haya satisfecho por tener relaciones de amistad con el que ha sido su defensor.

LEY 22. *Que si el demandado traspuso cosa que le demandan, deuelo dezir quando gela demandaren en juyzio.*

Deteniendose el demandado de fazer muestra en juyzio, de la cosa mueble que le demandassen, podria acaescer, que duraria tanto el pleyto, que en comedio de aquel alongamiento la ganaria por tiempo (115) el mismo (116), o algund otro a quien la ouiesse dada, o enagenada, segund diximos en las leyes del titulo que fabla en esta razon. E porende dezimos, que este a quien la demandan, que la deue mostrar en tal estado como era, quando el pleyto fue mouido sobre ella. Esto se deue entender, si entonce la touiere. Mas si por auentura la ouiese enagenada, deuelo luego dezir, porque el demandador pueda fazer su demanda sin menoscabo de su derecho. Ca si desta guisa non lo fiziese, e despues la quisiesse mostrar, en sazon (*m*) que el otro la touiesse ganada por tiempo, tanto valdria, como si fuesse rebelde, non la mostrando quando gela demandassen, auiendo poder de lo fazer. E porende deuel Judgador passar contra el demandado, assi como diximos en la ley tercera ante desta: e puedelo fazer con derecho, si quisiere. Fueras ende (117), si el demandado non se quisiere aprouechar de la ganancia, que fiziera por tiempo, de aquella cosa, parandose a responder por ella en juyzio; bien de aquella guisa, como si estuuiesse en aquel estado, que era quando gela començaron a demandar. Ca entonce el Judgador deue yr adelante por el pleyto, e non ha por que yr contra el demandado, por razon que la muestra a la sazon que la haya ganada por tiempo. E esto ha logar non tan solamente en la cosa mueble, que ha de ser monstrada en juyzio, mas aun en las rentas, e en los frutos que della saliessen, despues que el pleyto mouido fuesse so-

(*m*) en razon Acad.

(115) Concuerda la l. 9. §. últ. D. *ad exhib.*

(116) Nótese que, despues de contestada la demanda y entablada la accion *ad exhibendum*, aprovecha el tiempo que va trascurriendo, para oponer la usucapion á la revindicacion de la cosa que se ha pedido se exibiese; y véase la Glos. de d. l. 9. §. últ. y de la l. 18. D. *de rei vindic.* — * La razon de esto es por que no pidiéndose por la accion *ad exhibendum* mas que la manifestacion de la cosa, y no la restitucion de la misma, no se interrumpe por semejante demanda la buena fe del poseedor. Pero otra cosa deberia decirse, si se intentaran á un tiempo las dos acciones

bre ella. Massi por auentura, el que demanda que le muestren la cosa en juyzio, la auia perdida por tiempo, quando la comenzo a demandar, non es tenudo el demandado de gela mostrar, porque el demandador non ha ningund derecho en ella.

LEY 23. *Que derecho es, si el demandado non muestra la cosa mueble que demandan en juyzio.*

Tal podria ser la demanda, que el demandador faria en razon de alguna cosa mueble, que le demostrassen en juyzio, que seria mayor la perdida, que el recibiria por razon della, si non pareciesse, que non valdria aquello quel demandara. E esto seria (118), assi como si alguno demandasse a otro que le mostrasse el sieruo, que dezia el demandador que era suyo, porque queria ganar por el algun heredamiento, o otra cosa que era dada a aquel sieruo, o mandada; e el demandado non lo quisiesse fazer, despues que el Judgador gelo mandasse. Ca si por esta razon, porque non le fue mostrado el sieruo perdio el heredamiento, o algun otro derecho que pudiera ganar por el; en tal razon como esta, o en otra semejante, dezimos: que non tan solamente es tenudo el demandado de pechar al demandador quanto aquel sieruo valia; mas aun todo el daño, e el menoscabo que jurasse, con apreciamiento del Judgador, que recibiera, porque non le fuera mostrado en juyzio. Otrosi dezimos (119), que si alguno mandasse a otro en su testamento uno de sus sieruos, qual el mas quisiesse escoger fasta tiempo cierto, si despues aquel, a quien fuesse fecha tal manda, pidiesse que gelos mostrassen todos, por ver qual dellos escogeria; si por auentura fuesse, que el heredero non lo quisiesse fazer, e passase el plazo, en que el demandador auia la escogencia de aquel sieruo; deuelo pechar aquel que gelos deuiera mostrar, e non quiso, todo el menoscabo que recibio, porque non gelos mostro, assi como de suso diximos, pues que la muestra non fue fecha en tiempo que tuuiesse pro. E esto que dezimos, ha lugar non tan solamente en el sieruo, assi como de suso diximos, mas aun en todas las otras cosas, que fuessen desta manera.

LEY 24. *Que derecho es, si el Judgador da por quito al que demandan la cosa, e el es tenedor della.*

Da a las vegadas (120) por quito el Judgador al demandado, porque la cosa mueble quel demandan non la tiene, o porque la perdio sin su culpa, e sin su engaño. Pero si despues fallare que es tenedor della (121), non se puede defender el demandado, por dezir que ya fue quito de aquella demanda por juyzio. Ca non lo quitaron en la primera demanda, si non porque la non podia mostrar. Mas si despues la cobra, qual por manera quier que fuesse, tenudo es de mostrarla como de primero. Ca bien deue (122) todo ome entender, que el quitamiento non fue fecho, si non por razon que la non tenia. Mas si el Judgador (123) ouiesse quito por juyzio al demandado, porque non habia derecho ninguno en la cosa el demandador, siempre se puede defender, por razon de aquel juyzio, que non es tenudo de la mostrar, nin de responder por ella al demandador, nin a otro ninguno que la demandase en su nombre.

LEY 25. *Que el Demandador deue señalar lo que demanda, por ciertas señales.*

Campo, o viña, o casa, o otra cosa qualquier, de aquellas que son llamadas rayz, queriendola alguno demandar en juyzio por suya, deue decir señaladamente (124) en qual lugar es, e nombrar los mojones, e los linderos della. Esso mismo

ad exhibendum y revindicativa, ó si por la primera se pidiese tambien la restitucion de la cosa, en cuyo caso el tiempo que trascurriese despues de intentada la demanda, no seria tiempo hábil para la prescripcion.

(117) Véase aquí un caso en que el actor entabla su demanda y se le admite, careciendo de accion; [porque esta ha caducado por la prescripcion, la que sin embargo no se le opone por el reo.] Véase á Bart. y Jas. á la l. 9. D. *de verb. oblig.*

(118) Concuerda la l. 11. princ. D. *ad exhib.*

(119) Concuerda la l. 10. D. *ad exhib.*

(120) V. l. 18. *de except. rei jud.* y l. 12. §. 2. D. *ad exhib.*

(121) El mismo demandado ó su heredero. V. l. 19. D. *ad exhib.*

(122) Puede decirse, por esta ley, que en caso de duda, siendo absuelto el demandado, se entiende serlo por falta de prueba: v. l. 60. D. *de condict. indeb.* y Bart. allí y sobre la l. *duobus* §. *à fide jussore* del mismo tít. y Bald. á la l. 3. C. *ad leg. Aquil.*

(123) V. l. 3. con su Glos. C. *ad exhib.*

(124) Lo mismo debe decirse, cuando se propone una demanda en juicio posesorio, segun

dezimos que deue fazer, si la demandasse por razon que otro gela ouiesse empeñada, e non la tuuiesse en su poderio, o de otra manera qualquier, por que tuuiesse que deuia ser entregado della. Pero mucho se deue guardar el demandador, quando la cosa demanda por suya, quier sea mueble, o rayz, que si sabe la razon por que ouo el señorio della, assi como por compra, o por donadio, o por otra manera qualquier, que aquella ponga en su demanda (125). E esto tuuieron que era derecho, por dos razones. La primera, porque quando supiesse ciertamente la razon por que es suya, poniendola en su demanda, mas de ligero lo puede despues prouar; e otrosi mas en cierto puede ser dado juyzio sobre ella. La segunda, porque si acaesciesse, que el demandador non prueue aquella razon, que puso en la demanda, por que dezia que era suya, que la puede despues (126) demandar por otra razon, si la ouiere: e non le embargara el primero juyzio, que fue dado contra el sobre aquella cosa misma, pues que por otra razon la demanda, que non ha que ver con la primera. Esto se entiende, seyendo librada (127) la razon primeramente, por que dezia que era suya, que ante non puede alegar otra (*n*). Mas si el demandador fiziesse su demanda generalmente, razonando la cosa por suya, non poniendo alguna razon señalada, porque ouo el señorio della; si fuere la sentencia dada contra el, porque non la pudiesse prouar, non la puede (128) despues demandar en ninguna manera. E esto es, porque alli do la demando generalmente, encerro todas las razones, por que la podia demandar. Pero si el demandador quisiesse decir, e mostrar alguna nueva razon, por que el ganara el señorio de aquella cosa despues que fue dada la sentencia (129) contra el, assi como sil fuesse dada, o comprada, o la ouiesse ganada de nueuo en otra manera qualquier, de aquel que auia poderio de darla, o de venderla; sobre tal razon como esta, bien puede fazer su demanda de nueuo.

(*n*) En la edicion de la Acad. falta toda esta cláusula desde *Esto se entiende*.

se dispone en la l. 27. de este mismo tít. — * V. l. 4. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop.

(125) Adviértase que lo que se dice en esta ley sobre debe respecificar el tít. por el que le competa el dominio, el que entable la accion vindicativa, únicamente deberá hacerlo, si quiere; porque á ello no se le puede obligar; y así se infiere de las palabras de la ley, la que da, en esta parte, un consejo, y no impone un precepto; y lo confirma el estar dispuesto lo mismo por el derecho comun, segun observa Bart. sobre la l. 14. §. 2. D. *de except. rei jud.* col. 3. — * Pero se debe bien advertir que lo que puede dejar de espresarse en la demanda, es la causa ó título remoto en que aquella se funda, pero no el próximo, el cual es absolutamente necesario que se especifique, porque de otra manera, no podria el convenido defenderse ni contestar siquiera la demanda. Así el que pide la restitucion de una cosa, que cree ser suya, puede dejar de espresar en su demanda si ha adquirido el dominio por contrato, última voluntad etc., pero debe decir que le compete el dominio de la cosa que pide. Y en este sentido debe entenderse el que generalmente se cuente entre los requisitos necesarios en la demanda, la espresion de la causa ó título en que se funda.

(126) Añád. l. 11. §. 2. D. *de except. rei judic.* y mas espresamente el cap. *Abbate, de sent. et re jud.* lib. 6.

(127) Esto debe entenderse, á menos que, durante el litigio, haya sobrevenido un nuevo derecho, y traiga este su orígen de tiempo anterior á la demanda; pues entónces bien podria condenarse al convenido en méritos del mismo juicio, l. 9. §. últ. D. *de pignor. act.* y l. 17. D. *mandat.*, por lo mismo que el hecho en que se fundaba la demanda habia precedido sustancialmente al juicio; pero á esto parece tambien oponerse esta ley, al usar aquellas palabras: *que non ha que ver con la primera* etc.

(128) Entiéndase, cuando habiéndose propuesto la demanda vindicativa, en general y sin espresar el título, porque competia el dominio, tampoco se ha espresado este en el decurso del juicio, sino que ha seguido alegándose el dominio en general; mas si en el decurso del juicio se ha espresado el título, en que se fundaba la demanda, podrá entónces accionarse despues, alegando nuevos títulos, pero pidiendo antes la restitucion por entero por justa causa de ignorancia y no de otra manera, l. 11. princ. D. *de except. rei jud.* y véase á Bart. y á Paul. allí y á la l. 14. §. 2. col. 3. D. *de except. rei jud.*

(129) Nótese bien esta palabra, pues por ella, si hubiese sobrevenido, pendiente todavía el juicio, algun título, que no competia al actor al entablar su demanda, y se hubiese absuelto, sin embargo, al demandado; en este caso obstaria tambien la escepcion de cosa juzgada á la nueva demanda que fundada en aquel título se propusiese: y esto tengo por cierto, á pesar de lo que haya dicho Dyn., á quien cita Bald. sobre d. l. 14. §. 2. col. 4.; porque, como el nuevo título sobrevenido durante el litigio, ha nacido mientras se sostenia en el mismo una demanda general y no espresiva del título en que se fundaba, deberá obstar la absolucion á todos los tí-

LEY 26. *Que cosas son aquellas que pueden demandar en juyzio generalmente, non señalandolas.*

Señaladamente deue el demandador demandar, e dezir en juyzio, las cosas que quisiere demandar, assi como diximos en las leyes ante desta. Ca de otra manera non podria ciertamente responder el demandado, nin el Juez dar su sentencia. Pero cosas y ha, sobre que puede poner su demanda generalmente (130), e non seria tenudo de nombrar cada vna por si, porque son ellas de tal natura, que non lo podria fazer, e otrosi non faze gran mengua al demandado, maguer non sea señalada cada vna dellas; pues que por tal demanda puede auer cierto entendimiento, para responder sobre ella. Esto seria, como si el demandador quisiesse demandar los bienes de alguno, que deuiesse heredar, todos, o alguna partida dellos. Ca entonce abonda que diga, que demanda los bienes de Fulan, quel pertenescen, porque es su heredero. E diziendolo assi, non ha por que nombrar cada vna cosa de aquellos bienes señaladamente. Esso mismo seria, si demandasse cuenta de los bienes de algun huerfano, o de otro ome que el demandado ouiesse en guarda tenido, o de compañia, o de mayordomadgo, o en razon de ganancia, o de perdida, o de daños, o de menoscabos, que fuessen fechos en algunas destas cosas sobredichas. Otrosi dezimos, que si alguno quisiesse demandar Villa, o Castillo, o Aldea, o otro lugar señalado, que abonda que diga, que demanda aquel Lugar, diziend oseñaladamente qual, con todos sus terminos, e con todas sus pertenencias(131); e non ha porque dezir cada vna cosa, de lo que le pertenesciesse. E lo que diximos en esta ley, ha lugar en todas las otras razones semejantes destas.

LEY 27. *Que es propiedad, e possession; e que diferencia han entre si, e como se deuen pedir.*

Propriedad, e possession son dos palabras, que ha entre ellas muy gran departimiento (132). Ca propriedad tanto quiere dezir (133), como el

tulos que despues se alegasen, segun se ve en el cap. *Abbate* cit. en la nota 126, lo que procede por derecho canónico y por lo dispuesto en esta ley, por mas que difieran en esta parte del derecho comun: pero debe limitarse lo dicho al caso en que, entablándose una demanda en términos generales, se haya espresado únicamente en ella la causa ó título próximo en que se fundaba; porque si se hubiese tambien espresado la causa remota, aunque en términos generales, entónces el derecho ó título que sobreviniese, no se entenderia caducado por aquel juicio, y podria fundarse en él una nueva demanda, segun opina Bart. á quien puede verse sobre d. §. 2. col. 4. vers. *procedo ulterius*, y segun lo prueba esta ley en donde dice: *mas si el demandador ficiese su demanda generalmente; razonando la cosa por suya, non poniendo alguna razon señalada* etc., de cuyas palabras se infiere, que lo dispuesto en la misma ley únicamente tendrá lugar, cuando se haya espresado solo la causa próxima, á saber, el dominio, sin espresar causa ó título remoto alguno, como el de compra ú otros.

(130) * V. l. 4. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop.

(131) Inoc. en el cap. *cum ad sedem*, *de restit. spoliat.* col. 1. dice, que no está determinado por el derecho cuales cosas deban entenderse por pertenencias de un castillo; pero por costumbre y aun por estatutos establecidos se ha señalado á cada castillo un determinado territorio, al cual se estiende su jurisdiccion y que le sirve de dependencia: y de aquí los castillos han acostumbrado tener propias pertenencias, sin las cuales no podrian ser habitados: porque, de otra manera. no podrian los colonos residir en ellos, segun observa Paul. consil. 139. vol. 1.: y todas las jurisdicciones del castillo se denominan pertenencias del mismo, segun Inoc. y véase á Andr. de Isern, cap. 1. princ. *¿quid sit investitura?* y bajo el nombre de pertenencias vienen comprendidos todos los accesorios. Bald. al capít. 1. *de capit. qui cur. ven.*; y sobre si el que vende un castillo con sus pertenencias, se entiende vender los predios y cosas particulares que tuviese en él, véase á Alex. á la l. 3. princ. col. pen. D. *de adquir. posses.*, en donde, despues de Imol., opina por la negativa; añadiendo otras especies notables que pueden verse allí, y sobre esta materia véase á Socin. consil. 47. vol. 1.

(132) Concuerda la l. 12. §. 1 y la l. 52. princ. D. *de adquir. posses.* y l. 1. §. 2. D. *uti possidetis*.

(133) Nótese, que, segun esta ley, lo mismo quiere decir propiedad que dominio: v. l. 4. C. *de probat.* y Abb. nota 2. al cap. 1. *de causa posses.*: debe advertirse, sin embargo, que la voz *dominio* tiene una significacion mas lata y general, comprendiendo, así el dominio directo, como el útil: al paso que por propiedad se entiende únicamente el dominio directo, segun Jas., á quien puede verse sobre la l. 12. §. 1. col. 1. y v. Alex. á la l. 17. §. 1. col. pen. D. *de adquir. posses.* Aconsejo pues al que trate de revindicar una cosa, por tener en ella el dominio útil, que no alegue, como título, la propiedad, ni concluya reclamando su derecho con aquella palabra, sino con la de dominio; porque la propiedad com-

señorío que el ome ha en la cosa. E possession tanto quiere dezir, como tenencia. E porque es mas graue de prouar el señorío de la cosa, que la tenencia, dixeron los Antiguos (134), que mas cuerdamente faze el demandador su demanda, en demandar en juizio la tenencia, si la pudiere prouar, que la propriedad. Onde dezimos, que todo demandador que quiere mouer demanda sobre tenencia de alguna cosa, que la deue señalar (*o*); assi como diximos en las leyes ante desta, que deue fazer, quando la demanda por suya. Ca si acaesciesse (135) que non pudiesse prouar la tenencia, e quisiesse tornar de cabo a demandar el señorio, bien lo puede fazer. Otrosi dezimos, que si el demandador fuesse forçado, o echado de la tenencia de alguna cosa que fuesse suya, que bien puede entonce demandar en vna misma demanda (136) la tenencia e el señorio della, a aquel que la tuuiere. E si por auentura alguno demandasse a otro, que le entregasse (137)

(*o*) señalar ciertamente Acad.

prende únicamente el dominio directo y no el útil, aun en los libelos; como lo esplican dichos Alex. y Jas. en los lug. cit. y Alex. consil. 83. col. 1. vol. 3.

(134) V. l. 24. D. *de rei vindict.*

(135) V. l. 14. §. últ. D. *de except. rei judic.*: y por el contrario, despues de intentada la demanda de propiedad, puede tambien intentarse la de posesion, v. d. l. 12. §. 1. *de adquir. posses.* y l. 18. §. últ. *de vi et vi armat.* Mas tratándose de aquellos interdictos que importan la demanda de propiedad, como los de que habla la l. 2. §. 2. D. *de interdict. sive extrord. act.*, opina Bart. sobre d. l. 12. §. 1. col. 3. que no podria el que los hubiese intentado, entablar despues demanda de propiedad porque le obstaria la sentencia dictada en mérito de semejante posesorio. No obstante Alex. allí col. 12. sostiene la opinion contraria.

(136) Concuerda el cap. *cum dilectus, de caus. posses. et propiet.* Y sobre si pueden intentarse á la vez la demanda de propiedad y el interdicto de retener la posesion, véase á Bart. sobre d. l. 12. §. 1. col 6. y mas estensamente en la col. 8.

(137) Nótese bien que esta ley habla del caso en que se intente el interdicto de adquirir la posesion, al cual le obstará la escepcion de dominio, si ofrece el que la opone probarla *incontinenti*, como pretende la Glos. de la l. 37. D. *de judic.* hácia al fin en donde trata estensamente este punto; mas no tendria lugar lo dispuesto en esta ley, respecto del que intentase el interdicto de recuperar la posesion, al cual no le obstaria la falta de dominio, l. 7. C. *ad leg. Jul. de vi publ.* á menos que constase dicha falta notoriamente y por declaracion judicial, en cuyo caso obstaria la escepcion; y así lo opinan comunmente los DD. contra lo que dice Bart. sobre la l. 12. §. 1. D. *de adquir. posses.* y véase allí á Alex. col. 7 y 8 en donde trae otras escepciones de lo dispuesto en d. l. 7. y añád. Paul. de Castr. quien sobre d. l. 37. opina que al que intente el interdicto recuperatorio, no le obsta, por punto general, la falta de dominio, á menos que despues de intentado aquel interdicto, haya contestado á la escepcion de dominio opuesta por el reo; ó que haya intentado al mismo tiempo la demanda de propiedad y de posesion, ó cuando sea notorio por notoriedad de hecho ó de derecho que el dominio pertenece al demandado, ó cuando la restitucion importase peligro de perderse un alma ú otro irreparable, ó cuando se pidiese la restitucion implorando el oficio del juez, como para reparar un atentado y no por el interdicto *unde vi.* Por iguales razones tampoco obsta la escepcion de falta de dominio al que intente el interdicto de retener, como observan Bart. sobre d. l. 12. §. 1. y Paul. sobre d. l. 37, aunque se opusiese aquella falta como notoria: y lo propio siente Abb., sobre el cap. *in litteris* col. 11. *de restit. spoliat.* en donde dice, no ser lícito al dueño el molestar al posesor contra el espíritu de la l. 7. C. *unde vi* y cap. *cum qui, de præbend.* in 6; lo mismo opina Bald. sobre la l. 9. C. *de sentent.* col. 2. diciendo que, habiéndose intentado el interdicto *uti possidetis*, no puede proferirse sentencia adjudicando la propiedad, aunque constare á quien esta pertenece: lo que tendria lugar, á lo menos cuando, al intentar el interdicto, se hubiese pedido que el reo dejase de molestar al demandante, y no hubiese este deducido otra pretension alguna, en cuyo caso indudablemente no le obstaria la escepcion de dominio, segun lo esplica Socin. sobre d. §. 1. l. 12. *de adquir. posses.* col. 4. y Alex. col. 11 y 12. á quien puede verse: y del mismo parecer es Bald. sobre la l. 3. col. 7. C. *de interdict.* en donde trae de lo dicho la mas convincente razon. Hace para el caso lo que observa Juan de Imol. sobre la l. 40. §. últ. D. *de adquir. posses.* en donde sostiene la opinion de Bart. y aun pretende que no debe oirse al reo, por mas que ofrezca justificar incontinenti su dominio. Alega á Bart. y este al texto de la l. 1. C. *si per vim vel alio modo*, cuya letra, segun una de las interpretaciones que le da la Glos. se refiere al posesorio de retener, y sin embargo parece que, segun ella, deberia reservarse la escepcion de dominio para otro juicio. Añade tambien Juan de Imol., en corroboracion de lo dicho, que no parece conveniente el que el dueño moleste de hecho al poseedor, segun las ll. 1. y 2. C. *ut nem. liceat sine judic. auctor.* Sin embargo Ang. de

Aret. sobre el §. 25. col. últ. *Instit. de act.* observa que el referido principio de no poder el dueño molestar de hecho al poseedor, parece estar en contradiccion con lo que dicen la Glos. y Bart sobre la l. 1. §. 9. D. *uti possid.*, á saber; que si bien nadie puede rechazar por la fuerza al que le quita la posesion, á menos de hacerlo incontinenti, pero bien puede perturbarle en la misma posesion, aunque lo haga despues de pasado algun tiempo: y lo mismo opina Bald. sobre la l. 2. col. 2. C. *unde vi* y sobre la l. 1. col. 3. C. *uti possid.* en donde, para concordar las opiniones encontradas, distingue bellamente el caso en que el que se halla en posesion, la tiene como á ladron ó forzador sin justo título alguno, del en que la tenga, no por la violencia, sino por un justo título, [pero las haya tomado sin la autorizacion correspondiente; pues á no ser así, ya no podria entablarse contra él el interdicto, ni habria lugar á la cuestion que aquí se agita]. En el último de dichos casos opina d. Bald. que ni aun el dueño de la cosa puede hacerse justicia por si mismo contra el que la posee, y turbarle impunemente en la justa posesion, en cuyo sentido entiende lo que afirma Bart. sobre d. l. 40. §. últ. y lo propio pretende el mismo Bald. sobre el §. *calidis, de prohibit. feud. alien. per Freder.* Mas en el primer caso, esto es, cuando el poseedor ha entrado en la posesion como ladron ó forzador, opina que puede el dueño turbarle en la posesion; en cuyo sentido debe entenderse lo que dicen la Glos. y Bart. sobre d. l. 1. §. 9. y lo califican allí de muy notable, por ser útil y de frecuente aplicacion en la práctica: mas aun en esto último no deja de haber alguna dificultad, segun lo que observa Paul. sobre. d. l. 37. col. 2 y últ., no obstante lo qué, parece equitativa la distincion que se acaba de esplicar. — * En el dia, siempre que se intenta el interdicto de recuperar, se observa rigurosamente en la práctica el principio *spoliatus ante omnia restituendus*: y en tanto no se admite contra aquel interdicto la escepcion de dominio, ni otra alguna, como que ni siquiera se cita al despojador, y se restituye al despojado en la posesion, sin audiencia del que se la ha quitado. Además, por la l. 1. tít. 34. lib. 11. Nov. Recop., está dispuesto que el forzador ó despojador, por el mero hecho de serlo, pierda todos los derechos que tal vez tuviese sobre la cosa de que ha despojado á otro: y esta seria razon bastante, cuando otra no hubiese, para no poderse admitir escepcion alguna, inclusa la de dominio, contra las demandas de despojo ó interdictos de recuperar. Y á este propósito creemos oportuno observar que en muchísimos casos se habrá despojado á uno que no poseia ni pretendia poseer en calidad de dueño, sino en otra distinta, y que no le da, por eso, menos derecho á pedir que se le restituya en la posesion; y contra la demanda ó interdicto que á dicho efecto hubiese intentado, seria tanto menos justo el admitir la escepcion de dominio, como que este, aun cuando se justificase, no podria variar el estado de la cuestion. Si el dueño, por ejemplo, de una casa desposeyese de ella violentamente al usufructuario, ¿qué efecto podria tener la escepcion de dominio contra el interdicto que aquel intentase? Lo propio podria decirse, cuando el dueño de un predio sirviente impidiese, á la fuerza, al dueño del predio dominante el ejercicio de los derechos de servidumbre que este estuviese poseyendo, y en otros infinitos casos de igual ó semejante naturaleza. No comprendemos, pues, como en términos tan absolutos se ha propuesto la cuestion, de si, contra los interdictos posesorios, debe ó no admitirse la escepcion de dominio, contra la regla general que prohíbe la admision de todas; lo que equivale á suponer que aquella es la mas privilejiada. Si se admite la escepcion de dominio contra el que, poseyendo como á dueño, ha sido despojado ó perturbado en la posesion y pide la restitucion ó amparo, la misma razon hay para que se admita la escepcion de usufruto ú otra semejante contra el que pide ser restituido ú amparado en la posesion que obtenia como á usufructuario etc. Y, en este concepto, juzgamos que la cuestion tan debatida, de sí, contra los interdictos de adquirir, retener ó recobrar la posesion, puede ó no admitirse la escepcion de dominio debe hacerse estensiva á todas aquellas escepciones por las que el despojador ó aquel contra quien se intenten los interdictos pretenda tener, sobre la cosa que es objeto del juicio, igual derecho al que tiene ó pretende tener, sobre ella, el demandante, y en virtud del cual obtenia la posesion de que se dice despojado ó perturbado. Mas claro: si yo poseo una cosa como dueño, y otro, á la fuerza, me la quita ó hace que no pueda usar de ella, comete un verdadero despojo ó un acto perturbativo de mi posesion; y en este caso puede haber dificultad sobre si, contra el interdicto que yo intentare, podrá ó no admitirse la escepcion de dominio que oponga el despojador ó el que me haya perturbado. Mas si yo poseo una finca como usufructuario, ó la ocupo como inquilino y el dueño me espele violentamente de ella, es claro que comete asimismo un despojo; y no lo es menos que no puede legalmente admitirse, contra el interdicto que yo intentare, la escepcion de dominio, porque aun cuando el despojador pruebe que le compete ó yo lo reconozca, no puede dar á aquél derecho para poseer y ocupar la finca, cuanto y menos para despojarme de la posesion en que me hallaba. La única dificultad, pues, que podria ocurrir en ese caso seria la de si, habiéndome despojado ó perturbado en la posesion alguno que pretendiese

de la tenencia de alguna cosa, e el que la touiesse, o otro qualquier (138) que la razonasse por suya, dixesse que gela non auia por que entregar, porque es suya, o auia otro derecho en ella, o otro alguno que dize que es suya aquella cosa (p); en tal razon como esta, ante deue ser oyda la demanda, e librada, del que demandasse la tenencia, que la del otro que demandasse, o razonasse el señorio; fueras ende si aquel que demandasse el señorio de la cosa, quisiesse ante mostrar que era suya luego, e tuuiesse sus prueuas ciertas para prouarlo: ca entonce ante deue ser oydo, e librado, que el otro que demandasse la tenencia. E esto tuuieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque maguer del que razonasse la tenencia, fuesse primeramente recebida su demanda, para prouar lo que dize, non le cumpliria, aunque lo prouasse, pues que el otro que demandasse el señorio, tuuiesse sus testigos, o sus prueuas ciertas, para prouarlo sin alongamiento ninguno: ca si lo prouasse, el deue ser entregado de la cosa, e el otro que razonasse la tenencia, non ha que ver en ella.

(p) et el que la toviesa ó otro cualquier la razonase por suya, en tal razon como esta etc. Acad.

LEY 28. *Que pro viene al tenedor, de la tenencia de las cosas que tiene.*

Pro (139) muy grande nasce a los tenedores de las cosas, quier las tengan con derecho, o non: ca maguer los que gelas demandassen dixessen que eran suyas, si lo non pudiessen prouar que les pertenecia el señorio dellas, siempre finca la tenencia (140) en aquellos que las tienen; maguer non muestren ningun derecho que han para tenerlas (141).

competerle, como á mí, el usufructo ó haber arrendado, como yo, la finca, podria admitirse esta escepcion de mejor derecho, que opusiera el despojador ó perturbador, contra el interdicto del desposeido: pudiendo desde luego asegurarse que habria tanto motivo, legalmente hablando, para admitir semejante escepcion, como para admitir la de dominio en el caso antes propuesto, y por consiguiente, que no deberia darse lugar á aquella contra el interdicto recuperatorio ó de despojo, pero sí contra el interdicto de adquirir la posesion y en algunos casos contra el de retener, en los propios términos que, de la escepcion de dominio, se dice aquí en la glosa. V. nota 145. al fin.

(138) Si el que tratase de oponer la escepcion contra el interdicto de recobrar no fuese el mismo despojador, sino un tercero, podria haber mayor dificultad, porque no milita contra este la razon que milita contra el primero, sobre lo cual v. Ang. sobre d. l. 7. C. *ad leg. Jul. de vi publ.* y Anton. al cap. *in litteris, de restit. spoliat.* y Alex. sobre d. §. 1. l. 12. *de adquir. posses.* en sus 16 escepciones. V. l. últ. tít. 10. Part. 7. y lo que dice Inoc. y allí Præpos. cap. *veniens 1. de sponsal.* — * La ley, sin embargo, dispone aquí bien terminantemente que, contra la demanda de posesion, no pueda admitirse la escepcion de dominio, ya la oponga el mismo poseedor, *ya otro cualquier;* á menos que se ofrezca probarla incontinenti, en cuyo caso debe darse lugar á dicha escepcion, aunque la oponga el mismo poseedor; y aun á esto último parece oponerse d. l. últ. tít. 10. Part. 7. y en nuestro concepto con razon, como allí se dirá. De todos modos, empero, se consideran, en esta ley, de igual condicion para el efecto de poder escepcionar la demanda de posesion, el poseedor contra quien aquel la se intente y los terceros que tengan algun interés en escepcionarla.

(139) Añád. el §. 4. *Instit. de interdict.*, l. 7. §. últ. D. *de liber. caus.*, y sobre el axioma vulgar: *Bienaventurado el que posee*, v. la Glos. del §. *si res, de pace tendend. et ejus violat.* y Juan Andr. en sus adiciones al *Specul.* tít. *de restit. in integr.* §. *quis autem*, col. 3.

(140) No se crea, por esto, que habiéndose intentado una accion real, y proferido, en méritos de ella, sentencia absolutoria á favor del reo, pierda el actor el dominio, si lo tenia y lo adquiera el convenido: pues aunque en este caso obstaria al actor la escepcion de cosa juzgada, [si tratase nuevamente de entablar la misma accion] mas no habria perdido por esto el dominio, como se ve en la l. 11. pr. D. *de jurejur.* y lo advierte la Glos. de la l. 28. D. *de except. rei jud.* y Bart. sobre la l. 5. col. 3. D. *de just. et jur.*

(141) Entiéndase lo dispuesto en esta ley en el caso en que se haya absuelto al reo por falta de prueba y cuando sea tal la naturaleza de la causa, que procediese en ella la absolucion, en aquel sentido: [como sucederia siempre que la defensa ó escepcion opuesta por el convenido á la demanda consistiese en una simple negacion del derecho que alegase el demandante, ó de los hechos en que se fundase la accion por este entablada]; mas si se tratase de un juicio en el cual por su naturaleza no pudiese tener lugar la referida absolucion como, por ej., si pidiese el convenido que se le absolviese por ser vasallo, enfitéuta, superficiario ó usufructuario, [y pretendiese en esta calidad tener derecho á seguir en posesion de la cosa demandada], en tal caso no podria decirse que no incumbiese al posee-

LEY 29. *Que deue fazer el que tiene la cosa por si, o en nombre de otro, quando gela demandaren.*

Tenencia (142), o señorio (143), queriendo demandar vn ome a otro en juyzio en razon de alguna cosa (144), deuela pedir a aquel que la fallare. E el tenedor deuese amparar, e responder sobre ella; fueras ende si la ouiesse (145), e la guardasse en nome de otro, e non se atreuiesse, o non quisiesse entrar en juyzio, para ampararla. Ca entonce deue nombrar (146) delante el Judgador, a aquel por quien la tiene, e pedirle que le de plazo, a que pueda fazer (147) saber a

dor hacer prueba alguna, sino que deberia probar el derecho que hubiese alegado en su defensa, por lo mismo que todas las cosas se presumen libres, mientras no se pruebe que pesa sobre ellas alguna servidumbre. Así lo sienta Bart. sobre el cap. 1. princ. de la col. *de controv. invest.*

(142) Sobre lo contenido en esta ley v. *Speculat.* tít. de 1. y 2. *decret.* §. *restat,* col. 6. y 7. en donde trata estensamente esta materia y allí en el vers. *quid si nominans* pretende que, si el convenido designa á otro como á dueño, fraudulentamente y con el fin de diferir el juicio, queda privado de la posesion. Añád. Bald. sobre la ley últ. D. *de rei vindic.* y l. 1. C. *de his qui potent. nom.* etc. tít. *præd. affig.* Inoc. en el cap. *inter quatuor, de major. et obed.* trata la cuestion de si el que es convenido sobre prestacion de obediencia ó vasallage puede designar en juicio á otro como á señor; y sobre si en fuerza del rescripto puede procederse contra el que así ha sido designado como tal, véase la decis. de la Rota 71. *in novissima.*

(143) Al poner la ley esta alternativa, parece querer que tambien el demandado en juicio posesorio puede designar á otro como á dueño; y no obstante que opina lo contrario la Glos. del cap. *quicumque militum* 12. cuest. 2., mas, en esta parte, disienten de ella generalmente los DD. y la Glos. de la l. 3. D. *de tabul. exib.* cuya opinion es autorizada aquí por nuestra ley.

(144) Bien sea mueble ó inmueble, segun la comun opinion como observa Abb. sobre el cap. *quoniam frecuenter,* §. *in aliis,* col. 7. *ut lite non contestata;* y así lo prueba esta ley, pues que habla absolutamente y sin distincion.

(145) Parece, segun esta ley, que la designacion de un tercero como dueño, únicamente podrá hacerla el convenido, cuando él no tiene derecho alguno en la cosa reclamada: pues si lo tiene, como si es enfitéuta, usufructuario etc. no podrá entónces hacer dicha designacion. Así lo pretende la Glos. de la l. 2. C. *ubi in rem act. exerc. deb.* y la de d. cap. *quoniam.* §. *in aliis*, y véase allí á Abb. col 8 y 9. en donde sienta, despues de referir la opinion de otros varios, que si el demandado, lo fuere únicamente, con respecto á aquellos derechos que él tiene en la cosa, en tal caso no tiene lugar la designacion de que se habla en esta ley; pero si la tendrá, por aquella parte de la demanda que pueda referirse al interés del designado, cuando aquella fuere general y versare sobre todos los derechos radicados en la cosa demandada, de tal suerte que puede afectar al derecho de tercero. Véase al mismo allí, en donde trata muy bien esta materia.— * Debe advertirse aquí, y respecto de las cuatro notas que anteceden, lo mismo que análogamente se ha observado sobre las notas 137 y 138; esto es, que nuestras leyes de partida, así como las romanas y sus intérpretes, proponen generalmente al dominio, como tipo de los demás derechos reales, por ser aquél el derecho por escelencia; y esto hace que en muchos casos, aunque la ley solo hable espresamente del dominio, pero debe entenderse que ha querido hablar tambien de los demás derechos, como sucede con lo dispuesto en esta ley, la cual, al hablar de los meros detentadores que, siendo convenidos por una accion real, pueden designar al tercero en cuyo nombre detentan la cosa demandada, previene únicamente el caso en que se intente la accion vindicativa, y se designe, por consiguiente á un tercero, como *á dueño.* Pero puede suceder tambien que el mero detentador ocupe ó detente la cosa, en nombre del usufructuario ó del que tenga la posesion civil de la cosa en virtud de un derecho real diferente del dominio, y que este derecho ó la mera posesion civil sea lo que trate de disputarse por la demanda interpuesta. En este caso podrá tambien indudablemente el mero detentador designar al tercero en cuyo nombre detenta la cosa, pero no lo designará como á dueño, sino como á usufructuario ó como á poseedor civil, en cuyo sentido debe entenderse lo dispuesto en esta ley.

(146) Y entiéndase que debe hacerse la designacion inmediatamente y antes de contestar á la demanda, segun Bart. sobre d. l. 2. y Ant. y Abb. sobre d. §. *in aliis*, col. 9. en donde tratan de si será válido el procedimiento, y á que deberá condenarse al demandado, si no hubiere hecho la designacion á debido tiempo.

(147) No deberá, pues, cuidar el juez, sino el mismo convenido, de notificar, al tercero designado la demanda, y la consiguiente designacion que de él se ha hecho, segun se infiere de esta ley; aunque seria mas seguro que el mismo juez hiciese la notificacion. V. á Abb. sobre d. §. *in aliis*, col 10. — * Y tenemos por cierto que si el convenido, despues de haber designado aun ter-

su dueño, como sobre aquella cosa que el tiene suya, que le mouian demanda, e que venga a ampararla, e entrar en juyzio sobre ella, e el Juez deuegelo otorgar. E si al plazo que le fuere puesto non viniere, o non embiare quien responda a la demanda que quieren fazer, deue el Judgador (148) aun darle tres plazos, quales entendiere que seran guisados. E si a ninguno destos plazos non viniere, nin embiare; deue el Juez tomar la jura (149) al que faze la demanda, que la non faze maliciosamente, e despues apoderarlo en la tenencia de la cosa que demanda. E maguer viniesse despues desso el otro que fuera emplazado, non deue ser oydo, para cobrar la tenencia de aquella cosa de que le desapoderaron; como que le (150) finca en saluo, para poderla razonar, e demandar por suya.

LEY 30. *Quel el forzado puede demandar en juyzio la cosa forzada, al forzador, o a otro que la tuuiesse.*

Forçado seyendo algund ome, de cosa (151) que quisiesse despues demandar en juyzio, en su escogencia es de fazer esta demanda a aquel que la fallaren (152), o al otro que la forço por si, o mando a otro forzarla, o a aquel que la recibio, del que sabia que la auia forçado. Otrosi dezimos, que si alguno, temiendo que le demandaran en juyzio alguna cosa que tiene, la enagenare a otro mas poderoso (153) que si, o que sea de otro Fuero, por fazer mas trabajar al que entiende que le quiere mouer pleyto sobre ella, que puede el demandador demandar al que la tuuiere. Otrosi puede demandar al que la enageno, quanto

cero, como á interesado en la demanda, no cuidare de hacerlo saber á este, ó el mismo designado, á pesar de saberlo, no compareciere; deberá el juez, de oficio, hacerle la notificacion y emplazarle debidamente, sin cuyo requisito no tendria fuerza alguna, por lo tocante al interés del tercero designado, la sentencia que, en méritos de aquella demanda, se profiriese. Y fundamos esta opinion en el principio de que *nadie puede ser condenado, sin ser antes citado y oido*, cuyo principio no puede considerarse derogado en el caso de que habla aquí nuestra ley, por lo que se dice en la misma, á menos que así lo estableciese espresamente, lo que dista mucho de ser así, antes al contrario al decir la ley que el demandado *deve pedir plazo, a que pueda fazer saber al dueño como sobre la cosa que el tiene suya le movian demanda*, no dispone por eso, ni remotamente significa que el mismo convenido, y no el juez, deba hacer la notificacion al tercero designado, sino que por el mero hecho de haber el convenido designado á un tercero, debe, á instancia de aquel, abstenerse el juez de seguir adelante en el juicio, por todo el tiempo necesario para que dicho tercero pueda ser enterado y comparecer sin perjuicio de emplazarle, si no lo hiciere voluntariamente, como lo declara mas abajo esta misma ley, y lo esplica el glosador en la nota siguiente.

(148) Entiéndase que deben concederse estos plazos al tercero designado, el cual, si á la primera notificacion no compareciese, deberá ser citado por el juez, como se ve por esta ley y d. §. *in aliis*, vers. *quod si super rebus*. — * Mas en el dia, deberán aquellos tres plazos reducirse á uno solo, por estar mandado en la l. 2. tít. 15. lib. 11. Nov. Recop., y en el art. 48 del Regl. prov. que no deba acusarse, ni pueda despacharse mas que una sola rebeldía, por la contumacia ó incomparecencia de las partes en cualquier estado del juicio.

(149) Así pues no se requiere sumaria informacion ni otra prueba del derecho del actor fuera del juramento, en lo que parece esta ley aprobar la opinion de Odofr. No obstante Cin., Bart. y Bald. sobre d. l. 2. pretenden que es necesaria otra sumaria justificacion del derecho del actor además del juramento; y lo mismo opina Abb. sobre d. §. *in aliis*, col. 13. en donde dice ser esta la comun opinion, cuando se trata de inmitir al actor en verdadera posesion.—*Pero aquí no se trata de dar verdadera posesion, sino de poner al demandante en ella precariamente, y por la via de asentamiento, de la cual, aunque ha caido casi totalmente en desuso, se hablará en su lugar correspondiente, tít. 8 de esta Part.

(150) Pero, ¿hasta cuanto tiempo le competerá el derecho de hacerlo? V. Glos. de d. l. 2. y Abb. sobre el §. *in aliis*.—* V. l. 1. tít. 5. lib. 11. Nov. Recop. de la que se hablará al tratar de los asentamentos, en el tít. 8. de esta Part.

(151) Nótese que probada la mas antigua posesion, queda tambien probado el despojo, como observa Bald. sobre la l. pen. col últ. C. *si à non compet. judic.*

(152) Esas palabras de la ley resuelven la duda que se habia suscitado, sobre si el remedio que concede el cap. *redintegranda* 3. cuest. 1. tiene ó no lugar en las cosas de los legos, y se aprueba aquí la opinion de Anton. sobre el cap. *cum ad sedem de restit. spoliat.*, la que, segun Alex. y Socin. sobre la l. 15. *de adquir. posses.* es la mas comun; á saber; que dicho remedio tenga tambien lugar en las cosas profanas, lo que parece confirmado por esta ley.

(153) Concuerda la l. 1. D. *de alienat. judic. mut. caus.*

daño (154) le vino por razon de aquel enagenamiento. Pero si non quisiere fazer la demanda a aquel que tiene la cosa, bien puede demandar (155) la valia della a aquel que la enageno. Mas despues que este precio, que diximos, lleuare del agenador, non puede despues (156) demandar al que la cosa tiene.

LEY 31. *Que el que demanda emienda, deue dezir que emienda demanda, e de que tuerto, que recibio.*

Emienda demandando algund ome a otro, de tuerto, o de desonrra, o de daño que le ouiessen fecho a el, o a sus cosas, o a otro, en cuyo nome ouiesse poder de lo demandar; si aquella desonrra fuere fecha por palabra, assi como si le denostasse, o si le consejasse a otro ome, o a sieruo de otro, que fiziesse, o dixesse cosa de que pudiesse venir mal, o desonrra a aquel con quien biue; en tal razon como esta, deue el demandador nombrar abiertamente (157) la palabra del denuesto que le dixeron, o el mal consejo, o el sosacamiento que fizieron a aquel su ome. E otrosi deue dezir la enmienda que pide que le fagan: porque vea el que ha de judgar, si el dicho es atal, que se le torne en denuesto, o en daño, por que merezca pena el que lo dixo. E si la desonrra, o el daño quel fizieron, fue fecho en su cuerpo, assi como si le firiessen, o le llagassen, o prisiessen; o le tolliessen sus cosas por fuerza, o sus bestias, o sus ganados, o le cortassen sus arboles, o faziendole otro daño; dezimos, que en cada una destas cosas deue dezir el demandador el fecho como fue, e demostrandolo assi al Juez, deuele ser cabida su demanda. E si desta guisa non lo dixesse, non es tenudo el demandado de le responder, pues que la demanda de la enmienda non la pusiesse ciertamente: nin otrosi el Juez non podria dar juyzio cierto de otra guisa.

LEY 32. *Ante quien deue el Demandador fazer su demanda para responderle el demandado.*

Ante quien deue el demandador fazer su demanda en juyzio, queremos aqui mostrar, porque esta es vna de las cosas que mucho deue ser catada ante que la faga. E porende dezimos, que los Sabios antiguos, que ordenaron los derechos, touieron por derecho, que quando el demandador quisiesse fazer su demanda, que la fiziesse ante aquel Juez (158), que ha poder (159) de judgar al demandado: ca, ante otro Judgador non le seria tenudo de responder, si non sobre estas cosas contadas (160), que aqui diremos. La primera, si el demandado es, o fuere natural (161)

(154) Mas si el que hubiese enagenado la cosa se sujetare, á pesar de la enagenacion, al resultado del juicio, lo mismo que si la poseyese todavía, quedaria libre de esta responsabilidad, de haber de resarcir los daños y perjuicios al demandante. l. 3. §. últ. D. *de alienat. judic. mut. caus.* y véase allí la Glos.

(155) Concuerda la l. 25. §. 8. D. *de petit hæred.* y l. 150. D. *de reg. jur.*

(156) Parece que se halla esto en oposicion con el texto de la l. 13. §. 14. D. *de petit. hæred.* y l. 95. §. 9. *de solut.* [en las cuales se dice que á pesar de haber el demandante conseguido el precio de la cosa del que dolosamente la hubiere enagenado, no queda por esto libre el poseedor, ni se pierde tampoco la accion contra el que enagenó la cosa, aunque el poseedor la haya restituido] pero nuestra ley dispone aquí lo contrario, y se funda en que habiendo el actor recibido el justo y verdadero precio de la cosa, es lo mismo que si la hubiese vendido como se declara en la l. 10. D. *de reb. cor. qui sub tut. vel. cur. sunt.*, y así no se priva al demandante de dirigirse contra el poseedor, en pena de no haberle reconvenido primero, sino por la razon de haber conseguido ya el valor de la cosa del que la habia enagenado; en otros términos la disposicion de esta ley se funda en que si habiendo satisfecho el valor de la cosa el que la hubiese enagenado, no quedase libre el poseedor quedaria siempre aquel obligado de eviccion, y haciéndose esta efectiva, tendria que pagar dos veces, segun puede verse en d. §. 14. l. 13.; y así, habiéndose pagado el precio, no puede reclamarse la cosa de su poseedor.

(157) Concuerda la l. 7. princ. y §. 4. D. *de injur.* * y la l. 4. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop. la cual no solo previene que debe declararse el hecho en que consiste la injuria, fuerza ó despojo, por el que se pone la demanda, sino tambien el año y mes en que acaeció.

(158) ¿Qué deberá decirse, si se encuentra en la corte del príncipe? V. l. 4. tít. 3. de esta Part.

(159) L. 2. C. *de jurisdict. omm. judic.* cap. 8. *cum sit generale*, *de for. compet.*, y la razon es, porque aquel contra quien se promueve un juicio, debe estar sujeto al juez que lo instruye, pues no puede ser absuelto ni condenado por otro juez que por el suyo, y esta misma razon da Bald. á quien puede verse sobre la l. 4. C. *si á non compet. jud.* col. 1.

(160) V. l. 2. tít. 24. Part. 4.

(161) Por razon de la naturaleza del mismo

de aquella tierra, e que se judga, por aquel Juez ante quien le quieren fazer la demanda: ca maguer non sea morador della, bien puede ser apremiado, si lo y fallaren (162), que responda ante el, por razon de la naturaleza. La segunda es, por razon de aforramiento (163): ca el aforrado es tenudo de responder ante el judgador, do faze su morada aquel que lo aforro, o en otro logar donde fuesse natural el que lo fizo libre. La tercera es, por razon de casamiento (164): ca la muger, maguer sea de otra tierra, deue responder ante aquel Judgador que ha poderio sobre su marido. La quarta es, por razon de Caualleria: ca el Cauallero (165) soldada, o bien fecho de Señor, ante el Judgador de aquella tierra, le pueden fazer demanda, do biue, por razon de merescimiento de su Caualleria. La quinta es, por razon de heredamiento (166) que ouiesse en aquella tierra (167), sobre quel quieren fazer la demanda. La sesta es, quando el demandado, o

demandado ó del padre ó de los ascendientes de aquél, segun observa Bart. sobre la l. 6. §. 1. D. *ad municip.* cuyo testo dispone que el hijo no deba ser convenido en el lugar del domicilio, sino en el de la naturaleza de su padre, l. 7. del mismo tít. y l. 3. C. *de municip. et origin.* y así se opina generalmente que procede por derecho comun aunque algunos han sostenido lo contrario, en cuanto á lo que acaba de decirse de la naturaleza paterna, segun se ve en la Glos. de d. l. 6. §. 1., Specul. tít. *de compet. judic. ad dict.* §. 1. col. últ. y tal vez nuestra ley confirma esta última opinion, puesto que habla únicamente de la naturaleza del convenido: y como en el dia, segun lo dispone la ley de Toro [es la l. 8. tít. 5. lib. 10. Nov. Recop.], sale de la patria potestad el hijo que contrae matrimonio; no podria haber cuestion sobre si podria ser convenido en el lugar de la naturaleza de sus ascendientes y así se infiere de lo que observa Bart. sobre d. l. 6. en donde se funda en la patria potestad: y que esta ley entiende hablar solamente de la propia naturaleza del convenido, parece inferirse de lo que dice Bald. sobre la l. 1. §. 2. D. *de tutor. vel curat. dat. ab his*, á saber, que únicamente pueden decirse ser de algun lugar los que son de él por razon de su naturaleza. Piénsalo. — * Los S.S. Goyena y Aguirre en su febrero nóv. no hacen mencion, al hablar del fuero competente, del que se adquiere por razon de naturaleza: y en efecto ha caido casi totalmente en desuso; en términos que creemos seria atendido el que, siendo demandado en el lugar de su naturaleza, aunque se hallase en él opusiese la escepcion declinatoria y pretendiese ser juzgado por el juez de su domicilio, si lo tuviese conocido en otro lugar diferente.

(162) A escepcion del fuero por razon de domicilio, es esto propio de todos los demás, que en ellos únicamente puede ser el reo convenido, si allí fuere hallado, como lo dice Paul. de Castr., á quien puede verse, sobre la l. 19. §. 1. D. *de judic.* col. pen.

(163) Concuerdan las l.l. 6 y 7 §.§. 1. y 3. D. *ad municip.*

(164) Concuerda la l. últ. §. 3. D. *ad municip.* y mientras es casada la muger deja de ser ciudadana del lugar de su naturaleza; lo que se entiende solamente en cuanto, si seguia siéndolo podria esto retraerla de prestar los servicios debidos al marido y no de otra manera, segun observa allí Bart. á quien puede verse: pero esto debe limitarse, segun Juan de Plat. l. últ. C. *de incol.* á los casos en que la muger es reconvenida en otro lugar del en que está domiciliado su marido, como por ej. cuando se la reconviene como heredera de su padre por la madrastra que pide su dote. Mas ¿la consorte de un clérigo que use el hábito y tonsura clerical, gozará en las causas criminales, del privilegio de fuero? Juan Andr. sobre el cap. únic. *de cleric. conjug.* está por la negativa contra la comun opinion de los DD. segun aquí dice Montalvo, y á las razones que alega d. Juan Andr. contesta Domin. sobre d. cap. únic., Abb. sobre el cap. 2. y Mariano Socin. sobre el cap. 1. col. 10. *de for. compet.* Creo sin embargo que en la práctica prevaleceria la opinion del primero.—* En el dia, estando prohibido á los clérigos el matrimonio, es claro que no puede haber lugar á esta cuestion, ni á otras varias que trata el glosador nacidas de las costumbres del tiempo en que escribia.

(165) Concuerda la l. 23. §. últ. D. *ad municip.* — * Lo dispuesto aquí en nuestra ley no puede, en el dia tener aplicacion, sino en los militares, de los que habla espresamente la ley romana citada aquí por el glosador, y los cuales, segun las leyes vigentes, tienen fuero propio y privilegiado, debiendo ser convenidos ante el capitan general y auditor del distrito á que se hallen destinados ó ante el del ejército de operaciones á que pertenezcan cuando se hallen en campaña.

(166) L. últ. C. *ubi in rem act. exerc. deb.* cap. *sané* 3. y cap. últ. *de for. compet.* l. 52. §. últ. D. *de judic.*, l. 16. C. *de præd. minor.*

(167) Concuerda la l. 19. princ. y §. 1. y l. 45. D. *de judic.*, l. 1. C. *ubi conven. qui cert. loc. dare prom.* cap. últ. y cap. *Romana*, §. *contrahentes, de for. compet.*, y la disposicion de esta ley debe entenderse aun para el caso en que el contrato sea nulo *ipso jure*; pues, aunque lo sea, constituye fuero, y allí en donde se haya ce-

otro cuyo heredero el fuesse, ouiesse puesto algun pleyto, o prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra, donde fuesse Juez, aquel ante quien le fazen la demanda, o lo ouiesse fecho, o prometido en otra parte, poniendo de lo cumplir (168) allí. Ca maguer non fuesse morador de aquel logar, tenudo seria de responder ante el Judgador por qualquier destas razones sobre-

lebrado, debe radicarse el juicio. Bald. sobre la l. 2. col. 6. C. *si contr. jus vel utilit. public.*. Y no solamente debe el deudor seguir el fuero del contrato, en cuanto á la accion personal, sino tambien en cuanto á la hipotecaria; sobre lo que es notable la Glos. de la auth. *ut omnes obediant judicibus provinciœ*, cap. 1. princ. sobre la palabra *hipoteca*, y digna de conservarse en la memoria, en opinion de Bald. sobre la l. 2. C. *mandat.* Producen asimismo fuero los cuasi contratos como se dispone tambien en la ley 19. §. 1. D. *de judic.* y allí Bart., Bald. y otros; pero este último sobre la l. 20. D. *de judic.* lo limita á los cuasi contratos que tienen una causa subsistente de por sí, como los espresados en d. l. 19. §. 1. y no en los demás, como en la adicion de herencia, la cual importa un cuasi contrato con los acreedores, y sin embargo, no radica el fuero en el lugar en donde la herencia se ha adido l. 26. D. *de judic.* [la cual, sin embargo, no lo dispone así en términos absolutos, sino únicamente y por via de escepcion, respecto de los legados (embajadores) á quienes, segun d. l., no puede demandarse en el lugar donde hubieren adido la herencia, para que no se les distraiga de la legacion, *ne impediatur legatio*; de suerte que no solo es especial la disposicion de la ley, sino tambien la razon en que se funda; y así juzgamos equivocado lo que dice aquí Greg. Lopez, y por demás la distincion que propone Bald. sobre d. l. 19. §. 1.] tambien debe ser reconvenido en el lugar del contrato, el que lo fuere como á sucesor de otro y por razon de contrato que este hubiese celebrado, segun el testo del cap. *dilecti* 17. *de for. compet.* Y no solo puede ponerse demanda en el lugar del contrato por ante el juez ordinario sino tambien; y en su caso, por ante el delegado, segun dicho texto del cap. *dilecti.*

En algunos casos, empero, deja de surtirse fuero especial por razon del contrato, y son los siguientes: « 1.° en los contratos que se hayan celebrado con un viagero, en el lugar donde este se hallaba de tránsito, y del cual se sabia que luego partiria, d. l. 19. §. 2. vers. *ad si quis*, D. *de judic.*, lo que sin embargo tiene á su vez cuatro escepciones que pueden verse en Mariano Socin. sobre d. cap. *dilecti, de for. compet.* col. 10. y 11. y en Abb. sobre el cap. últ. del mismo tít. col. 13. y 14. 2.° en la disolucion de un contrato por contrario disentimiento, en cuyo caso no puede entablarse la demanda de rescision en el lugar donde se haya disentido, sino en el del domicilio del demandado, l. 2. y allí Bald. C. *ubi et apud quem*, Glos. y los DD. sobre la l. 2. D. *de es quod cert. loco.* 3.° Si bien se radica el fuero por razon del contrato, en el lugar donde este se hubiere celebrado, pero no debe entenderse, por esto, que no puede reconvenirse al reo para el cumplimiento del mismo en el lugar de su domicilio, segun. d. cap. *dilecti*, cuya escepcion debe entenderse en cuanto al domicilio que tenga el reo cuando se entable la demanda, no del que tenia cuando se celebró el contrato, segun Anton. y Abb. sobre el cap. *proposuisti* col. 2. *de for. compet.* [y aun creemos que, á tenor de lo dicho en la nota 162, únicamente podrá ser el reo convenido en el lugar del contrato cuando en él fuere hallado] 4.° debe entenderse dicho fuero de suerte que no pueda forzarse al reo á que lo siga, pues á nadie puede hacerse comparecer, contra su voluntad, al lugar del contrato, segun el cap. *Romana*, §. *contrahentes, de for. compet.* menos en ciertos casos especiales que pueden verse en Paul. sobre d. l. 19. §. 1. col. pen. en Abb. sobre d. cap. últ. col. 15. y en Marian. allí mismo col. antepen. en donde pone nueve escepciones á lo que acaba de decirse. 5.° cuando se ha celebrado el contrato en un lugar, por ej. en Sevilla y se ha pactado que el pago ó cumplimiento debiese verificarse en otro, por ej. en Córdoba, en cuyo caso no se sigue el fuero del lugar del contrato, sino de aquél en el cual se pactó que debia hacerse el pago, segun lo dispone espresamente esta ley y l. 21. D. *de act. et oblig.*, la Glos. sobre la l. 1. C. *ubi conven. qui cert. loc.*, Bart. sobre la l. 100. D. *de solut.*: v. Fel. sobre el cap. últ. col. 11. *de for. compet.* Mas ¿que deberá decirse, si alguno, residiendo en Roma, ha vendido una finca, por medio de un enviado ó por cartas, á otro que residia en Bolonia? En tal caso se entiende celebrado el contrato en Bolonia, y allí queda radicado el fuero: v. Bald. sobre la l. 6. col. 5. C. *si quis alter. vel. sibi.* Adviértase últimamente que no se entiende radicado el fuero en el lugar en que se ratifica el contrato, sino en aquel en donde fué celebrado, Bald. sobre la l. 9. C. *de negot. gest.* y véase lo que dice el mismo sobre la l. 3. col. 1. C. *de rer. permut.*

(168) Concuerda la l. 21. D. *de oblig. et act.* y, aun en este caso, puede tambien entablarse la demanda en el lugar donde esté domiciliado el convenido, porque el fuero del domicilio concurre con todos los demás, como tambien se dice en el cap. últ. y allí estensamente Marian.

dichas. La setena es, si ouiesse seydo morador en aquella tierra diez años (169), en que le fazen la demanda. La otaua es, quando ouiesse en aquella tierra la mayor partida (170) de sus bienes, maguer non ouiesse y morado diez años. La nouena es, quando el demandado de su voluntad (171) responde ante el Judgador, que non ha poder de apremiarlo: ca entonce tenudo es de yr adelante por el pleyto, bien assi como si fuesse de aquella tierra sobre que el ha poderio de judgar. La dezena es, por razon de yerro (172) o de malfetria que ouiesse fecho en la tierra. Ca si le mouiessen demanda sobre ella, tenudo es de responder alli do lo fizo, maguer sea natural o morador de otra parte. E la onzena es, quando el demandado es reboltoso, o de mala barata, de guisa, que non assossiega en ningun logar. Ca atal como este, tenudo es de responder, do quier que lo fallas-

de for. compet., y véase lo dicho en la nota antecedente.

(169) Concuerda la l. 2. y allí la Glos. C. *de incol.* pero debe esto entenderse cuando no consta de otra parte, el ánimo de establecer allí el domicilio, como por ej. si alguno vendiese las fincas que tenia en un lugar y se trasladase á otro, en donde hubiere comprado otras posesiones, ó de otra manera manifestase su intencion de fijar allí su domicilio, en cuyo caso no seria menester el transcurso de diez años, segun opinan el Host. y Juan Andr. sobre el cap. últ. *de paroch.* y lo esplica estensamente Marian. sobre el cap. últ. *de for. compet.* cols. 9. 10. y 11. Véase para mayor inteligencia y aclaracion de esta materia á Fel. sobre el cap. 2. col. 8. *de rescript.* — * Y lo que advierte aquí el glosador, es lo que, en la práctica, se observa, reputándose domiciliados en un lugar, todos los que están continuados en el padron municipal, como vecinos del mismo, aunque no hayan pasado diez años desde que se establecieron en él.

(170) Aunque no resida allí constantemente, y concuerda la l. 2. C. *ubi senat. vel claris civil. etc.* [En la cual se dice de los senadores de las provincias que pueden ser convenidos en el lugar de su domicilio ó el en que tengan la mayor parte de sus bienes.] segun lo indican, en mi opinion, las palabras alternativas con que d. l. se espresa, y creo ser esta la mas comun. Hace al caso el testo del cap. *postulasti* 14. *de for. compet.* y Francisco Aret. sobre el cap. *ex parte* del mismo tít. opina que procede así tambien por derecho comun.

(171) L. 14. D. *de jurisdict. omn. jud.* y véase lo que advierte Specul. tít. *de compet. jud.* sobre d. §. 1. cols. 5. 6. y 7. y con abundancia de elegantes razones en las siete cartas de Marian. Socin. sobre el cap. *significasti*, de *for. compet.* ¿Y que deberá decirse si el proceso en el cual ha sido prorogada la jurisdiccion fuese declarado nulo? V. Ang. en la l. 7. D. *de judic.* y sobre la prorogacion de jurisdiccion en las causas criminales, véase lo anotado sobre la l. 15. tít. 1. Part. 7. — * Y entiéndase lo que dice aquí la ley, para aquellos casos únicamente en que la jurisdiccion es prorrogable, porque algunos hay en que, ni aun mediando el consentimiento de las partes interesadas, puede considerarse competente con relacion á ciertos negocios ó personas, un juez que no tiene, de otra parte, jurisdiccion sobre los mismos. Así, por ej. no puede un juez seglar adquirir jurisdiccion sobre un clérigo no desaforado, aunque este consienta en ello; porque las personas eclesiásticas no pueden renunciar al fuero privilegiado de que disfrutan. Y tampoco podria un juez ordinario conocer, por ej. de un asunto en que interesase la hacienda pública, aunque para ello se le prorogase la jurisdiccion; porque, estando prevenido en las leyes que de semejantes negocios deban conocer privativamente los jueces especiales del ramo; ni los particulares que tal vez tengan interés en ellos, ni los mismos representantes de la hacienda pueden renunciar á dicho fuero, por estar este concedido no á las personas, sino por consideracion á ciertos y determinados negocios. Lo mismo deberia decirse en los demás casos semejantes á los espresados; pudiendo desde luego sentarse la regla general de que los que disfrutan fuero privilejiado, siendo este renunciable, pueden prorogar la jurisdiccion de un juez ordinario; pero en ningun caso los que están sujetos á la jurisdiccion ordinaria pueden sujetarse á la de un juez especial, y tampoco los sujetos á una jurisdiccion especial, prorogar la de un juez especial de distinta clase. A ningun juez, sea de la clase que fuere, podrá prorogarsele la jurisdiccion, al efecto de que la ejerza fuera del territorio que por las leyes le está señalado, ni para que conozca de los negocios que, por su cuantía ó por otra razon, le están espresa ó tacitamente inhibidos. Pero podrá cualquiera prorogar la jurisdiccion de un juez ordinario ó privativo, siendo en este último caso de su clase, aunque no esté domiciliado en el distrito jurisdiccional del mismo, ni deba responder ante él, por alguna de las demás razones que, segun esta ley, constituyen fuero.

(172) Sobre esta materia puede verse á Marian. quien sobre el cap. *postulasti*, *de for. compet.* la trata muy estensamente; y sobre la remision que debe hacerse de los delincuentes al lugar en donde cometieron el delito, véase además del derecho comun, todo el tít. 17. lib. 8. del Orden. Real.

sen. Pero si el pudiere dar fiadores, que se obliguen por el, que lo faran estar a derecho (173) en uno de estos tres logares, qual escogiere (174) el demandador, alli do fiziere su morada el demandado, o en logar do fizieren el pleyto o la postura, o alli do prometio de lo cumplir; estonce non le deue otro Juez apremiar, que non ouiesse poderio sobre el, que responda. Mas si tal recabdo como este, non quisiesse o non pudiesse dar, bien le pueden apremiar, que este a derecho delante el Judgador, do lo fallaren. E la dozena es, quando demandassen algun sieruo, o bestia, o otra cosa mueble por suya. Ca aquel a quien la demandassen, alli deue responder, do fuere fallado con ella, maguer el sea de otra tierra. Pero si este a quien quieren fazer tal demanda, fuere ome sin sospecha (175), si quisiere dar fiadores de estar a derecho (176), sobre aquella cosa que le demandan, e que le faran parecer a los plazos que pusieren, deuenle dexar yr con ella. E si tal recaudo como este non pudiere dar, deue ser puesta la cosa en mano de fiel. E el Judgador deue librar el pleyto sobre ella, lo mas ayna que pudiere; de manera, que non resciba grand embargo, nin grand alongamiento, aquel a quien la demandan. E si por auentura el demandado fuere sospechoso (177), que ouiera la cosa de furto, o de robo, sea preso fasta que parezca si ha derecho en ella, o si es en culpa, o non. La trezena es, si el demandado quiere mouer algund pleyto, contra aquel que faze la demanda. Ca luego quel aya fecho respuesta a ella, tenudo es el otro (178), de responderle a la suya: e non se puede escusar que lo non faga, maguer diga, que non es del judgado del Juez, ante quien le fazen la demanda. (179) E esto touieron los Sabios por razon, porque bien assi como al demandador plugo, de alcanzar derecho ante aquel Judgador, que assi le sea tenudo de responder antel. La catorzena es, quando algund ome ouiesse tenido en guarda bienes de huerfano, o de loco, o de desmemoriado, o de Señor en razon de mayordomia, o ouiesse seydo Maestro, o Guardador (180) de moneda, o de mineras (q), o Guar-

(q) o de minerías, que en aquellos logares... Acad. ó de minerías ó de montes ó de defesa que en aquellos logares es tenudo de responder.—B. R. E.

(173) Esta fué la opinion de Pil. y Rofred., segun dice Juan Andr. en sus adic. al Specul. tít. *de compet. jud.* sobre d. §. 1. vers. *quadragesimo sed quid si debitor*, adic. sobre la palabra *sequenti*.

(174) Porque puede el actor elejir el fuero, cuando tiene muchos el demandado; como se dispone aquí y en la l. 25., sobre la que véase á Bald. C. *de episc. et cler.* y auth. *habitá*, C. *ne filius pro patre*.

(175) Nótese bien que, segun las palabras de esta ley, no se tiene por sospechoso á un hombre por la sola razon de no poseer bienes inmuebles en el lugar de su domicilio, como en la l. 15. D. *qui satisd. cogant.* sino por el hecho de presumirse que ha hurtado la cosa reclamada: mas no habiendo semejante sospecha ó habiendose desvanecido, se permite al demandado el ausentarse llevando la cosa, mediante la caucion de que se habla en esta ley. No es pues exacto lo que dice Abb. sobre el cap. últ. *de for. compet.* col. 18. en donde opina que si el demandador posee bienes inmuebles en el lugar de su domicilio, no se pondrá en secuestro la cosa reclamada, aunque fuese mueble, ni se obligará á aquél á que preste la caucion; porque, segun esta ley, aun el que posee bienes inmuebles estará obligado á caucionar, y así lo sienta Specul. tit. *de satisdat.* d. §. 1. princ., en donde dice que á lo menos deberá prestarse caucion de poner la cosa de manifiesto y de no deteriorarla, y lo mismo opina Marian. cap. *sanè.*, cols. 2. y 3. *de for. compet.*

(176) En el lugar del domicilio, esto es, cuando la cosa reclamada no habia de quedar en el lugar donde se encontraba al proponerse la demanda, sino que su poseedor estaba de tránsito con ella; porque si se tratase del lugar en que debiese quedar la cosa, allí quedaria radicado el fuero, segun la opinion comun de Bart. y otros sobre la l. últ. C. *ubi in rem. act.* y allí Paul. de Castr.

(177) Nótese esta palabra, segun la cual no solamente debe proceder el juez contra el ladron, en el lugar en donde se encuentra la cosa robada, cuando consta evidentemente el hurto, sino tambien cuando solo hay indicios de haber alguno robado ó hurtado una cosa; y en este sentido debe entenderse ampliada la disposicion de la l. 2. tít. 13. y l. 4. tít. 14. Part. 7. y lo notado por Bart. sobre la l. 47. *de furt.*

(178) En punto á la reconvencion, véase Specul. que trata de ella estensamente en todo el tít *de reconvent.*, y véanse tambien muchas ampliaciones y escepciones á lo dispuesto aquí en Marian. Socin. cap. 1. *de mut. petit.* col. 22. y sigs.

(179) —* Es, pues, estensivo á todos los que disfrutan de fuero privilejiado personal, lo que, relativamente á los eclesiásticos, se dispone en la l. 57. tít. 6. Part. 1ª., esto es, que por la reconvencion, quedan sujetos al juez ordinario ante quien hayan propuesto demanda contra un seglar.

(180) Concuerdan las ll. 1. y 2. C. *ubi de ration. tam. publ. quam privàt.* y l. 4. §. 4. D. *de edend.* y nótese el ejemplo que trae esta ley del guardador de pastos, cuyo oficio es tenido por muy

dador de montes, o de dehesas; que en aquellos logares es tenudo de responder, e de fazer cuenta, sobre qualquier destas cosas, o de otras semejantes, do vsaua dellas por razon del oficio, que tenia (181).

vil, segun se ve en la l. 6. y la Glos. allí C. *de dignitat.* Y, dichos guardas son gravemente castigados, si admiten dinero para permitir que se haga daño en los predios que les están confiados, l. 1. y allí Juan de Plat. C. *de fund. et salt. rei domin.*, en cuyo caso están obligados á contestar la demanda en el lugar donde ejercian su oficio, y aun debe restituírseles á él, segun Bart. y Paul. sobre la l. 19. §. 1. D. *de judic.*

(181) — * Todo lo dispuesto en esta ley es igualmente aplicable á los que están sujetos á la jurisdiccion ordinaria lo mismo que á los que gozan de fuero privilejiado, los cuales tampoco pueden ser emplazados ante otro juez, que el especial, que lo sea, en su clase, del territorio, en que estén domiciliados, ó del en que hayan celebrado un contrato ó prometido cumplirlo, ó hayan cometido un delito, ó en que concurra alguna otra de las circunstancias, que, segun esta ley, producen fuero, para el efecto de poder ser emplazados ante el juez de un lugar, los que, de otra manera, no estarian sometidos á su jurisdiccion: á escepcion del fuero por razon de naturaleza, que creemos no podrá observarse relativamente á los privilejiados, sobre todo si son militares.

El fuero privilejiado está concedido, ó bien á ciertas y determinadas personas, de suerte que no pueda demandarse á estas ante el juez ordinario, por ningun motivo, á menos que la ley lo esceptue espresamente; ó bien por razon de ciertos negocios, cuyo conocimiento corresponde privativamente á jueces especiales, sean cuales fueren las personas interesadas en los mismos. El fuero privilejiado personal únicamente lo disfrutan en el dia los eclesiásticos, cuyo juez es el diócesano respectivo, art. 36. del reglam. prov. art. 249. de la Const. de 1812. los individuos, empleados y dependientes del ejército, los cónsules de naciones estranjeras y estranjeros transeuntes (estos últimos únicamente en cuanto á los negocios civiles), cuyo juez es el capitan jeneral y auditor de guerra del distrito, y los individuos matriculados en la marina, cuyo juez es el comandante de la provincia marítima respectiva del art. 36. y art. 250. de la Const. de 1812.

El juez eclesiástico conoce privativamente, aun entre legos, de las causas ó negocios espírituales ó espíritualizados, inclusas las beneficiales y de divorcio. El juez militar conoce privativamente, aun entre paisanos, de las causas sobre resistencia á fuerza armada incendio de cuarteles, robo de efectos militares y otras semejantes, arts. 1.° y 4 tít. 3. y 61. 67. 86. 87. y 116. tít. 10. tratado 8. de las Ordenanzas del ejérc. Rs. Os. de 3. agosto 1771 y 22 noviembre 1790: y lo mismo debe decirse por analojía de los jueces de marina, los cuales conocen, además, privativamente de los negocios sobre pesca, limpieza y seguridad de los puertos, naufrajios. etc. art. 8. tít. 2. trat. 5. Ords. de la armada y art. 15. tít. 2. Ords. de arsenales. ll. 9. 10. y 11. y nota 8. tít. 7. lib. 6. Nov. Recop. Los gobernadores militares de plazas marítimas son jueces privativos en las causas que en ellas ocurran sobre uso de armas prohibidas. l. 1ª. tít. 19. lib. 12. Nov. Recop. R. O. 8. octubre 1830. Los juzgados de rentas lo son asimismo privativos en todos los pleitos ó causas que ocurriesen entre personas de cualquiera clase y condicion, siempre que la hacienda nacional tenga en ellos algun interés art. 36. Reglam. prov. Real instruccion de 30 setiembre de 1799. A los tribunales de comercio corresponde privativamente el conocimiento de todas las causas ó negocios mercantiles, bien que pueden tambien entender en ellos, donde no haya juzgado especial, los jueces ordinarios, atemperándose á lo dispuesto en la. leyes de comercio. arts. 1178. 1179. 1180. y 1182s del Código de comercio. art. 36. del reglam. prov. Y finalmente los juzgados privativos de minas, de las que habla tambien esta ley, aunque en diverso sentido, conocen asimismo esclusivamente de los asuntos contenciosos civiles del ramo, sobre los que debe advertirse que no deberá en ellos seguirse el fuero del domicilio ó naturaleza del demandado, ni otro alguno de los establecidos en esta ley; sino que de todos los negocios que ocurrieren, corresponderá respectivamente el conocimiento al inspector ó juez especial del distrito, en donde se hallen las minas, á que aquellos se refieran. R. O. de 3 junio 1837. art. 36. del reglam. prov.

Abolida por el Real Decreto de 2 abril de 1835 la jurisdiccion privativa de las subdelegaciones de montes y plantíos, corresponde tambien á los jueces ordinarios el conocimiento de las causas relativas á talas, incendios y daños causados á los montes públicos; lo que hemos creido necesario advertir, toda vez que, en esta ley, se habla tambien, con especialidad, de los guardadores de montes y dehesas, así como de los de minas, aunque no con el objeto de crear, respecto á ellos, una jurisdiccion escepcional; sino con el de disponer que los espresados guardadores, aunque sujetos á la jurisdiccion ordinaria, pero, por las demandas que contra ellos se entablen por razon de su oficio, no deben ser emplazados ante el juez de su domicilio ó naturaleza, sino ante el del territorio en el

LEY 33. *En que tiempo no ha de fazer demanda el Demandador.*

Sazon e tiempo ha de catar el demandador, para fazer su demanda. Ca si lo non fiziesse, podria caer en grand yerro. E porende se deue guardar, que la non faga en los dias que son defendidos, a que llaman feriados (182) para non poder mouer demanda en juyzio (183). E estos son en tres maneras. La primera, e la mayor es aquella que deuen guardar por reuerencia, e por honrra de Dios e de los Santos. La segunda, por honrra de los Emperadores, e de los Reyes, e de los otros grandes Señores. La tercera es, por procomunal de todos: assi como en aquellos diasen que cogen el pan, e el vino. E de cada vna destas maneras mostraremos, de como se deuen guardar.

LEY 34. *Quales dias son de guardar, para non fazer demanda en ellos, por honrra de Dios, e de los Santos.*

Pascua (184) de Nauidad, e de Resurreccion, e de Cinquesma son tres fiestas muy grandes, que todos los Christianos han mucho de guardar, para non fazer sus demandas en ellas, en juyzio. E los Santos Padres que establescieron el ordenamiento de Santa Eglesia, touieron por bien, que non guardassen estos dias tan solamente, mas avn siete dias (185), despues de Nauidad (186),

cual desempeñaban dicho oficio. Y así debería observarse, en el dia, relativamente á los guárdas de montes, y tambien á los de minas, entendiéndose lo dicho con respecto á estos, de la jurisdiccion privativa de que antes se ha hablado.

(182) Segun se espresa Erasm. sobre aquel adagio: *ignavis semper feriæ sunt.* Antiguamente se concedian á los labradores algunos dias feriados para restablecer sus fuerzas con los juegos. Y despues se introdujo en ellos la relijion, para que fuesen mas moderados.

(183) ¿Deberán los arbitradores guardar tambien los dias feriados? Bald. sobre la l. 4. col. 1. *quomod. et quand. jud. sentent.* está por la negativa y alega la l. últ. C. *de fer.* en la cual se dice que son válidas las transacciones hechas en dia feriado; de donde infiere que lo serán tambien los procedimientos de los arbitradores. Podrá, pues, un arbitrador en dia de domingo declarar el precio de la cosa, y los ejecutores de últimas voluntades podrán elejir los pobres á quienes deben socorrer; porque las ferias se han establecido para los juicios, y no para los asuntos extrajudiciales: y aun no para todos los juicios, sino para los contenciosos únicamente; [si es que, no siendo contenciosos, pueden llamarse juicios] y así podrán, segun el mismo Bald., los ejecutores de gracias hacer sus procedimientos en dias feriados, para el efecto de ejecutar los que está encargado, mas no para el de apremiar; añádase á lo dicho que puede tambien en dias feriados hacerse nombramientos de oficiales de la república. Véase á Bald. sobre la l. 39. col. 1. C. *de apellat.* y sobre la l. 4. C. *si pend. apellat. mors interv.*

(184) Segun se ve por esta ley, pocos eran los dias feriados en honor de Dios ó de los Santos al tiempo en que fueron publicadas las Partidas, y los canones, de los cuales fué copiada aquella. En nuestros tiempos hay muchas mas festividades, y todos los dias añaden los Pontífices ferias á las ferias, en lo cual (visto el abuso de estos tiempos) deberian proceder con mas moderacion. Porque, debiendo dedicarse aquellos dias á la piedad, de nada se cuida menos que de ella, sino que se emplean en banquetes, lupanares, en el juego y en las riñas, y en ningun tiempo se cometen mas maldades, que en aquel en que mas convendria abstenerse de ellas. Y al ver que las fiestas (antiguamente, por razon de los tiempos provechosamente establecidas) se convierten ahora, por la diferencia de las costumbres, de los cristianos, en menoscabo de la piedad, creemos que deberian reducirse á muy pocos los dias feriados de que se habla aquí, ó por lo menos que deberian acabar las ferias á la hora en que acaba la solemnidad de la misa. —* En el dia no tienen los tribunales otros dias feriados, en honor de Dios y de los santos, fuera de los que, segun las leyes de la Iglesia, son de precepto ó de guardar, habiéndose últimamente mandado, que no se hiciesen vacaciones, como antes se hacian, en los que es obligacion de oir misa. En esta parte, empero, ha habido tan varias disposiciones, y tienen todas ellas tal carácter de transitorias y provisionales, que creemos escusado y de poca utilidad el detenernos en esplicarlas circunstanciadamente.

(185) Así se comprendia tambien en las ferias de Navidad, la fiesta de la circuncision, la que es de guardar, y así lo previene el cap. últ. *de feriis.* —* V. la l. 6. tít. 2. lib. 4. Nov. Recop. y lo dicho al final de la nota que antecede.

(186) No recuerdo en donde esto se dispone; porque solo he visto espresadas las fiestas de San Estévan, San Juan Evanjelista, los Santos Inocentes y San Silvestre, cuyos dias menciona Speculat. tít. *de feriis.* §. 1. princ. Unicamente

esiete ante de Pascua (187) de Resurreccion, e siete despues, e tres dias despues de la Cinquesma. E otrosi mandaron guardar el dia de la fiesta de Aparicion, e de Ascencion, e todas las quatro fiestas (188) de Santa Maria, e de los Apostoles, e de San Juan Baptista: e otrosi los dias de los Domingos. E todos estos dias deuen ser guardados por honrra de Dios e de los Santos; de manera que non deue ningun ome fazer demanda en ellos a otro, para aduzirlo en juyzio. E si en tal manera alguna cosa fuere demandada, o librada, non seria valedero (189) lo que fiziessen, maguer fuesse fecho con plazer de amas las partes (190).

LEY 35. *Quales cosas pueden ser demandadas en estos dias que de suso mostramos.*

Dar puede (191) el Juez Guardadores a los huerfanos en los dias feriados que diximos en la ley ante desta (192). E otrosi los puede tirar de su guarda, si fuessen sospechosos. E avn puede oyr (193) a los que los touieren en guarda, si se quisiessen escusar della, mostrando alguna razon derecha, por que los non deuen tener. Otrosi puede oyr pleytos, que fuessen mouidos en razon de gouierno (194), que demandasse el huerfano a su Guardador, o el Guardador a otro en nome del huerfano, o el padre al fijo, o el fijo al

encuentro que en el cap. *placita* 15. q. 4. se hace mencion de los siete dias anteriores á la Navidad del Señor y de los siguientes hasta la octava de Epifania, de donde tal vez ha tomado esta ley los siete dias de que habla, posteriores á la Navidad: mas no se observa en la práctica lo dispuesto en d. cap. *placita*, y en las Reales Audiencias se acostumbra hacer vacaciones desde el dia de Navidad hasta la Epifanía inclusive.

(187) Lo mismo dispone la l. 11. C. *de feriis.* y puede verse en Speculat. lug. cit.: sin embargo deberia en esta parte atenderse á la costumbre, segun Abb. sobre el cap. *quoniam, de feriis.*: de vacaciones.

(188) En la Decretal se decia *todas las fiestas de la gloriosa Virjen María*, y lo mismo en el cap. únic. *de feriis:* quizás entónces no se celebraban mas que cuatro como dice esta ley.

(189) Añád. el cap. últ. *de feriis*, l. 6. D. del mismo tít. y todo el cap. 15. q. 4. y cap. últ. *de judic.*

(190) Porque no pueden las partes renunciar á las ferias introducidas en honor de Dios, como lo previene esta ley y el cap. últ. *de feriis*, y lo advierte la Glos. de la l. 7. C. *de feriis.* Mas ¿seria válido un estatuto, por el cual se dispusiese que se celebrasen juicios en los dias feriados, establecidos en honor de Dios? Alber. sobre d. l. 7. dice haber visto que se vacilaba en resolver esta cuestion; el mismo da á entender que podrian celebrarse juicios en dias de fiesta, mientras no fuesen domingos, porque semejantes ferias no han sido introducidas por la ley divina: pero finalmente concluye diciendo, ser mas probable la opinion de que no seria válido aquel estatuto, porque las ferias se han introducido por el derecho canónico, segun d. cap. últ. *de feriis*, y porque los príncipes han dedicado aquellos dias á Dios, y en consecuencia, ni por sí ni por sus súbditos, pueden hacer que se disponga lo contrario, arg. l. 2. D. *de pollicitat.*: adviérte, no obstante, que podrian quitarse, por medio de un estatuto, las ferias introducidas en honor de Dios, que no lo hubiesen sido por derecho comun. Inquiere tambien Abb. sobre d. l. 11. C. *de feriis*, si seria válida y produciria los efectos legales la confesion de la deuda hecha por el deudor en un dia feriado de los establecidos en honor de Dios, resolviéndose por la negativa; véase al mismo en el lug. cit.: y á lo que acaba de decirse con respecto al estatuto añád. á Ang. sobre la l. 4. D. de fer. en donde dice, que seria válido el estatuto por el cual se dispusiese, que pudiesen instruirse las causas criminales en dias feriados, aun los introducidos en honor de Dios.

(191) Añád. l. 3. §. 3. D. *de tutel.* y l. 8. §. 2. D. *de tutor. et curat. dat. ab his.*

(192) Apruebase la opinion de Az. C. *de fer. in sum.* á pesar de que, segun la Glos. de la l. 8. C. de d. tít. no podia esto hacerse en los dias feriados instituidos en honor de Dios: añád. ll. 1. y 3. D. *de fer.* y allí abraza Speculat. la opinion de Az. tít. *de fer.* §. sig. vers. *si porrò.*

(193) Tal vez deberá esto entenderse, cuando, por lo que se alega al escusarse, haya de impedirse el discernimiento de la tutela ó curatela, y perjudicarse con ello á los menores, en cuyo caso por piedad y por necesidad parece deben permitirse aquellas dilijencias en semejantes dias; y así lo persuade el espíritu de esta ley y la l. 2. D: *de fer.* en las palabras *cessantes excusationes*, de donde esta ha sido tomada: ó tambien cuando, despues de haberse encargado de la tutela, ha sobrevenido al tutor la falta de vista, de oido, de juicio ó del habla ú otra enfermedad incurable, segun se dispone en la l. 40 *de excusat. tut.*, y en el mismo sentido habla esta ley con mas propiedad cuando dice *á los que los tuvieren*, con lo que indica referirse á los que se hubiesen ya encargado de la tutela; pero la misma razon hay para disponerlo tambien respecto de los que no la desempeñasen todavía, para evitar perjuicios á los menores.

(194) Nótese que esta ley habla por via de

padre, o el aforrado (195) a aquel que lo aforro, o el aforrador (196) al aforrado, auiendolo menester. E si fuesse sobre demanda, quel fiziesse alguna muger biuda, que fincasse preñada de su marido, que la metiessen en tenencia (197) de algunos bienes, por razon de la criatura que touiesse en el vientre. O si acaesciesse que alguno ouiesse (198) a prouar, si era menor de edad, o mayor; o sobre pleyto (199) que pertenesciesse a la libertad, o a seruidumbre; o si fuesse sobre pleyto de testamento, que pidiesse alguno que ouiesse derecho de lo fazer, que lo abriessen, o lo mostrassen; o si se muriesse alguno que fuesse debdor de otro, e fincassen sus bienes desamparados sin heredero, e aquel a quien deuiesse la debda, pidiese al Juez, quel metiesse en tenencia dellos como en razon de guarda, o que los diesse a guardar a otro, en manera que se non perdiessen, nin se menoscabassen. Ca en qualquier destas cosas sobredichas bien puede el demandador mouer pleyto en juyzio en cada vno destos dias feriados, e lo que fuere fecho en ellos, valdra: porque tales pleytos como estos, pertenescen a obra de piedad. Otrosi dezimos, que todo pleyto que pertenesce (200) a pro comuñal de la tierra, o meter paz (201), o tregua entre los omes, o establescimiento de Caualleria por guarda de la tierra, o escarmiento de ladrones publicos (202) que tienen los caminos, e de los traydores (203), pueden los Juezes oyr, e delibrar: porque segund dixeron los Sabios antiguos: Amigo de Dios es (204), quien enemigo de Dios mata en qual tiempo quier. Otrosi los Emperadores, e los otros Sabios que fizieron las leyes, touieron por bien, que en estos dias sobredichos pudiessen los omes fazer sus lauores, en razon de sembrar (205), o de coger los frutos de la tierra, si grand menester fuesse. E esto por dos razones. La primera es, que tal obra como esta torna en pro comunal de todos. La segunda, porque acaesce muchas vegadas, que en tales dias como estos faze mejor tiempo, para fazer las lauores que son

ej. y debe entenderse de todos los alimentos que se piden por oficio del juez: mas ¿deberá decirse lo mismo de aquellos que se piden por medio de accion, como por ej. los que se han legado en testamento, ó se deben por razon de contrato? Deberá entenderse lo mismo, cuando así lo persuada la necesidad, como, por ej., si el que pide los alimentos no tiene otros con que alimentarse, segun opina Alber. despues de Guil. sobre la l. 2. D. *de fer.* y se confirma por esta ley: y lo mismo deberá decirse del jornalero que pide su jornal para alimentarse, segun dicho Alber. en el lug. cit.

(195) V. l. 6. D. *de agnos. liber.* y l. últ. tít. 22. Part. 4.

(196) Añád. l. 5. §. 19. D. *de agnosc. liber.*

(197) Y esto se dispone para que la mujer no perezca de hambre, segun la Glos. de d. l. 2. de donde esta ley ha sido tomada: pues si fuese rica, no podria oírsela en dias feriados, cesando entónces la razon de piedad y necesidad, en que se funda esta ley: esto no obstante, si, antes del dia feriado, hubiese empezado á conocerse de su demanda en la que pidiese ser puesta en posesion, podria inmitirsela en ella en dia feriado, aunque cesaria la razon de piedad ó necesidad; por ser la posesion cosa de hecho y haberse ya conocido de esta y sentenciado, segun Alber. sobre d. l. 2., en donde trata la cuestion de si quitándose la posesion á la fuerza, podria esta defenderse en dia feriado, y opina por la negativa á menos que hubiese inminente peligro, en no hacerlo, de que las partes viniesen á las manos y hubiese riñas, arg. l. 13. §. 3. vers. *equissimum.* D. *de usufr. et quemad.* cuya opinion es aprobada por esta ley, cuando dice mas abajo *ó meter paz ó tregua.*

(198) Y esto, segun la Glos. de D. l. 2. se funda en que fácilmente pueden perecer los ancianos, por medio de los cuales se prueba la edad.

(199) *Liberalia judicia omni tempore finiuntur*, l. 3. §. 1. D. *de fer.*

(200) Nótese este caso, en que puede procederse judicialmente en dias feriados, por tratarse asuntos de comun utilidad; hace al caso el testo de la l. 10. hácia el fin C. *de fer.* en donde dice *per quod multorum salus et incolumitas procuratur*, y porque, cuando se trata de utilidad comun, se favorece á muchos que son débiles y miserables cap. últ. *de fer.* con la Glos.

(201) Añád. cap. 1. *de fer.* y la Glos. 15. cuest. 4. in sum.

(202) Añád. l. 10. C. *de fer.* y esto se funda en el peligro que puede haber en la dilacion; pues, cesando aquél, por muy enorme que fuese el crímen, deberia detenerse en la cárcel al delincuente y diferirse entretanto la ejecucion, segun advierte Bald. en la l. 3. C. *de episcop. audient.*, y en este sentido se entiende d. l. 10.

(203) Nótese esto; pues se da mas latitud á lo que disponia el derecho comun, esto es, d. l. 10. C. *de fer.* en la que solo estaban esceptuados los ladrones y los taladores nocturnos de campos, lo mismo que en el cap. *inter alia*, *de inmunit. eccles.*, Abb. despues del Host. sobre el cap. 1. *de fer.*

(204) Así se dice en los Psalmos: alega á Abb. sobre d. cap. 1. *de fer.*, y á Alber. sobre d. l. 10.

(205) Concuerda la l. 3. C. *de fer.*, la que segun advierten los DD. sobre el cap. *licet* del mismo

menester a la tierra para dar frutos, que en los otros. E si en aquel tiempo non lo fiziessen, podria ser, que quando despues quisiessen, non lo podrian fazer.

LEY 36. *De los dias feriados, que pueden establescer los Emperadores, e los Reyes.*

Feriados dias son llamados otros, sin los que auemos dicho, que son establescidos de los Emperadores, e de los Reyes, e de los otros grandes Señores (206), por cosas que les acaescen y. E esto seria, como dia de la su nascencia (207), o en el dia en que ouiesse auido alguna grand buena andança contra sus enemigos, o quando fiziesse su fijo Cauallero, o lo casasse, o alguna de sus fijas, o otro dia en quel auiniesse alguna grand honrra semejante destas. Ca en qualquier dia, quel otorgasse por feriado por alguna destas razones sobredichas, non deue en el ningun ome de su Señorio emplazar a otro, nin mouerle demanda en juyzio: porque guisada cosa es, que los dias que el establesciesse en alguna destas maneras por honrra de si, e de su tierra que sean guardados (208) de guisa, que el alegria non pueda ser destoruada, nin los omes sean apremiados por pleytos; nin por demandas que muevan vnos contra otros.

LEY 37. *De los dias feriados, que son puestos por procomunal del Pueblo.*

Pan, e vino (209) son los frutos (210) de la tierra, de que los omes mas se aprouechan. E porende fueron antiguamente escogidos para esto, otros dias feriados en que los çogiessen. E estos son dos meses (211). E porque los frutos de la tierra non vienen en cada logar a vna sazon, por razon que algunas tierras son frias, é otras calientes de natura, por esso non señalaron ciertamente, quales son los meses que deuen ser guardados para esto. Pero touieron por bien, e mandaron, que los Juezes de cada logar (212) señalassen estos dos meses, segund la costumbre vsada de la tierra, a las sazones que el pan e el vino es de coger: e mientra que durasse, que ningun ome non pudiesse traer a otro a plazo en ellos; fueras ende en aquellas cosas señaladas, que diximos en la tercera ley ante desta, o si acaesciesse contienda entre algunos (213) en estos dias, por razon de los frutos que ouiessen de coger. Ca sobre tales pleytos como estos, bien pueden mouer los omes demanda vnos contra otros en juyzio. Pero el Judgador ante quien vinieren tales pleytos, deuelos librar e acortar sin escatimas e sin ningun alongamiento, assi que los frutos

tít. en el cual se lee reproducido el mismo texto, ha sido confirmada por el derecho canonico, como observa allí Abb.

(206) Creo debe entenderse de los señores que no reconocen superior en lo temporal, mas no de los duques y barones sujetos al Rey; l. 4. C. *de fer.*: Mas ¿podrian los corregidores de las ciudades establecer algunas ferias con consentimiento y autoridad de los decuriones? Alber. opina allí por la afirmativa, y dice practicarse así en las ciudades: mas no creo que se permitiese en este reino, si se hacia sin la autoridad del rey, ó á menos que el obispo, consintiendo el pueblo, decretase que se venerara algun santo y se hiciesen fiestas en su obsequio, segun observa Abb. sobre el cap. *conquœstus*, *de fer.*

(207) Los mismos ejemplos propuso Speculat. tít. *de fer.* §. 1. vers. *repentinœ*, y el Host. en la suma *de fer.* §. *quatuor distinguantur*, y añád. l. 1. tít. Part. 1.

(208) Ni aun podria renunciarse á estas ferias estraordinarias, segun advierte la Glos. de la Clement. pen. *de verbor. signif.* sobre la palabra *ob necessitates.*

(209) En los lugares en donde no se cojan mieses, sino que se mantienen los naturales de castañas, ¿deberán tambien establecerse ferias para su recoleccion? Así lo opina Bald. sobre la l. 1. D. *de fer.* y alega la l. 55. §. 5. D. *de legat.* 3. Pero en donde se mantienen los naturales de trigo ó beben vino, aunque no lo produzca el pais deben tambien concederse algunas ferias, para que puedan ir á proveerse en otros lugares, segun Inoc. y los DD. señalamente Abb. en el cap. últ. hácia el fin *de fer.*

(210) Nótese, empero, que estas ferias de las mieses no se guardan en las Reales Audiencias de este reino, y como dicen Speculat. tít. *de fer.* §. 1. tampoco en la curia romana ni en la del Rey de Francia; y con razon dejan de guardarse, para que los que vienen de puntos distantes sean mas pronto despachados.— * En el dia, no solo en las audiencias y tribunales superiores, sino tambien en los juzgados de primera instancia, están en desuso las ferias establecidas para la coleccion de las mieses, las que han dejado completamente de observarse.

(211) Ll. 2. y 7. C. *de fer.*

(212) No dice si debe hacerlo el juez del domicilio del actor, ó del reo, ó del lugar en donde debe celebrarse el juicio; sobre lo que, desechadas las diversas opiniones, ha prevalecido la de que sea el juez del lugar del juicio, segun Abb. sobre d. cap. últ. hacia el fin *de fer.*, y bastantemente lo indica esta ley.

(213) Porque se perderian los frutos, si en se-

non se pierdan, ante que la contienda sea tollida de entre los omes.

LEY 38. *En quales dias feriados puede el Demandador fazer su demanda, plaziendo a su contendor.*

Aveniendose el demandador, e el demandado, para entrar en juyzio en los dias feriados, que en esta otra ley diximos, que son para coger el pan e el vino, bien lo podrian fazer, si el Judgador (214) de su voluntad los quisiere oyr. E valdra todo lo que fuere fecho en ellos, bien assi como si non fuessen feriados. Otrosi dezimos, que si alguno ouiesse derecho (215) sobre cosas quel pertenesciessen, si se temiesse, que aquel derecho que auia en ellas, se le perdiesse por tiempo, si lo non demandasse en los dias feriados (216) que son para recoger el pan, e vino, bien podria mouer demanda en ellos sobre tal razon como esta. E el Judgador es tenudo de oyrlo, fasta que el pleyto sea començado por respuesta, porque finque en saluo su derecho al demandador, e non se pierda por razon que passasse tiempo contra el. Mas desque fuere començado por respuesta, non deue el Juzgador consentir a las partes, que vayan adelante por el pleyto en estos dias; ante les deue poner plazo, a que lo vengan seguir, despues que los dias feriados passaren.

LEY 39. *Que el Demandador deue catar, ante que comience su demanda, que recaudo tiene para prouarla.*

Enuiso, e acucioso deue ser el demandador, en catar que recabdo tiene (217), para prouar aquello que quiere demandar. Ca siempre ha menester de prouar lo que demandare en juyzio, o la otra parte gelo negare. E esta prueua ha de ser por testigos, o por cartas (218) o por otra ma-

mejantes dias no se celebrase el juicio, l. 3. D. *de fer.*

(214) Y aunque quisiesen las partes y el juez, con todo no se podria apremiar á los testigos en dias feriados, Glos. de la l. 7. C. *de fer.* Specul. tít. *de fer.* §. últ.

(215) Añád. l. 1. §. 2. D. *de fer.*

(216) Nótese esta palabra: pues en los demás dias feriados no tendria lugar lo que aquí se dispone, y por esta razon si se hubiese dado comision para conocer de una causa, y fallarla dentro cierto término, y la jurisdiccion terminase dentro de dichas ferias, podría el juez comisionado proceder durante las mismas; y así se dice en el cap. últ. *de judic.* y lo advierte Speculat. tít. *de fer.* §. pen. hácia el fin.

(217) Añád. l. 4. C. *de edend.* en donde la Glos. alega concordancia. Y esta regla debe hacerse estensiva, aun para el caso en que el reo se haya asumido la obligacion de probar, Glos. notab. de la l. 14. D. *de probat.*, Juan Fabr., Ang. y Jas. sobre el §. 1. *Instit. de act.*: véase allí á Jas. col. 18. sobre d. l. 4.; lo que debe entenderse con once limitaciones segun advierte Speculat. tít. *de probat.* §. *probare*, vers. *nunc ad propositum.*

(218) —* Lo que aquí dispone nuestra ley relativamente á la obligacion que tiene el actor de tener prevenidas, al entablar su demanda, todas las pruebas de que quiera valerse en el decurso de juicio, está mas estrictamente dispuesto por las leyes posteriores y en especial por la regla 1ª. del art. 48. del reglam. prov. por la cual se manda á los jueces que no admitan demanda alguna que no tenga todos los requisitos prevenidos por las ll. 1ª. y 4ª. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop. siendo uno de estos el que el actor haya de presentar, con el escrito de demanda, todas las escrituras con que intente probar su accion; y que, no haciéndolo no le sean despues admitidos, á menos que jure aquél no haber tenido antes noticia de ellos ó no haberlos podido encontrar.

Los demás requisitos prevenidos en d. l. 1. han dejado, en su mayor parte de tener aplicacion en el dia por referirse á las demandas por *casos de corte* que fueron abolidos por el reglamento y de los cuales habla únicamente la letra de la ley espresada; por cuya razon D. Juan Bravo Murillo en sus observaciones sobre d. art. 48. del reglam. califica con mucha razon de inoportuno el recuerdo genérico y absoluto que se hace de aquella en el art. citado; bien que en este, al paso que se manda observar rigurosamente y en todas sus partes lo dispuesto en dicha ley recopilada, pero se hace mencion especial de algunas disposiciones de la misma, cuyo cumplimiento se previene espresamente; y parece por lo tanto que no se ha querido obligar á los jueces á que se atengan estrictamente á todo lo prevenido en aquella, pudiendo dejar de observarla no solo en la parte que está ya derogada por referirse esclusivamente á los *casos de corte*, sino tambien en la parte que puede tener aplicacion á las demandas ordinarias y que sin embargo no esté espresamente mandado que se cumpla. Así en ningun tribunal se observa, aun despues de publicado el reglamento, el requisito prevenido en d. l. 1. de que no queriendo el actor valerse de escrituras, haya de jurar, al entablar la demanda, que *cree y entiende tener testigos con que puede probarla*, disposicion poco meditada y ridícula en concepto de Bravo Murillo, y que, cree este, podrá y deberá suplirse por el jura-

nera (219) que sea de creer. Ca si desto non fuesse cierto ante que començasse su demanda, lo que cuydasse fazer por su pro, tornarsele ya en daño, e en verguença, ca auria a pechar (220) todas las costas al demandado; e demas fincaria por desentendido, començando cosa en que non sopiesse en adelante el recabdo que tenia, para demandarla.

LEY 40. *En que manera el Demandador deue fazer su demanda.*

Libellus en latin, tanto quiere dezir, como demanda fecha por escrito. E esta es vna de las maneras, por que se puede fazer. E la otra es, por palabra. Pero la mas cierta es la que por escrito se faze: porque non se puede cambiar, nin negar como la otra. Mas en qualquier demanda, para ser fecha derechamente, deuen y ser catadas cinco cosas (221). La primera, el nome del Juez ante quien deue ser fecha. La segunda, el nome del que la faze. La tercera, el de aquel contra quien la quieren fazer. La quarta, la cosa, o la quantia (222), o el fecho que demanda. La quinta, por que razon la pide (223). Ca seyendo todas estas cosas puestas en la demanda, cierto puede el demandado saber por ellas, en que manera deue responder. E otrosi el demandador sabra mas ciertamente, que es lo que ha de prouar. E sobre todo, tomara apercibimiento el Juez, para yr adelante por el pleyto derechamente. E como quier que a los omes entendidos cumplia assaz esto que sobredicho es; porque otros muchos y auria, que lo non entenderian, queremos mostrar cierta manera, de como se deue fazer la demanda por escrito, o por palabra. E es esta; que el demandador quando fuere antel Juez, deue dezir: Ante vos, D. Fulan, Juez de tal logar, yo tal ome, me vos querello de Fulan, que me deue tantos maravedis, que le preste (224): onde vos pido, que le mandedes por juyzio que me los de. E esta manera misma deuen tener todas las otras demandas que se fazen en juyzio, mudando las razones, segund fuere la natura de las cosas que quieren demandar,

mento de no proceder de malicia, que se continua en todas las demandas, sin que se entienda alterado, en este punto, por el reglamento, el órden generalmente recibido.

Por lo que hace á la presentacion de las escrituras que, segun d. l. 1ª. deben producirse con la demanda, y no ser admitidas despues, sino con el juramento de nueva noticia, tampoco esto se observa con todo rigor en la práctica, á pesar de estar espresamente mandado en el art. 48 del reglam.; y se admiten sin dificultad durante el término probatorio, en primera y segunda instancia, las escrituras que no se han producido con la demanda, sin exigir la prestacion del juramento; cuya práctica, en nuestro concepto, justa y equitativa, no sabemos, sin embargo, como puede conciliarse con lo espresa y terminantemente mandado en el reglam. y, además de la citada l. 1ª., en la l. 4. tít. 21. lib. 11. Nov. Recop. Mas debemos advertir aquí, que el actor en el escrito de réplica, y no despues, bien puede presentar otros documentos para contraprobar las escepciones opuestas por el convenido en su contestacion, sin necesidad de jurar de nueva noticia, como espresamente lo dispone la l. 3. tít. 7. lib. 11.; Nov. Recop. y en este sentido deberia entenderse limitado, aun cuando se observase estrictamente, lo que disponen las leyes antes citadas y el art. 48 del reglam.

(219) Porque hay muchas especies de prueba, véase Specul. tít. *de probat.* §. *videndum*, en donde cuenta doce de ellas.

(220) Nótese bien, que cuando el actor no ha probado su intencion, no puede decirse que haya tenido justa causa de litigar, sino que lo ha hecho injustamente; por lo que debe ser siempre condenado á las costas: y añád. Bald. sobre la l. 52. col. 4 C. *de episc. et cler.* en donde se espresa notablemente. ¿Y qué deberá decirse cuando el actor haya probado, pero hayan sido tachados los testigos, no por soborno, sino por razones personales? En tal caso quedará libre de las costas, segun el mismo en el lug. cit. y sobre la l. 1. C. *de advocat. divers. jud.* despues de Specul tít. *de calum.* hácia el fin, y allí mismo, segun Bald. sobre d. l. 1., se advierte que no bastará para librar al reo del pago de las costas, el que haya ministrado prueba testimonial, si esta consiste en un solo testigo.

(221) V. Glos. de la l. 1. D. *de edend.* en la suma sobre la palabra *ut proinde*.

(222) Acerca los intereses y los daños y perjuicios se admite el libelo ó demanda general. Véase el cap. *cum dilectus* de *ordin. coquit.* y la Glos. de la l. 9. D. *si cert. petat.*

(223) Los casos en que debe espresarse en el libelo la causa en que se funda la demanda pueden verse en la Glos. y los DD. sobre el cap. 2. *de libel oblat.* —* V. la nota sig.

(224) Cuando se intenta una accion personal,

LEY 41. *Sobre que cosa non ha menester de ser fecha la demanda en escrito.*

Escrita (225) touieron los Antiguos por bien, que fuesse fecha toda demanda que ouiessen a fazer de diez maravedis arriba, (226) o de cosa que lo valiesse. Mas dende ayuso

debe espresarse la causa.—* Esto es la causa próxima ó especial, que en las acciones reales no es necesario espresar; y así lo opina tambien nuestro Sala en su digesto romano español §. 6. tít. *de edendo*, en donde dice que cuando se intenta una accion real, basta que se esprese en la demanda la causa ó título remoto ó general, por ejemplo, el dominio, la posesion, etc. sin añadir el próximo ó especial, ó sea el título por el que se ha adquirido el derecho real en que se funda la demanda: y funda d. autor esta opinion, en que en las demandas ó acciones reales debe bastar al convenido para preparar su defensa y oponer sus escepciones, el que el demandante, al intentar su accion, diga que la intenta por razon de dominio, servidumbre, etc. sin necesidad de espresar como lo ha adquirido; pero en las acciones personales es imposible que el reo se defienda, limitándose el actor á deducir la obligacion, cuyo cumplimiento reclama, sin espresar la causa ó título de que aquella obligacion dimana; en cuyo sentido debe entenderse lo dicho en la nota 125 de la ley del tít. 2. de esta partida; y así, en efecto, parece deducirse de lo dispuesto en la presente, la que previene que debe espresarse en el libelo, no solo *la cosa o la cuantia o el fecho que se demanda*, sino tambien *la razon porque se pide*; y, aunque con esto no declara si entiende hablar de la causa próxima ó remota, pero se infiere, en los términos espresados de lo que se añade despues, cuando, al proponer la ley una fórmula de demanda personal, especifica en ella no solo la causa jeneral ó remota, esto es, la obligacion, sino tambien la próxima ó especial, esto es, el contrato que la ha producido.

(225) Dos consecuencias se infieren de esta ley: la primera que generalmente en todas las causas es necesario el libelo; la segunda, que esta se ha de poner por escrito: y así se aprueba la opinion de la Glos. sobre el cap. 1. *de libel. oblat.*, en donde se esplica estensamente Mariano Socin. proponiendo ochenta y cuatro casos en los que no es necesario el libelo: y sobre lo que se observa en el dia, V. la l. 11. tít. 1. lib. 3. Orden. Real.

(226) —* Lo dispuesto aquí en esta ley demuestra que la enjuiciacion verbal, en asuntos de poca entidad, es, en España, aun mucho mas antigua, de lo que supone D. V. H. de la Rua en sus nuevas observaciones al reglam. prov. insertas en el Boletin de jurisprudencia y legislacion, en donde, para probar la antigüedad de los juicios verbales, hace mencion únicamente de lo mandado por D. Felipe II en las Córtes de Madrid de 1594, á saber, que en los pleitos sobre deudas, cuyo valor no escediera de mil maravedís, no pudiese la demanda reducirse á escritura. Los SS. Goyena y Aguirre §. 4403. tít. 64. del Febrero, recuerdan a este propósito que ya el Rey D. Alonso XI, en la l. 1. tít. 12. del Orden. de Alcalá, habia dispuesto que las demandas se entablasen por escrito ó de palabra, segun el albedrío del juzgador. Pero suponen equivocadamente dd. AA. que los juicios verbales no estaban admitidos por el código de las partidas, siendo así que, además de esta ley que dispone espresamente que pueda ponerse de palabra, la demanda, cuyo valor no esceda de diez maravedís, por la l. 6. tít. 22. de esta partida, se confirma todavía la misma disposicion, estableciéndose en ella que *puede ser juzgado el pleito sin escrito e por palabra tan solamente, cuando la demanda fuese de contia de diez maravedis ayuso*. Pero nuestra legislacion, en esta parte, ha sufrido, con el transcurso de los tiempos, sucesivas modificaciones, en órden á la cuantía de los litigios que no debian sustanciarse por escrito; hasta que por los artículos 31. y 40. del reglam. prov. se mandó, que debiese conocerse en juicio verbal, de todas las demandas civiles, cuya cuantía no esceda de 25 duros en la península é islas adyacentes ó de 100 en ultramar, y de los negocios criminales sobre injurias ó faltas livianas, que no merezcan otra pena que alguna correccion ó reprension ligera. Esta disposicion, empero, ha dado lugar á muchas dudas, por no ser fácil en algunos casos determinar, á punto fijo, la cuantía ó importancia de los negocios, para el efecto de resolver si debe conocerse de ellos en juicio verbal ó escrito, y por no haber declarado el reglam. lo que deba practicarse en semejantes casos.

Sobre cuales sean las injurias ó faltas livianas, de que entiende hablar el reglam., al decir que debe conocerse en juicio verbal, de las que no merezcan otra pena que una correccion lijera, puede verse á D. Juan Bravo Murillo en sus observaciones al citado art. 31. y al 21. del reglam. en donde da las reglas conducentes para determinarlo.

En los demás negocios, empero, puede haber mayor dificultad, y los mismos S. Bravo Murillo y el citado D. V. H. de la Rua dan tambien algunas reglas, para poder calificar las demandas que se presenten de dudosa valoracion, lo que, segun ellos, puede suceder por varios motivos, que indicaremos por separado, ya por que discrepan en algunos puntos los dos citados escritores, ya tambien para esponer las nuevas ob-

servaciones, que tal vez consideremos oportunas.

Cuando en una misma demanda en que se pide una pequeña suma, se solicita tambien la declaracion de un derecho de mayor importancia, y cuyo valor escede conocidamente la cantidad señalada por la ley, para los juicios verbales, como si se reclama el pago de una pension censalicia de diez ocho reales, y se solicita al propio tiempo el reconocimiento del censo, cuyo capital ascenderá, por consiguiente, á seiscientos, opinan los citados escritores, y no puede haber en ello dificultad, que semejante demanda deberá ser objeto de un juicio escrito. — Cuando se pida que se declare á alguno obligado á verificar un hecho puro y simple, y por lo mismo de valor ó cuantía indeterminada, pretende el Sr. Bravo Murillo que deberá el juez en este caso, oyendo el dictámen de personas peritas, calificar el valor del servicio ó hecho, cuyo cumplimiento se reclama, para saber la entidad de la demanda, y segun resulte ser esta de mayor ó menor cuantía, proceder á la celebracion del juicio verbal, ó prevenir al demandante que promueva el que corresponda por escrito: y de la misma opinion es el Sr. de la Rua, fundándola muy acertadamente en que á nadie puede obligarse á verificar un hecho, aunque lo haya prometido, sino á pagar el interés del que lo hubiere estipulado ó á indemnizarle de los perjuicios que la falta de cumplimiento pueda ocasionarle; de lo que se infiere que en el caso propuesto, mas bien que el hecho cuyo cumplimiento se reclame, habrá de ser objeto del juicio la estimacion de el mismo, y por lo tanto segun esta deberá calificarse la cuantía de la demanda. Pero la indicada valoracion del hecho ó servicio reclamado por medio de peritos, podrá tener únicamente lugar, cuando hubiere duda y las partes no hayan podido ponerse de acuerdo sobre este punto, porque si las partes han estimado de conformidad el hecho que es objeto de la demanda, deberá estarse á lo que ellas hubieren determinado. Y aun, cuando entre las partes haya discrepancia, no dejará de haber dificultad en algunos casos en proceder de oficio á calificar la cuantía de la demanda; pues por lo mismo que la obligacion de *hacer* solo importa la obligacion de sacar indemne de la falta de cumplimiento al que la hubiere estipulado, ocurrirá muchas veces que, estando las partes conformes en la existencia y legitimidad de la obligacion, dejen de estarlo únicamente en la mayor ó menor estima que deba darse, al hecho cuyo cumplimiento se reclama, y en semejantes casos no podria el juez aprobar la valoracion que hiciesen los espertos, sin prejuzgar la cuestion principal y que debia ser objeto de definitiva; de suerte que se fallaria el litigio por el hecho mismo de resolver si debia sustanciarse verbalmente ó por escrito; por lo que seria tal vez mas legal y procedente que se procediese entónces al juicio escrito ú ordinario.—Cuando el objeto de la demanda es un derecho ó servicio inestimable, como por ej. una servidumbre, siendo en este caso de pura afeccion el valor de la cosa reclamada, opinan los mismos citados escritores, que deberá sustanciarse el juicio verbalmente ó por escrito, segun que las partes litigantes consideren, de conformidad, de mayor ó menor cuantía el valor de la cosa litijiosa; y si no se hallan de acuerdo sobre ella, habrá de procederse al juicio escrito: y lo mismo nos parece deberá decirse en todos aquellos casos en que sea legal ó materialmente imposible determinar la entidad de la demanda, por que, en caso de duda, siempre habrá de ser preferible el que un litigio de menor cuantía se decida con todas las formalidades de un juicio escrito ú ordinario, que no el que se falle sobre un asunto de gran interés de plano y verbalmente, sin el necesario conocimiento de causa.

Ocurrirá, además, con mucha frecuencia, que aunque el objeto de la demanda sea indudablemente menor de los 25 duros, y corresponda, por consiguiente, al tiempo de entablarse, conocer de ella en juicio verbal, pero resultará de las escepciones opuestas por el convenido, que se eleve la cuestion á mayor altura y verse sobre intereses de mucha mas consideracion. Así, por ej. un dueño pone demanda contra su inquilino, reclamando el pago de una mensualidad, que dice le está debiendo á razon de diez duros mensuales; no hay duda que semejante demanda deberá ser objeto de juicio verbal: supóngase, empero, que, al contestarla el convenido, se opone á ella, alegando que no ha arrendado la casa á razon de diez duros mensuales, sino á razon de ocho ó seis, y pide se declare que únicamente está obligado á satisfacer esta última cantidad, no solo por la mensualidad que se reclama, sino tambien por las demás que sucesivamente vayan venciendo.—Uno ha vendido un caballo por doscientos duros y entabla demanda contra el comprador, diciendo que solo le ha pagado ciento ochenta, faltándole en consecuencia á cobrar veinte, á cuyo pago pide sea aquél condenado; he aquí otra demanda cuya cuantía es indudablemente menor de 25 duros: mas, al contestarla el convenido, opone la nulidad del contrato, y pide que sea esta declarada, á cuya declaracion es consiguiente, por necesidad, la mutua restitucion del caballo y de los ciento y ochenta duros, parte del precio que se habia satisfecho. — Se entabla demanda verbal reclamando el pago de una pension de un censo de diez y seis duros; y el convenido se opone diciendo que no debe pagarlos, porque el censo

está redimido ó porque nunca existió. En estos ó semejantes casos ¿deberá el juez seguir conociendo en juicio verbal, á pesar de que en ellos el interés de que se trata escederá conocidamente la cuantía señalada por la ley? Así parece deberia deducirse de la rigurosa letra de d. art. 31. del reglam., segun el cual, debe conocerse en juicio verbal de las *demandas*, cuyo valor no esceda de los 25 duros ó de los 100 en ultramar; y como el esceso, en los casos propuestos, no existe propiamente en la *demanda*, sino en las *escepciones*, debiendo conocerse de estas en el mismo juicio, en que se conoce de aquella, l. 8. tít. 10. P. 3ª. deberia concluirse que tambien son objeto de juicio verbal los litigios de mayor cuantía, cuando no lo fuesen al tiempo de proponerse la demanda. D. Juan Bravo Murillo se hace cargo de las dificultades que podria haber en seguir conociendo verbalmente de semejantes negocios, y una de ellas, dice, es la de ser de mayor entidad las escepciones opuestas en los casos referidos, y deber, por consiguiente conocerse de ellas en juicio escrito; suponiendo con esto que no debe resolverse la cuestion con arreglo á la rigurosa letra de la ley, sino conforme al espíritu de ella, la cual, indudablemente ha querido prohibir que se conociese en juicio verbal, no precisamente de las *demandas*, sino de los *negocios* cuya entidad esceda de los 25 duros, ó 100 en ultramar. Y del mismo sentir es el señor de la Rua, observando que la demanda y la escepcion son inseparables é indivisibles, y que las dos unidas constituyen la entidad litijiosa que ha de servir de regla para calificar el procedimiento. Entrambos escritores opinan que, cuando el convenido opone sus escepciones á la demanda verbal, siempre que de ellas resulte que el interés del litigio se eleve á mayor cuantía de la señalada por la ley, no púede el juez decidir sobre las mismas en méritos de un juicio verbal; pero no están igualmente conformes los espresados comentadores del reglam. sobre lo que, en semejantes casos, habrá de practicarse. D. Juan Bravo Murillo propone dos medios como los mas á propósito para salir de la dificultad, que nace en esta parte del silencio ó imperfeccion de la ley. Es el primero, que el juez que ha admitido la demanda verbal se abstenga absolutamente del conocimiento del asunto, previniendo al convenido que deduzca sus escepciones por via de demanda en juicio escrito; y el segundo, que el propio juez profiera sentencia verbal sobre la demanda y las escepciones, pero entendiéndose sin perjuicio de lo que resulte despues del juicio contencioso por escrito, al cual deberá remitir á las partes. De estos dos medios, el distinguido escritor que los propone califica al primero de mas *legal*, pero de mas *conveniente* al segundo. Mas, como observa muy oportunamente el Sr. de la Rua, no deja de ser dudosa la mayor conveniencia de este último y de otra parte es el primero mas legal aun de lo que parecia creerlo el Sr. Bravo Murillo cuando lo propuso. Al establecer la ley los juicios verbales, ha querido únicamente evitar el que por una suma insignificante ó por un interés de muy poca consideracion hubiesen de practicarse en un formal juicio largos y costosos procedimientos. Mas si en los casos propuestos la providencia dictada en juicio verbal, debiese entenderse sin perjuicio de lo que se fallase despues en méritos de la nueva demanda, que propondria el convenido deduciendo sus escepciones en juicio escrito; claro es que faltaria absolutamente el objeto de la ley y no seria ya el procedimiento verbal de utilidad alguna. No creemos, pues, que sea tanta la conveniencia del segundo de los medios propuestos por el Sr. Bravo Murillo; y si nos parece indisputable la legalidad del primero, esto es, el de sobreseer, por decirlo así, en el juicio verbal y remitir las partes al juicio escrito, en el momento en el que el valor de lo que se disputa esceda, por cualquier motivo, de los 25 duros, considerando la cuantía del litigio en su totalidad y no por lo que se desprenda rigurosamente de la demanda, por la razon antes espuesta de ser aquella inseparable de las escepciones que se le oponen, y de ser indivisible la potestad que tiene el juez de conocer de la una y de las otras, y tambien por lo que se ha dicho, de ser indudablemente el espíritu de la ley, el que no se conozca verbalmente de los negocios de mayor cuantía, aunque solo hayan venido á serlo por razon de las escepciones opuestas á la demanda, y aunque esta, de otra parte y aisladamente considerada, sea de menor entidad. Por esto creemos preferible el primero de los dos medios propuestos por el Sr. Bravo Murillo, y no por la razon alegada por el Sr. de la Rua, quien considera que es ilegal el fallar sobre las escepciones opuestas, sin perjuicio de lo que resulte del juicio escrito, porque semejante fallo ó providencia, dice, seria condicional y por consiguiente, nulo. De esta objecion se habia hecho cargo ya el Sr. Bravo Murillo y la habia satisfactoriamente desvanecido, observando que lo mismo podria decirse contra las providencias dictadas en los juicios posesorios sumarísimos, las que se entienden tambien, espresa ó tácitamente, sin perjuicio de lo que se resuelva en méritos del posesorio plenario, y, no obstante el ser, en este sentido, condicionales, son válidas, conformes á la ley y causan interinamente ejecutoria; observacion exacta y concluyente, contra la que nada ha dicho el Sr. de la Rua, á pesar de reproducir la misma objecion que con ella queda desvanecida. Juzgamos, pues, que la

providencia dada *sin perjuicio*, en méritos de un juicio verbal sobre una escepcion de mayor cuantía, á pesar de ser en cierto modo condicional é interina. no dejaria, por esto solo, de ser legal, si pudiese proferirse, sin contravenir á la ley, que en su espíritu, ya que no en su letra, prohibe el que se conozca verbalmente de los negocios, cuya entidad esceda de 25 duros; fuera de que, despues de opuesta una escepcion de mayor cuantía, que el juez no puede en manera alguna desechar, consideramos, que, en todo rigor, ya no puede decirse entónces que no esceda de los 25 duros el valor de la demanda, porque esta implícitamente contiene una formal contradiccion de todo lo alegado en defensa por el convenido, y necesariamente se amplia al replicar á la contestacion, pidiendo que sean desestimadas las escepciones opuestas, y por lo mismo se hace positivamente de mayor cuantía, aun cuando antes no lo fuese: de suerte que, ni con arreglo á la estricta letra de la ley, podria conocerse verbalmente de semejante demanda, despues que se hubiesen opuesto á ella escepciones de mayor entidad, á menos que el demandante no las contradijese, en cuyo caso ya no habria verdaderamente juicio.

Se ha observado, empero, que si por el hecho de oponerse á una demanda verbal escepciones de mayor cuantía, debe el juez abstenerse del conocimiento de ella, hasta que se promueva el correspondiente juicio escrito por el convenido, deduciendo este en él sus escepciones por via de demanda; se seguirá de aquí que quedará siempre al arbitrio del convenido el que el juicio verbal no llegue á celebrarse, y que el demandante no pueda utilizar su accion de modo alguno, pues no podrá este entablarla por escrito, por ser, en los términos que debe proponerla, de menor cuantía, ni podrá hacerlo verbalmente, por estár declarado que no puede ser objeto de un juicio verbal. Esta dificultad es, en concepto del S. de la Rua, de tanta monta, que ha creido necesario para desvanecerla, que al remitir el juez á las partes al juicio escrito previniendo al convenido que deduzca en él sus escepciones por via de demanda, haya de prefijarle un término, dentro del cual, no poniendo su demanda, caducasen por este hecho sus escepciones y pudiese el demandante intentar nuevamente el juicio verbal. Pero esto es dar facultades al juez para fallar de palabra sobre las escepciones de mayor cuantía, para el caso eventual de no provocar el convenido el juicio escrito dentro del término prefijado, lo que creemos ilegal y mas que ilegal, innecesario. El Sr. Bravo Murillo habia ya contestado satisfactoriamente á aquella objecion que él mismo se propuso, observando que al actor le quedaria siempre el medio legal y espedito de proponer contra el convenido una demanda de jactancias, por el hecho mismo de haberle este opuesto en el juicio verbal las escepciones de mayor cuantía, y obligarle así á que provocase el juicio escrito, so pena de perder su derecho; y aun nos parece que no podria haber gran dificultad en que el actor reprodujese por escrito y directamente la misma demanda, pero pidiendo además de la pequeña suma que en el juicio verbal habia reclamado, el que se le declarase á su favor aquel derecho que trataba de disputarle el convenido con las escepciones opuestas. Y por lo que hace al inconveniente de que, remitiéndose á las partes al juicio escrito, siempre que de las escepciones opuestas resultase ser de mas entidad el litijio, que antes era de menor cuantía, resultaria quedar al arbitrio del convenido el que dejase de celebrarse el juicio verbal, con solo oponer escepciones emulatorias y al solo objeto de aumentar la entidad del negocio; observa tambien muy oportunamente el citado escritor, que es aquél un mal inevitable, porque si el convenido puede oponer escepciones infundadas, puede tambien el actor haber entablado una demanda imajinaria; mas por el abuso que pueda cometerse, no puede condenarse el uso de las cosas; á lo que creemos podria añadirse que no es de temer semejante abuso de escepcionar temerariamente las demandas verbales, con el solo objeto de impedir la celebracion del juicio verbal; por cuanto, con semejante medio, no conseguiria el convenido mas que dilatarlo, toda vez que podria el actor provocar inmediatamente un nuevo juicio por escrito, y este, si bien seria infinitamente mas costoso para el actor, no lo seria menos para el demandado, el cual, si tan temerarias eran las escepciones opuestas, correria ademas un inminente riesgo de ser condenado en costas; siendo por lo tanto muy arreglado y adaptable el medio ó la interpretacion que hemos abrazado de los propuestos por el Sr. Bravo Murillo, en cuanto entendido en este sentido el art. 31. del reglam. nadie puede abusar de él impunemente y sin ocasionarse, casi por necesidad, un considerable perjuicio.

Por lo demás, así el Sr. Bravo Murillo como el Sr. de la Rua opinan que debe remitirse á las partes al correspondiente juicio escrito, no solo cuando una demanda ha venido á ser de mayor cuantía por razon de las escepciones opuestas, sino tambien cuando esto sucede por pedir el convenido al demandante una suma mayor de 25 duros por via de reconvencion. Mas sobre esto, y salvo el respeto que nos merecen tan distinguidos escritores, debemos observar que, relativamente á la reconvencion, no obran las razones legales que con respecto á las escepciones. El mismo Sr. Bravo Murillo dice opinar que no

se puede conocer en juicio verbal de una demanda á que se hayan opuesto escepciones de mayor entidad, porque por razon de ella no puede conocerse verbalmente de las escepciones, y la calificacion de estas es inseparable de la de la demanda, y á la una y á las otras debe atenderse igualmente para determinar el negocio, el cual no consiste en lo que se demanda, sino en lo que se disputa; y las propias razones, aunque en distintos términos, alega el S. de la Rua en corroboracion de la opinion indicada. Ahora, mucho nos engañamos ó relativamente á la reconvencion no existe la misma inseparabilidad, ó imposibilidad de conocer de ella prescindiendo de la demanda, que existe entre esta y las escepciones que se le oponen. La reconvencion es á su vez una verdadera demanda: de ella, siendo de mayor entidad no puede conocerse en juicio verbal: pero, siendo de menor cuantía la demanda á la que se ha opuesto la reconvencion, no hay la legal y material imposibilidad de instruir un juicio separado para cada una de ellas, que hemos dicho habia relativamente á la demanda y á las escepciones que tienden á destruirla; y siendo esta indivisibilidad la principal, la única razon que, en concepto de los ilustrados comentadores del reglam. hace que no pueda conocerse verbalmente de la demanda, cuando á ella se hayan opuesto escepciones de mayor entidad; juzgamos que no debe decirse lo mismo de la reconvencion, sino que cuando el interés de esta sea mayor de los 25 duros, el juez deberá seguir conociendo verbalmente de la demanda que se haya propuesto, y remitir al demandado á usar de su derecho en el correspondiente juicio escrito, que siempre podrá intentar, en reclamacion de las cosas ó derechos por las que reconvenia al actor en el juicio verbal.

Así, pues, las reglas para calificar la entidad de los negocios judiciales pueden muy bien reducirse á las siguientes: 1.ª Cuando con una suma menor de 25 duros ó de 100 en ultramar se pide en una misma demanda la declaracion de un derecho de mayor importancia, debe sustanciarse el juicio por escrito. 2.ª Cuando el objeto de la demanda es un hecho puro y simple ú otra cosa de valor indeterminado, debe preguntarse á las partes, para calificar el negocio, a cuanto estiman la cosa ó hecho reclamado; y no estando aquellas de acuerdo en su valoracion, debe hacerse esta de oficio, y oyendo el dictamen de personas peritas, siempre que pueda practicarse esta dilijencia, sin prejuzgar, en manera alguna, la que ha de ser cuestion principal del litigio, en cuyo caso y siempre que haya desacuerdo en la valoracion é imposibilidad material ó legal de determinarla, deberá procederse ó remitirse las partes al correspondiente juicio escrito. 3.ª Cuando se solicite el cumplimiento de algun servicio inestimable y de pura afeccion, como una servidumbre, y en algunos casos, la exhibicion de documentos, etc. debe aquél valorarse en la cantidad á que estimen las partes de conformidad, y no pudiendo esta conseguirse, remitirlas á usar de su derecho en juicio ordinario ó escrito. 4.ª Cuando, por razon de las escepciones opuestas á la demanda, haya aumentado la cuantía de los intereses, que son objeto del litigio, en términos que esceda de los 25 duros ó 100 en ultramar, deberá sobreseerse en el juicio verbal y remitirse á las partes á deducir sus respectivas pretensiones por escrito. 5.ª Cuando admitida una demanda, que por su cuantía corresponda entablarse y se haya entablado de palabra, se opusiere á la misma la reconvencion por una cantidad mayor de los 25 duros ó de los 100 en ultramar, deberá seguirse sustanciando el juicio verbal por lo que respecta á la demanda, sin hacer mérito de la reconvencion, relativamente á la cual se remitirá al demandado á usar de su derecho en juicio escrito.

Por lo que hace á los trámites que deben observarse en la sustanciacion de los juicios verbales, la ley no ha determinado, ni el modo con que debian estos provocarse, ni las formalidades con que debe procederse á la citacion del demandado; pero en esta parte los ilustrados comentadores del reglam., de acuerdo con D. Florencio García Goyena y D. Joaquin Aguirre §. §. 4417 y sigs. sec. 2. tít. 64 del Febrero y D. Manuel Ortiz de Zúñiga cap. 1. sec. 4. Bibliot. jud. opinan que á instancia del actor de palabra ó por medio de un escrito en que esponga sencillamente el objeto de su demanda, debe hacerse la citacion del convenido, por medio de cédula que le entregará el alguacil, debiendo espresarse en ella, segun los citados editores del Febrero, el dia, hora, sitio y objeto de la comparecencia. Las partes han de presentarse ante el juez acompañadas cada una de su hombre bueno, art. 31 y 40 del reglam. prov., á cuya última circunstancia podrán aquellas renunciar, segun opinion de los SS. Goyena y Aguirre, y del S. de la Rua en los lugares antes citados, fundándose este último, en que los hombres buenos no son personas esenciales en el juicio; razon que no nos parece del todo convincente, porque tratándose de un juicio estraordinario, cual el que se celebra verbalmente, así como se prescinde en él de ciertas formalidades, que en otros casos se consideran sustanciales, pueden tambien exijirse algunos requisitos, que no lo sean por punto general, y así lo hace el art. 31 del reglam. al prevenir terminantemente que en los juicios verbales debe asociarse el juez con dos hombres buenos, nom-

brados respectivamente por las partes, y oir, antes de dar sentencia, el dictamen de los mismos, sin que sepamos por consiguiente como puede legalmente prescindirse de aquella formalidad, por mas que renuncien á ella los interesados; antes bien nos inclinamos á creer que puede el juez obligarles á cumplirla contra su voluntad. Comparecidas las partes, debe el actor espresar clara y sencillamente su demanda y contestar á ella del mismo modo el convenido, despues de lo qué y oido el dictámen de los dos asociados, dará el juez ante escribano la providencia que sea justa y que deberá sentar, con espresion sucinta de los antecedentes, en un libro que deberá llevar para los juicios verbales, firmando en él el juez, los hombres buenos y el escribano d. d. art. 31 y 40.

Tampoco ha determinado el reglam. que medios podrá y deberá adoptar el juez para cerciorarse de la verdad de los hechos para fallar con conocimiento de causa, ni que clase de escepciones podrán ser admitidas en juicios de semejante naturaleza. Relativamente á lo primero están conformes los escritores antes citados en que podrá el juez y deberá en caso necesario obligar á las partes á que presenten los documentos ó ministren los testigos y demás pruebas en que funden sus respectivas pretensiones, debiendo para todo proceder prudencialmente, concediendo los términos mas breves que sea posible y suspendiendo, si fuere menester, la celebracion del juicio. Por lo que hace á lo segundo, esto es, á las escepciones que pueden oponerse á una demanda verbal, parece que no puede haber dificultad en que fuera de las que influyen en la calificacion del negocio por razon de su entidad y de las que antes se ha hablado, deben admitirse todas las que sean legalmente admisibles en juicio ordinario, debiendo fallarse con respecto á ellas con iguales formalidades y al mismo tiempo que sobre el punto principal.

De la providencia dada en juicio verbal no hay apelacion, art. 31 del reglam.; el cual si bien no habla del recurso de nulidad, pero, mediando relativamente á él idénticas razones, parece que tampoco deberá admitirse, y así lo opinan los editores del Febrero y el Sr. Bravo Murillo, añadiendo este que ni aun podrá suspenderse la ejecucion de la providencia verbal, cuando se opusiere á ella el recurso de nulidad fundado en la falsedad de la misma; antes en semejante caso dice que deberá ejecutarse aquella sin perjuicio de lo que resulte de los procedimientos civiles ó criminales, que deberán formarse, con arreglo á derecho, sobre la indicada falsedad y contra el á quien se acuse de haberla cometido, el cual estará obligado á indemnizar todos los daños y perjuicios que se hubieren irrogado con la ejecucion.

Mas no deberá decirse lo mismo, cuando al ejecutarse una providencia verbal se forme oposicion ó se proponga contra ella una demanda de tercería. El Sr. Bravo Murillo ha deslindado con su acostumbrada maestría el distinto carácter de los muchos casos que con ocasion de semejantes tercerías pueden ocurrir, sentando las reglas convenientes, para saber como ha de procederse en cada uno de ellos, las cuales en último resultado pueden reducirse á las siguientes. La tercería ó bien es de dominio, esto es cuando pretende un tercero ser el dueño de la cosa sobre la que ha de recaer la ejecucion, ó bien es de preferencia, esto es, cuando un tercero alega tener un crédito contra el que en el juicio verbal ha sido condenado, y pretende que dicho crédito es mas privilejiado y preferente que aquel en virtud del cual se ha proferido la condena. En uno y otro caso, el valor del crédito que se opone como preferente ó de la cosa sobre la que se pretende el dominio escede ó no los 25 duros ó respectivamente los 100 en Ultramar. Si al discutir la procedencia de la oposicion ó tercería, no deben conocidamente ventilarse intereses de mayor entidad que la señalada por la ley, debe conocer de aquella el mismo juez que ha proferido la sentencia en juicio verbal, procediendo tambien de palabra y con las propias formalidades que se han debido observar en el anterior juicio. Pero puede suceder que para hacer efectiva una condena cuya cuantía es menor de 25 duros, se haya de trabar ejecucion y proceder á la venta de una cosa que valga mucho mas de la espresada cantidad; y en este caso oponiéndose un tercero á la ejecucion, como dueño de la cosa, y no habiendo otros bienes del deudor sobre los que con igual facilidad pueda recaer aquella, debe suspenderse el procedimiento ejecutivo, mientras se decide sobre la tercería en el correspondiente juicio escrito, al cual habrá debido remitirse á las partes. Y lo mismo habrá de practicarse cuando se oponga tercería de preferencia por razon de un crédito de mayor cuantía: porque si bien en uno y otro caso el demandante á cuya instancia se dictó la providencia en juicio verbal, no tiene en la tercería, mayor interés que el que tenia en el procedimiento primitivo, puesto que de ser el tercer opositor preferido ó declarado dueño de la cosa embargada, únicamente le resulta á aquél el perjuicio de ser postergado ó á lo mas privado del cobro del crédito que verbalmente habia reclamado; pero al que fué condenado en el juicio verbal y al tercer opositor puede causarles mayores perjuicios la providencia que recaiga sobre la tercería, por la cual deb

(227) non ha el demandador por que la fazer en escrito, si non quisiere. Ca abondale, que diga por palabra antel Juez, seyendo y el demandado, que es lo que demanda, e por que razon, assi como de suso es dicho. E esto touieron por bien, porque los pleytos pequeños se puedan librar mas ayna, e sin grand costa. Otrosi dezimos que si aquel a quien fazen la demanda, non es raygado en la tierra (228), que puede aquel que gela quisiere fazer, demandarle fiador (229)

decidirse cual de los dos es el verdadero dueño de la cosa embargada, ó bien si es ó no lejítimo el crédito cuya preferencia se oponia á la ejecucion: bien que esto último solo tendrá lugar, cuando, lo que sucede casi siempre, al deducirse la preferencia de un crédito por el tercer opositor, le haya sido negada la lejitimidad del mismo, ya sea por el deudor ó por el demandante orijinario; pues en otro caso ó siempre que, al hacerse la oposicion, quede reducida la cuestion á la preferencia, estando las partes conformes sobre la lejitimidad del crédito, ya no puede decirse que las partes tengan mayor interés en la tercería del que tenian en el juicio primitivo y por lo mismo deberá tambien conocerse de esta verbalmente. Si, formalizado el juicio escrito sobre una tercería de mayor entidad, resultare esta desechada, deberá continuarse, de plano y sin mas formalidades que las puramente necesarias, la ejecucion de la providencia del juicio verbal, que, por la oposicion del tercero, habia quedado suspendida.

Cuando la cuantía de la demanda propuesta escede de los 25 duros, pero no pasa de 100, debe sustanciarse el juicio á que aquella da lugar por los trámites sencillos y estraordinarios que previene la ley de 10 de enero de 1838. Mas como para dichos casos, si bien establece la indicada ley una tramitacion especial y mas simplificada, pero debe esta practicarse por escrito, no creemos sea este el lugar oportuno de hablar de ella, pues, con ocasion de lo dispuesto aquí en nuestra ley de Partida, nos habíamos propuesto únicamente hablar de los juicios verbales.

(226) Añad. el *Specul.* tít. *de libel. concep.* §. *nunc dicendum.* v. 3. si la causa fuere vil ó de poca entidad; calificacion que se dejaba, por derecho comun, al arbitrio del juez, segun Specul. y Juan Andr. pero aquí queda determinada por nuestra ley, estableciéndose en ella que se entiendan por causas viles, todas aquellas, cuya cuantía no esceda de diez maravedís. Y sobre si en dichas causas deberán las partes pagar los salarios *(sportulas)*, V. á Juan de Plat., quien sobre la l. 12. §. 1. hácia el fin, C. *de proxim. sacror. scrin.* opina que no deberán pagarles. Mas nótese bien que en esta ley se habla de las causas viles por razon de su entidad, no por razon de ser viles las personas interesadas en ellas, lo que creo del caso advertir, atendido lo que observan Abb. y los DD. sobre el cap. 1. *de libel. oblat.* y Specul. en el lugar antes citado. V. la l. 5. tít. 22. de esta Part. y lo que allí se dirá. — * En el dia en los juicios verbales, lo mismo que en los escritos, se pagan al juez y al escribano los salarios, que les corresponden, con arreglo á los aranceles: y creemos por demás advertir, en corroboracion de lo que dice aquí el glosador, que no se hace, ni puede hacerse, en las causas, la menor distincion, por consideracion á la categoría de las personas que en ellas están interesadas, art. 2. del reglam. prov.

(227) Esto es, *en la tierra* ó lugar donde se celebra el juicio, y así parece deber entenderse; pues no basta que posea fuera de aquel lugar bienes inmuebles, segun la Glos. de la l. últ. C. *de princ. agent. in reb.* cuya opinion es aprobada allí por Bart. y Juan de Plat. Mas la contraria sostienen Bart. Alex. y Jas. sobre la l. 15. §. 1. D. *qui satisd. cog.* y esta es, en mi concepto, la mas verdadera, mientras el convenido posea bienes dentro del reino, aunque fuera del lugar del juicio; y así lo indica aquí el texto de nuestra ley diciendo indistintamente *en la tierra.* V. lo que, sobre este particular, dice mas estensamente Rodr. Suar. en el comentario de la l. 2. tít. 3. lib. 2. Fuero de las leyes, fól. 5. nº. 4. vers. *ulteriùs quæritur* en las adic. de Valdés, nº. 1. Y en órden á la cuantía de bienes inmuebles que sea necesario poseer, para estar libre de prestar aquella caucion, v. allí mismo al citado Rodr. fól. 3. adic. de Valdés, nº. 1. vers. *quæritur et utiliter,* en donde opina que este punto deberá quedar al arbitrio prudencial del juez, quien deberá tener por bastante el que se posean bienes suficientes, por su cuantía, para alejar la sospecha de que su poseedor quiera fugarse á fin de evitar las resultas del juicio, hasta que este sea ejecutado. — * V. las observaciones que se añadirán al fin de la nota próxima siguiente.

(228) Añád. lo dispuesto en la auth. *si offeratur,* C. *de litt. contest.* y en el §. 2. *Instit. de satisd.* Y sobre si, en el dia, segun la l. 2. tít. 3. lib. 2. y l. 6. tít. *de las testimonias* del Fuero, debe ó no el convenido prestar fianza de que pagará lo juzgado, véase á Rodr. Suar. en el comentario de d. l. 2. vers. *ulteriùs nota istum textum,* en donde concluye que bastará que se preste la fianza de *la haz,* esto es, la de que el reo se presentará y comparecerá ante el juez, cuantas veces le fuere mandado; de otra manera pagará lo juzgado: lo que procederá cuando se tratare de prestar dicha caucion antes de finido el pleito; pues si hubiese habido condena y el reo no hubiese sido

quien lo quisiesse fiar, deuenle facer jurar, que este a derecho, fasta que el pleyto sea acabado por juy-

encarcelado por via de ejecucion, ó si este hubiese confesado la deuda sin alegar escepcion alguna, no se libraria entónces aunque prestase fianza de pagar lo juzgado, ni podria ser puesto en libertad hasta haber pagado la deuda, segun Bald. sobre la l. 22. §. 2. D. *de in jus. voc.* y estensamente Rodr. Suar. en el lugar antes citado, en donde opina que lo dicho tendrá lugar despues de proferida la sentencia y espirado el término que se concede despues de ella para el pago, por razon de mera piedad. V. al mismo allí. Adviértase, empero, que si el reo poseyese bienes muebles de mucho valor, se le reputaria para el caso propuesto, como poseedor de bienes raices, segun Bart. y Ang. sobre la l. 8. pr. D. *qui satisd. cog.* y segun Alex. cons. 37. vol. 2. — * Entre los Romanos, si bien eran muy frecuentes y aun de necesidad, en los juicios civiles, las fianzas de *la haz, judicio sisti*, y la de pagar lo juzgado y sentenciado, *judicatum solvi*, como lo observan los Sres. Goyena y Aguirre, §. 3564. sec. 7. tít. 52. del Febr., pero ya, entre los mismos, por el derecho novísimo de las Instit., se habia relajado en gran manera dicha obligacion de afianzar: y así como, por derecho del Digesto, podia exijirse á los que eran convenidos por accion real, que prestasen fianza de pagar lo juzgado; por el §. 2. *de satisd.*, que cita el Glosador al principio de esta nota, se estableció que, en ningun caso, debiese prestarse aquella fianza, ya se hubiese intentado una accion personal ó real; sino que debiese darse la caucion fidejusoria de estar á juicio hasta la terminacion del pleito; y aun se añadió que bastase, segun la calidad personal del convenido, el juramento ó simple promesa; y esto mismo dispone aquí nuestra ley, exijiendo, por punto general, que el convenido, no siendo persona de arraigo, deba prestar fianza de *estar á derecho*, ú obligarse á lo mismo bajo juramento, si no ha encontrado quien le afianzase. La fianza llamada de *la haz*, esto es, la que se prestaba en los pleitos civiles por las personas poco abonadas, cuando se les mandaba que arraigasen en juicio, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, serian reducidas á prision, §. 3553. sec. 5. de C. tít. 52 del Febrero, está hoy dia limitada á las causas criminales, y puede decirse que es la misma que la carcelera, con la que la confunden algunos, §. 3567. sec. 7. d. tít. Mas, sin embargo de esto, tiene todavía lugar en los juicios civiles la fianza de arraigo ó de estar á derecho; solo que no puede esta exijirse del deudor ó convenido, sin hacer constar previamente la deuda por medio de escritura auténtica ó sumaria informacion de testigos, l. 5. tít. 11. lib. 10. Nov. Recop. Y como aun en este caso está dispensado el reo insolvente de afianzar, diciendo que no encuentra fiadores, y ofreciendo el juramento que, para este caso, previene la ley; resulta que es de hecho ilusoria la garantía que aquella ha querido establecer, para cuando el demandado no fuese persona de arraigo: lo que hace tal vez, que rarísimas veces sea reclamada, en la práctica, la observancia de la citada ley. Mas para los casos en que lo sea, conviene tener presente, que la obligacion del fiador de estar á derecho, no dura mas que un año, á contar desde el dia en que por incumplimiento del deudor principal, pudo hacerse efectiva la fianza; pasado cuyo tiempo prescribe la obligacion de dicho fiador y no puede ser este demandado por razon de ella. L. 1. tít. 11. lib. 10. Nov. Recop.

(229) V. lo dispuesto en el §. 2, *Inst. de satisd.* en la auth. *generaliter, C. de episc. et cler.* y la glos. de la l. 1. D. *qui satisd cog.*, cuya opinion es aprobada generalmente, esto es, la de que debe el reo jurar, que no encuentra fiadores. Este juramento, empero, no debe ser afirmativo y absoluto, en cuyos términos no podria prestarse sin temeridad, sino de mera credulidad, ó, lo que es lo mismo, debe el reo jurar, que cree no podrá encontrar fiadores, segun Odofr. y Cin. sobre d. l. 1. y lo propio siente Socin. vol. 2. consil. 231. col. 2. y deberá prestarse el espresado juramento, cuando lo defiera el juez, Bald. sobre d. l. 1. y Ang. sobre la l. 15. D. *qui satisd. cog.* Y añád. á lo dicho, que, además de prestar el juramento de que se ha hablado, debe el convenido obligar sus bienes; V. Bart. sobre d. l. *1.* y Socin. en el lugar citado. Adviértase, empero, que en el dia, por las leyes del Fuero se ha dispuesto otra cosa, á saber, que no siendo persona de arraigo, ó no poseyendo bienes inmuebles el convenido, sino presta la caucion fidejusoria, debe ser capturado y reducido á prision, aunque haya dejado de prestarla, por imposibilidad de encontrar fiadores, segun puede verse en la l. 2. tít. 3. lib. 2. del Fuero de las leyes, y en la l. 1. tít. 5. *de las ferias* del mismo libro: y Rodr. Suar. en el comentario de d. l. 2. col. 3. afirma que así lo ha visto observado, sin escrúpulo, en la práctica, aduciendo oportunamente la l. 66 del Orden. de Toro, en donde, en la penúlt. carta, distingue el caso en que se haya puesto demanda contra un deudor que, al tiempo de celebrarse el contrato del cual procede la deuda, era ya de la misma condicion, ó carecia de arraigo por no poseer bienes inmuebles, del en que hubiese sido el deudor abonado, al tiempo de crearse la obligacion, pero hubiese dejado de poseer bienes con posterioridad y careciese de arraigo al tiempo de proponerse la demanda; y trata allí la cuestion de si lo dispuesto en d.d. ll.

zio. E despues que el Juez ouiere oido la demanda del demandador, deuela mostrar (230) al demandado, e poner plazo, a que se pueda aconsejar, e responder a ella.

LEY 42. *En quantas maneras ponen los demandadores en su demanda mas que non deuen.*

Mas que non deuen (231), ponen los demandadores algunas vezes en sus demandas. E desto se deuen mucho guardar, porque se les torna mucho en daño, e non en pro. E esto seria en cuatro maneras. La primera, cuando alguno pusiesse en su demanda mas quantia de lo quel deuiessen, assi como si le ouiessen a dar diez marauedis, e el demandasse veynte, o otra cosa semejante (232) desta. La segunda, quando faze la demanda de otra manera que non deue: assi como si le ouiessen (233) a dar de dos cosas la una, qual mas quisiesse el debdor, e el señalasse qual dellas le diessen. E por esto dixieron los Sabios que era

del Fuero deberá entenderse aplicable únicamente á este último caso y no al primero. Inclínase d. Suar. á creerlo así por lo que se dispone en la l. 10. §. 1. D. *qui satisd. cog.* y por lo que observa Ang. allí y Bart. sobre la l. 3. §. 3. D. *ut in posses. leg.* el cual, fundado en este último texto, pretende que si alguno, con arreglo á los estatutos ó á la costumbre, pide que se reduzca á prision á su deudor, como á sospechoso, no podrá accederse al encarcelamiento, si la causa en que se funda la sospecha existia ya al tiempo de celebrarse el contrato. El propio Rodr. Suar. en el lug. cit. alega en favor de la misma opinion otras razones que pueden verse allí: pero últimamente se decide por la contraria, fundándose en la disposicion de la l. del reino, segun la cual, siendo el deudor insolvente, debe ser reducido á prision y entregado al acreedor para que le sirva: de donde infiere que no bastando para librar al deudor, el que haga este cesion de bienes, como procedia por derecho comun; del mero hecho de habérsele convenido, parece nacer cierta sospecha de que huirá despues de entablado el litijio. Pero es este ciertamente un motivo muy frívolo, y, de otra parte, las razones que aconsejan que se atienda á la condicion que tenia el deudor al tiempo de celebrarse el contrato, militan del mismo modo, respecto de aquel que, segun la l. del Fuero, podia ser encarcelado para servir al acreedor, que respecto del que podia ser reducido á prision con arreglo al derecho comun: lo que hace que no deba variarse de opinion por la razon que alega Rodr. Suar.; y así como Bart. sobre d. l. 3. §. 3., al opinar que debe atenderse á la condicion que tuviese el deudor al celebrarse el contrato, lo dice relativamente al deudor, que puede ser preso con arreglo á un estatuto ó á la costumbre, así tambien el estatuto ó la costumbre de la l. del Fuero debe restringirse é interpretarse segun los límites del derecho comun. l. 2. C. *de noxal. act.* cap. *cum dilectus, de consuet.* y hace tambien al caso lo que observa á este propósito Alex. consil. 19. vol. 3. donde empieza *viso processu capturæ.* En la práctica sin embargo prevaleceria tal vez la opinion de Rod. á tenor de dd. ll. del Fuero. — * Pero no sucederia así en el dia por no estar en uso la prision por deudas, sobre la que, y sobre cual sea el derecho vigente, en la actualidad, relativamente á ella, véase lo que se dirá al comentar la l. 4. tít. 15. Part. 5ª.

(230) Es, pues, el mismo juez y no el actor quien debe entregar el libelo al convenido, para evitar así que aquél añada ó quite algo á la demanda, despues de haberla presentado, como dice Specul. tít. *de libel. concept.* §. *restat, princ.*

(231) Tuvo esta ley su oríjen del §. 33. vers. *plus autem,* Instit. *de action.* y cap. 1. *de plus petit.*

(232) Por ej. si, teniendo únicamente derecho á una parte de la cosa, la pidiese toda ó una parte mayor de la que le compitiese, d. §. 33; á menos que pidiese mas de lo debido en lo accesorio, pues en este caso no incurriria en la pena que señala la ley sig. [esto es la de abonar el demandante al convenido todas las costas, que, por razon de la plus-peticion, le hubiere ocasionado] y así lo declaran Juan Fabr. y Plat. sobre d. §. 33. en donde ponen por ej. al que hubiere pedido la dimision de la cosa con los frutos de la misma, y resultare despues del proceso que ningun derecho tenia para pedir los espresados frutos; y lo funda d. Juan Fabr. diciendo, que, por razon de las accesiones, que tal vez se pidieren, no paga el convenido mayores costas ó salarios, que si se hubiese pedido la cosa simplemente, sin las accesiones ó frutos. — * Y esto hace que seria, no solo injusto el imponer en dicho caso la pena de la plus-peticion, que consiste en doblar las costas que con ella se hayan ocasionado, sino tambien imposible el aplicarla de hecho, por lo mismo que, segun observa oportunamente el glosador, citando á J. Fabr, no aumentan los salarios del juicio, por razon de la demanda accesoria de frutos, y así tampoco pueden ocasionarse costas, por la plus-peticion de dichos frutos ó accesiones.

(233) Aunque propone únicamente el ejemplo de la obligacion alternativa, lo mismo deberia decirse cuando al que está obligado á dar una cosa genéricamente, se le pidiese una cosa determinada ó individualmente segun está prevenido en d. §. 33. vers. *huic autem.* Instit. *de*

ademas, porque tuelle la escogencia al otro, en cuyo poder era de le dar, qual quisiesse. La tercera, quando faze la demanda en el tiempo que non deue: como si pidiesse quel pagassen ante del plazo, a que le deuian pagar (234). La quarta, quando fiziesse su demanda, que le pagassen en logar, do el demandado non era tenudo fazer la paga: como si en pleyto fuesse puesto de la fazer en vn logar, e el pidiesse que la fiziessen en otro. E cada vna destas quatro maneras diremos adelante complidamente.

LEY 43. *Que daño sigue al Demandador por poner en su demanda mas que non le deuen.*

Ponen los demandadores a las vegadas mas en sus demandas (235), que non les deuen, de manera que non pueden despues aueriguar, nin prouar todo lo que demandan. E porque algunos razonauan, que aquel que non podia prouar todo lo que ponia en su demanda, que deue ser caydo della: porende Nos, catando lo que los Sabios antiguos (236) fallaron por derecho en esta razon, dezimos: que maguer el demandador non prueue todo quanto pusiesse en su demanda, que en aquello que prouare, quel vala. E que el Judgador de sentencia contra el demandado, en tanto quanto fuere prouado contra el. E otrosi, quel de por quito (237) de lo al, que nol pudieron prouar. Pero si el demandado fizo algunas costas, o missiones, por razon de aquello que le demandaron demas, tenemos por bien, e man-

act., porque la propia razon milita en ambos casos, á saber, la de que, con semejante demanda, se pretende privar al deudor del derecho de eleccion, que, por la naturaleza de la obligacion, le corresponde.

(234) Ya proceda el plazo de espresa convencion, ya de la naturaleza misma de la cosa, como si se tratase de un parto ó de frutos nacederos; l. 73. pr. D. *de verb. oblig.*

(235) ¿Qué deberia decirse, si el actor pidiese una deuda, que resultase habérsele ya satisfecho? V. sobre esto un texto singular en la l. 29. §. 5. D. *mandati* y Bart. allí, en donde se dice, que el que pide lo que ya se le ha pagado, comete el crímen de estelionato.

(236) Concuerda el §. 33. vers. *sed hæc quidem.* Instit. *de act.*

(237) Nótese que, segun esta ley, la sentencia que profiera el juez debe abrazar y resolver todos los estremos ó capítulos contenidos en la demanda; añád. l. 27. D. *famil. ercisc.* Mas si, faltando á lo que se previene en esta ley, y habiendo el actor dejado sin justificar alguna parte de su demanda, el juez no absolviere de ella al convenido, condenándole en lo demás, ¿deberá tenerse por válida la sentencia, en la parte en que, por ella, se haya condenado al demandado, ó será enteramente nula, ó deberá sobreentenderse absuelto tácitamente el convenido en todo aquello, sobre lo que no haya recaido espresa condena? V. la Glos. de la l. 1. C. *si advers. rem judic.* y allí Bart. y los DD. y mas estensamente Abb. sobre el cap. *cum inter, de re judic. per 5,* col. últ. en donde establece Felin. por regla general que no es válida la sentencia sino se ha proferido sobre la totalidad de la demanda: lo que limita, sin embargo, con catorce escepciones. — * La cuestion que propone aquí el glosador no es fácil de resolver, y el silencio que guarda la ley acerca de ella puede originar graves dificultades en la práctica. La opinion que aquel refiere de Felin. está bien fundada en la l. 27. D. *famil. ercisc.* la cual, despues de establecer que el fallo definitivo, que se profiera en el juicio de division de herencia, deba comprender á todos los coherederos (esto es, á todos los que hayan formado parte en causa, Godofr. allí), añade espresamente, que si se hubiere omitido á alguno de aquellos en la sentencia, será esta nula, aun con respecto á los demás coherederos, que hayan sido comprendidos en la misma: de donde puede inferirse, (aunque no hay completa paridad), que tampoco seria válida la sentencia proferida en un juicio de restitucion, ni aun en aquella parte en que se hubiese condenado espresamente el reo, si no se fallase en la misma sobre todos los capítulos de la demanda ó se hubiesen pasado algunos en silencio. Confirma esta opinion la l. 27. D. *de recept. arb.* por la que se dispone que, si á un arbitro, se le ha espresado en el compromiso que deba proferir sentencia sobre todos los capítulos de la demanda, en un mismo dia, autorizándole para prorogarlo, y él la profiriere sobre algunos capítulos, omitiendo los demás y prorogando el dia; valdrá en este caso la prorogacion, pero no tendrá fuerza alguna la sentencia proferida, *(sententiæ ejus poterit impune non pareri)*, y añade dicha ley la razon, esto es, la de que, en el caso propuesto, no habrá cumplido el arbitro con su oficio. Y esta razon es igualmente aplicable á un juez, á quien está espresamente mandado por las leyes que, al fallar definitivamente, lo haga sobre la totalidad de la demanda; por lo que no haciéndolo así tampoco cumple con su oficio y profiere una sentencia nula. Es notable en este sentido la l. 59. §. 2. D. *de re judic.*, en la que, se previene que no está bien dada la sentencia, en la que se manda restituir el capital reclamado, y pagar los intereses indeterminadamente. *Debent enim*,

damos, que gelas peche todas (238) el demandador.

LEY 44. *Que daño viene al que engañosamente faze a su debdor obligar por mas de lo que le deue.*

Palabras engañosas (239) dizen los omes vnos a otros de manera, que los fazen obligar por carta, o por testigos, por mas de lo que deuen (240). E aun despues que los han assi engañado, aduzenlos en juyzio (241), por demandarles aquello, a que los fizieron obligar. E porque las cosas que son fechas con engaño, deuen ser desatadas con derecho; porende dezimos, que si el demandado

añade, *de usuris quoque cognoscere, et certam facere condemnationem.*

Podria haber tal vez alguna mayor dificultad en declarar la nulidad ó validez de la sentencia, por la que se declarasen solo algunos puntos de los controvertidos en el juicio, si se tratase de una demanda que se hubiese intentado acumulando dos acciones sobre cosas distintas, y de otra parte independientes; en cuyo caso nos parece podria entenderse reservado para otro juicio lo relativo á la accion sobre que no hubiese recaido fallo. Pero en todos los demás juicios creemos que seria nula la sentencia proferida sobre una parte de la demanda, ya por lo dispuesto en las leyes citadas, ya porque generalmente todos los estremos de una demanda tienen tan íntima correlacion, que lo declarado sobre uno de ellos afecta por necesidad á todos los demás.

Supóngase, empero, que el actor, despues de proferida la sentencia en los términos espresados, pide la ejecucion de ella, en la parte, que, por la misma, ha sido el reo condenado. En tal caso, deberia tenerse la demanda ejecutiva por una tácita acquiescencia, y quedando firme el fallo proferido, se entenderia el reo absuelto en todo aquello en que no hubiese sido espresamente condenado. Mas no deberia decirse otro tanto, si la sentencia parcial hubiese sido absolutoria, ni entenderse en lo demás tácitamente condenado el convenido, en la parte sobre que no hubiese recaido espresa absolucion: porque semejante presuncion seria de hecho mas violenta y de derecho inadmisible, atendido que las leyes, en caso de duda, presumen siempre lo mas favorable al reo.

Pero la nulidad de la sentencia parcial, en los casos que se ha dicho no ser esta válida, ¿deberia considerarse que lo es *ipso jure,* y aun cuando no se hubiese pedido que se declarase? Creemos que no, y que semejante sentencia seria válida y deberia, no siendo apelada, llevarse á ejecucion, si dentro el término que la ley prescribe, no se interponia de ella el correspondiente recurso de nulidad.

(238) Segun esta ley, pues, el demandador que hubiere pedido mas de lo que se le debia, en la cantidad ó en el número de las cosas que reclamaba, no deberá pagar triplicadas las costas causadas por la plus-peticion, como estaba dispuesto por el derecho comun; §§. 24 y 33. vers. *sed hæc quidem,* Inst. *de action.*: y así el derecho español difiere en esta parte de aquél, en el caso aquí propuesto, en el cual, segun nuestras leyes, no tiene lugar la pena del triplo. Y lo propio se infiere tambien de la l. 45 de este mismo tít., en la cual se impone dicha pena del triplo al que pide mas de lo debido, por razon del lugar ó por razon de la causa ó modo de pedir, y nada se dice del que pide mas, por razon de la cosa ó cantidad; lo que indica que no se quiso imponer á este la misma pena, porque, siendo así, se hubiera allí espresado: arg. cap. *ad audientiam* 12. *de decimis.* ¿Qué deberá decirse, empero, cuando el convenido niegue la deuda por mas de lo que despues resultare? En tal caso se procurará que queden reciprocamente compensadas las costas que, con aquel esceso, se hubieren ocasionado, segun Ant. de Butr. cap. 1. *de plus petitione,* arg. l. 24. D. *de dolo.*

(239) Concuerda la l. 1. C. *de plus pet.*, y nótese que por esta ley se requiere que haya habido dolo, así al crear ó exigir la obligacion, por mas de lo que se debe, como al poner demanda reclamando, además del verdadero crédito, el esceso con que se le haya recargado, y así lo declara Bart. sobre d. l. 1., cuya disposicion conviene tener presente contra los usureros, que hacen que sus deudores se obliguen por mayor cantidad de la que les han prestado.

(240) ¿Qué deberá decirse, empero, si al que nada debia se le hubiere arrancado dolosamente una promesa ú obligacion por alguna cantidad? Odofr. sobre d. l. 1. pretendia que tambien entónces tendria lugar lo dispuesto en esta ley; porque tambien se pide mas de lo debido, cuando se pone demanda contra el que nada debe l. 7. § 12. vers. minus, D. de tribut. act. Pero Alber. opina lo contrario, fundándose en que seria, en el caso propuesto, materialmente imposible hacer efectiva la pena de esta ley, porque, consistiendo aquella en privar de su verdadero crédito al que hubiese pedido mas de lo debido, claro es que no puede imponerse al que nada acreditare. Mas tendrá lugar asimismo dicha pena cuando se pidiere en especie mas de lo debido, como por ej., si yo te debiese un caballo, y tu me demandases pidiéndome dos, segun el propio Alber., y conforme se infiere del texto de esta ley que se espresa con las palabras inde-

pudiere prouar (242), e aueriguar el engaño, que el demandador pierda por ello, tambien la verdadera debda, como la que fue acrecida maliciosamente en la carta, o en el pleyto que fue fecho ante los testigos. E esto por dos razones. La una, por el engaño que fizo el demandador al demandado en el pleyto de la debda. La otra, porque seyendo sabidor que lo auia fecho maliciosamente, se atreuio a demandarlo en juyzio, cuydando avn engañar al Juez por aquella carta, o prueua que habia contra su debdor. Pero si el demandador, ante que entrasse en juyzio (243) se quisiesse quitar del engaño que auia fecho, e se touiesse por pagado de su debda verdadera, puedelo fazer, e non cae porende en pena ninguna. (244).

LEY 45. *Que mal vernia al demandador, por demandar su debda en lugar do non gela deuiessen pagar.*

Señalan vnos omes a otros algunas vegadas logares ciertos, o plazos, en que prometen de pagar, o de fazer alguna cosa. E despues acaesce que les fazen demanda sobrello en otro logar. E en tal razon como esta dezimos, que deue dechar el demandador al demandado tres tanto (245), como los daños, e los menoscabos, que el ouiesse fecho, por razon de aquella demanda que le fizo en logar que non deue. Esso mismo seria, quando el demandador fiziesse su demanda de otra manera que non debia. Assi como si le ouiesse a dar de dos cosas la vna, qual mas quisiesse el debdor, e el demandasse qual quisiesse, non faziendo mencion de la otra, assi como sobredicho es. Otrosi dezimos, que el demandador non deue ser oydo, quando fiziesse demanda en razon de debda, quel deuiessen, ante del plazo (246), a que gela deuen pagar. Mas el Judgador por pena deuel alongar el plazo otro tanto adelante, quanto la demando el ante del plazo (247) a que la deuiera demandar. E demas deuele fazer pechar las costas, e las missiones quel demandado fizo por esta razon.

finidas *por mas de lo que deuen*, porque la espresion de cantidad comprende tambien la de especie, l. 95. D. *de legat.* 3.

(241) Segun estas palabras, parece que la pena de esta ley no deberá aplicarse al convenido cuando se defienda con algun resguardo ó documento, que dolosamente haya conseguido del actor, porque de aquel no puede decirse que *aduze en juizio*, antes es *aduzido*; y las penas no se han de interpretar favorablemente, l. 42. D. *de pœn.* á mas de que siempre, por parte del actor, se reputa que hay mayor dolo que por la del convenido, l. 65. D. *de cond. indeb.* y v. la Glos. y los DD. sobre la l. 19. C. *de transact.*

(242) Segun la Glos. de d. l. únic., debia entenderse lo dicho aquí *si pudiere prouar el engaño*, si pudiere probarlo por medio de testigos; pero no si resultare probado por confesion del actor, ya fuese por habérsele deferido el juramento, ya por habérsele exijido respuestas personales. Mas si el demandado no quisiese aprovecharse de la confesion, sino que, á pesar de ella, ofreciese probar el dolo por medio de testigos, todavía entónces tendria lugar la pena de esta ley, segun Salic. y DD. allí.

(243) Esto es, antes de la contestacion del pleito.

(244) De donde se infiere que tampoco incurrirá en la pena del triplo de las costas ocasionadas, conforme se ha dicho ya en la nota 239.

(245) Concuerda el §. *sed hæc quidem.* Instit. *de act.*

(246) Esceptúase, no obstante, el fisco, el cual por razon de pública necesidad, puede accionar contra su deudor, antes de vencer el plazo, como se lee en la l. 1. C. de *condict. ex lege* y Bart. y Bald. allí. [Segun d. l. 1, si el deudor del Fisco se hallare insolvente, y tuviere, á su vez, créditos contra un tercero, puede el Fisco accionar contra este, antes de espirar el plazo de su obligacion, y exijirle el pago, hasta cubrir la deuda fiscal.] Cuando se pidiere el cumplimiento de una obligacion condicional, antes que la condicion se hubiere cumplido, tendrá igualmente lugar lo dispuesto en esta ley, como se ve en el cap. 1, de *plus pet.* y deberá esperarse á que la condicion se verifique, para saber el tiempo que se habrá de duplicar en pena de la plus-peticion segun Bart. sobre la l. *pecuniam* D. *si cert. petatur*, á pesar de que opinaba lo contrario Jas. sobre d. §. 33. *sed hæc quidem.*

(247) He aquí resuelta por esta ley, la cuestion tan agitada sobre cual sea el tiempo que deberá duplicarse en pena de la plus-peticion, si el que faltare desde que se haya propuesto la demanda, hasta cumplirse el plazo, ó todo el tiempo transcurrido desde que fué creada la obligacion. Y se apueba aquí la opinion adoptada por Bart. sobre la l. 6. C. de *jure fisc.* V. § 10. Instit. *de except.*-*Mas, ¿deberán tambien pagarse intereses, durante el plazo que se haya doblado, en pena de haber pedido antes de tiempo? No está esta duda resuelta por nuestra ley de Partida; y deberá, tal vez, estarse á lo dispuesto en la l. 1. C. de *plus petit.* por la que se impone al acreedor que pide antes de tiempo la misma pena de un doble plazo, pero sin poder exijir, durante él, intereses algunos (*nullam usuram in medio accipiens*): no pudiendo menos de observar aquí, que es muy estraño que, como dice el glosador, hubiese habido di-

LEY 46. *Que ningun ome non deue ser constreñido que faga su demanda, si non quisiere, fueras ende en cosas señaladas.*

Constreñido (248) non deue ser ningun ome, que faga demanda a otro, mas el de su voluntad la deue fazer si quisiere; fueras ende en cosas señaladas, quel puedan los Judgadores apremiar segund derecho, para fazerla. E la vna dellas es, quando alguno se va (249) alabando, e diziendo contra otro, que es su sieruo; o lo enfamando, diziendo del otro mal ante los omes. Ca en tales cosas como estas, o en otras semejantes dellas, aquel contra quien son dichas, puede yr al Juez del Logar (250), e pedir que constriña a aquel que las dixo, que le faga demanda sobrellas en juyzio, e que las prueue, o que se desdiga dellas,

versidad de opiniones y llegadose á formar cuestion, sobre cual era el tiempo que se habia doblar en pena de la plus-peticion, cuando tan espresamente lo determinaba d. l. 1.ª diciendo, *tantum ex pectet tempuo quantum ipse prævenire defirmitum solutioni diem conatus est.*, con cuyas palabras no podia haber duda en que debia doblarse el tiempo que faltaba para vencer el plazo al proponerse la demanda.

(248) Concuerda la l. unic. C. *ut nemo inv. ag.* Y sobre si en algun caso puede el juez obligar á proponer una acusacion, V. á Bart. sobre la l. 15. D. *de accus.* en donde opina por la afirmativa, si se tratare del crímen de homicidio. S. Tomas 2. 2. quest. 68. art. 1. dice que si se tratare de un crímen del cual pueda resultar perjuicio á la república, estará obligado á acusar, el que pueda probarlo tan suficientemente como corresponde al oficio de acusador, por ej. cuando alguno cometiere un pecado que redunde en perjuicio ó escándalo de la multitud; pero si el pecado cometido fuere tal que no redunde en daño de la multitud ó no pudiere probarse suficientemente, nadie por razon del mismo estará obligado á intentar la acusacion. Añád. sobre lo mismo la Glos. del cap. *qua propter* 2. q. 7. y del cap. 1. 4. quest. 5. y cap. *si quis per capillum* 22. q. 1. siendo de notar que segun Alber. sobre d. l. unic. ni aun el hijo puede ser obligado por el juez á acusar á los matadores de su padre.

(249) Concuerda la l. 5. C. *de ingen. et manum.* y véanse las aclaraciones con que la esplica Bald. sobre la l. 7. col. 2. C. *qui accus. non poss.* en donde dice que únicamente tendrá lugar lo dispuesto en la misma, cuando el disfamado estuviere en posesion de la existencia de su derecho; porque por la difamacion parece que se le perturba en su cuasi posesion: mas no siendo asi no podria obligarse al difamador á entablar su demanda. Hace tambien al caso lo que observa Bart. sobre la l. 1, §. 2. D. *uti poss.* á saber que si por las jactancias de alguno, que dice que el predio no es mio, no encuentro yo colonos ó aparceros que lo cultiven, puedo decir que se me perturba en la posesion, é intentar los remedios legales contra el perturbador. Parece, sin embargo que semejantes remedios competen por razon de cualesquiera jactancias, ya se refieran estas al estado de la persona ó á la misma cosa, y así podria decirse que habria perturbacion de posesion, aun cuando por razon de aquellas no dejasen de encontrarse colonos ó aparceros, y así lo opinan generalmente los D. D. Inoc. Abb. y demás sobre el cap. *conquerente, de offic. ord.* Bart. sobre la l. 18. D. de *accusat.* y Bald. sobre la autent. *ad hæc* col. 6. C. *de usur.* Juan de Imol. sobre la l. 5. §. 17. D. *de nov. op. nunt.* Paul. sobre la l. unic. C. *ut nem inv.* y así se observa en la práctica y lo confirma esta ley al usar las palabras: *ó en otras cosas semejantes*, porque el decir de alguno que retiene alguna cosa contra conciencia, ya es hablar de él bastante mal ó difamarle lo suficiente, para que pueda considerarsele comprendido en esta ley.

(250) No declara aquí la ley ante que juez deba ponerse semejante demanda, si ante el del difamado ó el del difamador; sobre lo que, por derecho comun, están divididas las opiniones. En una de las decisiones napolitanas. n.º 267, de las recopiladas por Mateo de Afflict. se dice haberse fallado que el que intenta el remedio de la l. *diffamari* [es la l. 5. C. *de ingen. et manum.*] se constituye, por el mismo hecho, actor, y así debe convenir al difamador ante el juez que lo sea de este y no ante el suyo propio. Y cita á Paul. y á Alex., quienes sobre la l. 15. D. *de in jus. voc.* dicen, que el escomulgado no puede intentar el remedio de d. l. *diffamari*, porque esto seria concederle la facultad de accionar voluntariamente, [siendo así que legalmente no puede comparecer en juicio, sino en calidad de demandado]. Pero Abb. sobre el cap. *si quis contra clericum, de for. comp.* notab. 1. sostiene la opinion contraria, diciendo que debe atenderse al oríjen natural de la causa y no al modo con que accidentalmente se promueve, l. 3. D. *de tut.* y lo mismo siente Alex. consil. 103. vol. 5. en donde motiva su opinion con abundancia de razones, aunque en apoyo de la opuesta sentencia lo haya citado d. Mateo de Afflict., mas no lo citó con exactitud; antes bien Alex opina formalmente, y da la razon de ello, que el difamado, debe intentar la demanda de jactancias ante su propio juez. Así lo siente tambien Socin. consil. 94. vol. 3. donde empieza *in causá vertente inter Joan. de Perpignano*, aunque concluye allí

o quel faga otra enmienda, qual el Judgador entendiere que sera guisada. E si por auentura (251) fuesse rebelde, que non quisiesse fazer su demanda, despues que el Judgador gelo mandasse, de-

el caso propuesto con la especie bastante singular, de que por lo dicho y en el caso en que el difamado tenga muchos fueros ó jueces donde poder ser convenido, el difamador, que es el actor orijinario, no queda privado de la facultad de elejir entre los jueces del reo el que mejor le acomode, y aun puede apartarse de aquél ante quien puso el difamado su demanda de jactancias: la propia opinion sigue Marian. Socin. cap. *cum sit generale* col. 2. versic. *primo igitur fallit*, *de Foro comp.* en donde cita á su maestro Franc. de Aret. que opinaba lo mismo; y esta es, en mi concepto la opinion mas verdadera y la mas comun; admirándome de la citada decis. napol., la que no podia haberse fundado en lo que dicen Paul. y Alex. sobre d. l. 15. por quedar esto desvanecido, por lo que observa el propio Alex. en d. consil. 103, y por la doctrina que trae tambien Bart. sobre d. l. 15., á saber, que el que pida el emplazamiento de alguno, aunque sea intentando el remedio de d. l. *diffamari*, es considerado como actor, para el efecto de incurrir en la pena de los que, no pudiendo accionar en juicio, entablan alguna demanda sin haber obtenido la venia; pero que, por lo que hace á todos los demás efectos, el que intenta dicho remedio es considerado como reo y no como actor; y en este sentido debe entenderse lo que antes se ha dicho del escomulgado, á quien no se concede el remedio de d. ley, y en esto se le considera como actor, mas no dicen allí los D. D. que deba tambien considerársele como tal, para los demás efectos: todo lo que puede decirse además que es lo mas conforme con el texto de nuestra ley, la que al espresar que el difamado *puede yr al Juez del logar*, da bien á entender que habla del juez del domicilio del difamado. —* Y esta es en efecto la opinion mas comun, confirmada en cierto modo, aunque no espresamente autorizada, por la letra de nuestra ley. Las demás razones, empero, que aquí se alegan no son tal vez las mas satisfactorias y concluyentes. El decir que el difamado debe poner la demanda de jactancia ante su propio juez y no ante el del difamador, porque no debe considerársele, en aquel caso, como actor, sino como reo, es dar por sentado lo mismo que se trata de probar; pues si las leyes tribuyesen espresamente el carácter de convenido al difamado, cuando pone su demanda de jactancias, claro es que estaria ya resuelta la cuestion, y no podria haber ni habria duda sobre cual sea el juez competente para conocer de aquella. El añadir que, para calificar un juicio, ó para deslindar el carácter que respectivamente representan en él los litigantes, debe atenderse al oríjen natural del mismo, y no al modo con que accidentalmente se promueve, es suponer que el juicio de jactancias, no es un verdadero juicio, sino una mera preparacion del que, con el mismo, trata de provocarse, ó en otros términos un incidente del juicio principal á cuya promocion se trata de obligar al difamador; y esto, á nuestro modo de ver, no es exacto: El juicio de jactancias es un verdadero juicio, distinto é independiente del que con él se trata de provocar. En él hay demanda, contestacion, discusion formal sobre puntos de hecho ó de derecho, hay prueba en su caso, y sentencia definitiva, en que no solo se manda al difamador que entable en juicio su demanda, deduciendo en él el derecho de que se ha jactado, ó acusando al difamado del delito que públicamente le ha imputado, sino tambien se le declara su derecho dependiente de una condicion que antes no tenia, se le apercibe de perder su derecho, si no cumple con lo mandado y se le priva de él para un caso eventual, esto es, el de falta de cumplimiento de lo que en el mismo fallo se le previene. Todos estos son verdaderos actos de jurisdiccion que afectan directamente á la persona del difamador, y que dudamos mucho, discurriendo por principios, que pueda ejercerlos ningun otro juez, que el que lo sea de la persona sobre quien recaen. Y en este sentido podria sostenerse que la demanda de jactancias debe entablarse ante el juez del difamador y considerar á este como convenido. Pero puede observarse tambien, en apoyo de la comun opinion, que el fallo dado en un juicio de jactancias en nada absolutamente prejuzga los derechos del difamador, en cuanto le previene á este que entable su demanda; y en cuanto le apercibe de perder su derecho, no deduciéndolo en juicio, dentro el término que al efecto se le señala, únicamente puede causarle perjuicio en un caso que depende puramente de su voluntad; y así considerado, no parece haya inconveniente en que la demanda de jactancias se ponga ante el juez del difamado. De todos modos, empero, es forzoso convenir en que es este un punto muy dudoso; y no habiendo, como no hay razon alguna de mayor utilidad ó conveniencia, para resolverlo en uno ú otro sentido, solo seria de desear que la ley lo hubiese espresamente definido, precaviendo así las reñidas cuestiones y embarazosas competencias que por este motivo y con harta frecuencia se promueven.

(251) ¿Bastará, empero, que se le haya mandado una sola vez? la Glos. de la authent. *de hæred. et falc.* §. *si quis autem non impleus*, en la

zimos, que deue dar por quito (252) al otro para siempre; de manera, que aquel nin otro por el, non le pueda fazer demanda sobre tal razon como esta. E avn dezimos, que si dende adelante se tornasse a dezir del, aquel mal que ante auia dicho, que el Judgador gelo deue escarmentar; de manera, que otro ninguno non se atreua a enfamar, nin a dezir mal de los omes (*r*) tortizeramente.

LEY 46. *Como los Judgadores pueden apremiar a algunos omes, que fagan sus demandas, contra aquellos que quieren ir en sus caminos.*

Asechan (253) los omes vnos a otros maliciosamente, por embidia, o por malquerencia que han contra ellos. E esto fazen contra los mercadores, e contra los otros omes, que han a fazer sus viajes por mar, o por tierra. Ca luego que saben que tienen sus mercaderias, e sus cosas aparejadas para yrse, mueuen demandas escatimosamente contra ellos ante los Judgadores, para estouarles que se non puedan yr de la tierra, en la sazon que deuian. Onde dezimos, que los Judgadores non deuen sofrir tal escatima, nin tal engaño como este, quando lo sopieren. E para refrenarlos de esta maldad, mandamos, que el mercador, o otro qualquier que se temiere desto, pueda pedir al Juez, que apremie a aquel que le esta asechando, quel faga luego su demanda, e que la non aluengue, fasta en la sazon que se quiere yr. E el Juez deuelo fazer. Ca si estonce el demandador non quisiesse su demanda mouer, non deue despues ser oydo, fasta que el demandado torne de su viaje (254).

TITULO III.

DE LOS DEMANDADOS, E DE LAS COSAS QUE DEUEN CATAR.

Demandado es aquel, a quien fazen en juyzio alguna de las demandas, que diximos en el Titulo ante deste. E porende, pues que mostramos las cosas que el demandador deue catar, ante que comience de fazer su demanda en juyzio; conuiene que fablemos agora del demandado. E que mostremos otrosi, que cosas es tenudo de catar para guardarse de yerro, e para ampararse de las demandas, quel quisieren fazer. Onde dezimos, que aquellas cosas que de suso mostramos,

(*r*) concejeramiente. Esc. 1.

palabra *admonitus*, pretende que son necesarios dos requirimientos para que pueda privarse al requirido de su derecho, y de la misma opinion es Ang. allí, infiriéndola de unas palabras semejantes á las de esta ley: y tambien Ang. Aret. en su tratado *maleficiorum*, parte *nec non ad quœrelam* col. 15. y en la rubr. *de except.* Instit. col. 19. Opónese, empero, á lo dicho el cap. *licet, de accusat.* bien que Marian. le ha dado solucion observando que en él se habla del caso en que el difamador, siendo requerido, hubiese manifestado que no queria poner su acusacion ó demanda, y entónces claro es que no es necesario el segundo requirimiento. Esto no obstante Ludov. Rom. sobre la l. 69. D. de *adquir. hœred.* impugna la opinion de Ang. con fuertes razones. V. Felin. cap. *ex litter.* col. 7. *de constit.* Pero lo mas seguro en la práctica será atenerse á la opinion de Ang. *—Tal vez sea aplicable al caso de que aquí se trata lo dispuesto en la l. 2. tít. 15. lib. 11. Nov. Recop. espresamente mandada observar por el art.º 48 del reglam. prov. para la admin. de justicia, sobre no deber acusarse mas que una sola rebeldía, para poder proceder contra el contumaz por via de apremio; y entónces deberá decirse que, no proponiendo el difamador su demanda dentro el término que el juez le haya señalado en la providencia dada en méritos de juicio de jactancias, deberá sin necesidad de nueva providencia absolverse al difamado é imponerse al difamador silencio perpetuo en la cuestion que haya sido objeto de las jactancias.

(252) Deberá, pues, procurar el abogado del difamado que se profiera sentencia en los términos que dispone aquí la ley; porque de otra manera, podria accionarse contra aquél, aun despues de espirado el termino, segun observa Inoc. cap. *cum in tua, qui matrim. accus. poss.* y Ang. *tratado de malef.* en la parte *necnon ad quœrelam* col. 15. Ang. é Imol. sobre la l. 69. *de adquir. hœred.* Y si el juez al prefijar al difamador el termino para poner su demanda, le aperciбiese de que, no haciéndolo dentro de él, no seria despues oido, en tal caso opina Ang. sobre d. rubr. *de except.* col. 19. que no será necesario requerirle por segunda vez, para declarar caducado su derecho; lo que califica de notable. Mas, en la práctica, aconsejo que se observe lo dispuesto en esta ley, pudiendo añadirse á Ang. ya citado á Felin sobre el cap. *venerabilis, de jud.* col. 4., sobre lo que V. una especie orijinal en Salic. sobre la d. 7. C. *qui accus. non poss.*

(253) Añád. lo que observan la Glos. y los DD. sobre la l. unic. C. *ut nem. inv.*

(254) En este caso, pues, se le impone silencio temporal, y no perpetuo, como en el de la

que el demandador deue catar, ante que comience su demanda; que essas mismas cosas deue catar el demandado, (1) ante que responda a ella. Ca bien assi como el demandador deue saber, quien es aquel, aquien quiere fazer su demanda. Otrosi el demandado ha de ser sabidor, en conocer la persona, de aquel que gela quiere fazer. Otrosi ha de catar, que cosa es aquella quel demandan. E ante quien. E en qual tiempo. E otrosi, que recabdo tiene, (2) con que se ampare de lo quel demandan. E sobre todo ha de meter mientes, en que manera le fazen la demanda, porque sepa mejor responder á ella, o póner defension ante si, para escusarse de como non es tenudo de responder, lo quel demandan.

LEY 1. *Que el Demandado deue catar, quien es el quel fazé la demanda, ante que responda a ella.*

Quien es aquel que faze la demanda, es cosa que deue mucho catar el demandado, ante que responda a ella en juyzio. E porende deue primeramente preguntar al demandador, si le quiere demandar por si mismo, o en nome de otro. E si dixere, que lo quiere fazer por otro, non es tenudo de responderle (3), a menos de le mostrar carta de personeria, que sea valedera (4) o de le dar segurança, que lo aura por firme aquel en cuyo nome lo demanda; assi como mandan las leyes deste libro, en el titulo que fabla de los

l. antecedente, á pesar de opinar lo contrario Salic. sobre d. l. unic., bien que lo opina hablando de entrambos casos á la vez.

(1) —*La obligacion que en la nota 1.ª del tít. anterior, hemos dicho tener el demandante de preparar su demanda con el previo juicio de conciliacion, no está espresamente definido si deberá tambien entenderse con el demandado, cuando tratare de oponerse á la demanda por via de reconvencion; de suerte que no pueda oponerla, sino la hubiere previamente deducido en el juicio de paz, y que, no habiéndolo hecho, pueda el actor repeler la reconvencion hasta que, respecto de ella, se haya cumplido aquel requisito. Las mismas razones obran en este caso relativamente al convenido, que relativamente al actor por lo que hace á su demanda: y como, de otra parte, la reconvencion sea una verdadera demanda, infiérese de aquí que, á tenor de los art.s 21. y 47. del reglam. prov. deberá tambien prepararse con previa conciliacion y solamente así podrá ser admitida: siendo aplicable á este caso todo cuanto hemos dicho en la citada nota 1.ª en órden al modo de celebrar el juicio de paz y á las facultades que la ley concede á los alcaldes para llevar á ejecucion sus providencias conciliatorias, cuando las partes se hayan aquietado á ellas.

Unicamente debemos advertir aquí que, relativamente á las espresadas facultades, de los alcaldes y al modo de proceder á la ejecucion de sus providencias, por el reglamento de los juzgados de 1.ª instancia, que acaba de publicarse, han quedado resueltas algunas de las cuestiones y declaradas varias dudas de las que ofrecia el art.º 24 del reglam. prov. para la admin. de just. y que en d. not. 1.ª habiamos tratado de dilucidar. Así, por el art.º 104 del citado reglamento para los juzgados de 1.ª instancia se declara que contra la ejecucion de las providencias conciliatorias consentidas por las partes puedan admitirse tercerías, y que cuando se hayan opuesto, deba el alcalde remitir el espediente al juez de 1.ª instancia; así como tambien, siempre que se suscite otra cuestion agena de la convenida sean necesarios conocimientos de derecho para su ejecucion; cuya última parte creemos que producirá necesariamente nuevas cuestiones y embarazos; ó hará que jamás pueda el juez de paz ejecutar de plano su providencia, menos cuando no hubiere contradiccion, en cuyo caso tampoco habrá necesidad de su ministerio.

(2) —* Así como el actor debe presentar con el escrito de demanda todas las escrituras con que intente probar su accion, so pena de no serle despues admitidas, sino prestando el juramento de nueva noticia ll. 1.ª y 4.ª tít. 3. lib. 11. Nov. Recop. V. not. 218 del tít. anterior; así tambien el demandado, bajo la misma pena, debe presentar con su escrito de contestacion todas aquellas, con que intente probar sus escepciones. ll. 1.ª y 3.ª tít. 7. lib. 11. Nov. Recop. siendo aplicable respectivamente á este último, todo cuanto dejamos dicho, al hablar del demandante en d. nota 218.

(3) Nótense estas palabras, *non es tenudo de responder*; porque si el reo contestase la demanda á pesar de no haberse exhibido los poderes, seria válido el juicio, mientras, despues de contestada la demanda, no opusiese aquél el defecto de ellos, pues si así lo hiciese tendria el procurador demandante obligacion de producirlos, y, no haciéndolo, el juicio seria nulo, segun claramente se infiere de la l. 24 y lo anotado allí C. *de procurat.* y V. la l. 40. §. 3. D. del mismo tít. la Glos. del cap. 1. en la palabra *absentis*, *de elect.* in. 6. y lo que advierte Specul. tít. *de procurat.* §. 1. col. 9. vers. *sed quid si receptum.*

(4) —*Por la l. 3. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop. está prevenido, que los que comparecen en juicio como procuradores ó en nombre de otro, no solamente hayan de presentar los po-

Personeros. Otrosi deue catar, si aquel que comiença la demanda, si la faze en nome de huerfanos: ca nol deue responder, a menos que le muestre recabdo, de como aquellos huerfanos (5), por quien la faze, le fueron dados en guarda. E aquel recabdo que mostrare, deuelo fazer meter en escrito (6), de manera que non pueda ser negada la personeria. E desta guisa lo que fuere fecho en el Pleyto, sera valedero por siempre. E si por auentura el que faze la demanda, dize que la faze por si, e non por otro, deue catar el demandado, si el demandador es tal ome que pueda estar con el en juyzio: ca si tal non fuesse, non seria tenudo de responderle a su demanda. E esto seria (7), como si el demandador fuesse menor de veinte cinco años, e fiziesse la demanda sin su Tutor, o Curador; o si fuesse sieruo, o otra persona daquellas que diximos en el titulo de los Demandadores, que non han poder por si mismos de estar en juyzio.

LEY 2. *Que deue catar el Demandado, quando el demandador le pidiere en juyzio alguna cosa por suya.*

Pidiendo el demandador en juyzio alguna cosa por suya, deue catar el demandado a quien la pide, que non entre en pleyto sobre ella, si la non touiere Ca si respondiesse (8) que la tenia,

deres, sino que hayan de presentarlos firmados por letrado, con nota de ser bastantes ó arreglados á derecho; siendo el abogado, que los bastantea, responsable de todas las costas y perjuicios que se irroguen á las partes, si se declararen nulos los procedimientos por algun defecto del poder bastanteado. Esta recomendable disposicion no fué espresamente recordada por el reglam. prov. que recordó otras varias de utilidad menos conocida; y á pesar de que estaba generalmente mandada observar por d. reglam., como todas las demás de las leyes recopiladas, no se cumplia con mucha escrupulosidad, sobre todo en algunos juzgados inferiores, lo que no deberá tener lugar en adelante, despues de publicado el reglamento para los juzgados de 1ª. instª. en cuyo artº. 64 se prohibe espresamente hacer uso de poderes en juicio, sin que estén bastanteados por letrado.

(5) Añádase Specul. tít. *de actore* col. 23. vers. *item tutor et curator* y vers. *si autem*, en donde trata tambien la cuestion de si el prelado deberá exhibir las letras de su eleccion. Y está tambien obligado el tutor á exhibir el inventario de los bienes del pupilo, por lo mismo que sin formalizarlo no se le permite entrar en la administracion l. últ. C. *arbitr. tut.* y l. 7. princ. D. *de admin. et peric. tut.* mas no deberá hacer exhibicion de todo el inventario, con lo que se divulgarian inútilmente los negocios y secretos del pupilo, sino una copia ó testimonio fehaciente de haberse aquél formalizado, sin que deba continuarse en él la descripcion de todas las cosas inventariadas, segun advierten Bart. Alber. y Bald. sobre la l. últ. C. *de alim. pupil. præst.* —* En la práctica no solamente no se exije la exhibicion del testimonio ó copia del inventario, para que el tutor pueda representar debidamente en juicio la persona del pupilo, pero ni aun para entrar en la administracion de la tutela, se le obliga á hacer constar previamente haber cumplido con aquella formalidad de la toma de inventario. El tutor que, descuidando este requisito, haya administrado los bienes del pupilo, será responsable por ello ante la ley, é incurrirá en las penas que aquella señala por semejante omision; d. l. últ. C. *arb. tut.* l. 15. tít. 16. Part. 6.: mas, para el efecto de accionar en juicio en nombre y representacion del pupilo, se considera bastante legitimada su personalidad, mientras justifique habérsele discernido el cargo.

(6) Paraque se una original al proceso ó se inserte por copia, como se dice aquí; pues lo que se continua en los autos por concuerda hace tanta fe, como si se uniera á ellos original, segun se infiere de lo dicho aquí y lo advierten Bart. Bald. y demás DD. en la authent. *si quis in aliquo C. de edend.*

(7) V. l. 11. del tít. próximo antecedente y á Specul. tít. *de actor.* col. 1. 2. 3. y 4. en donde propone sobre esta materia varias cuestiones.

(8) No bastaria, pues, que el demandado aceptase el pleito y callase simplemente sobre la posesion, pues, por el mero hecho de comparecer en juicio, nadie se entiende asumirse la defensa y aceptar las resultas del pleito, segun la l. 9. §. 2. D. *de excep. rei judic.* Alb. y Ang. á la l. 25. D. *de rei vind.* y Bart. allí: antes bien, será necesario que conteste ó diga el demandado que él posee, para que se le pueda condenar, en virtud de esta ley, á pagar la estimacion de la cosa. Pero siempre se podrá declarar que esta pertenece al actor [y adjudicársela, pues que ha probado su dominio, aunque sin condenar al convenido á restituir la cosa ni á pagar la estimacion, por cuanto ni de hecho la posee ni ha confesado poseerla.] —*En estos términos hemos creido deber traducir y esplanar este pasaje en el que el glosador, se espresa con las siguientes palabras: *pronuntiare tamen poterit rem pertinere ad actorem ut habetur in dicto* §. 2. l. 9. D. *de except. rei judic.* cuya cláusula no hemos podido interpretar de otra manera, atendida su construccion, y la cita con que concluye de d. §. 2., el cual ninguna relacion, tiene con lo que aquí se dice en el sentido en que lo hemos traducido,

non seyendo tenedor della; e el que la demanda, teniendo que era verdad, fuesse adelante por el pleyto (9), e prouasse que la cosa que demandaua, que era suya; tenudo seria estonce el demandado, de pechar tanto al demandador, quanto jurasse (10) que valia aquello de quel venciera. E esto seria, porque se non supo guardar, de dezir mentira a su daño. E el apreciamiento deste atal deue ser asmado por el Judgador, ante que la jura tome: mas si por auentura el demandador sopiesse ciertamente, que el demandado respondiesse mentira (11), razonandose por tenedor, de la cosa que non tenia, maguer despues prouasse aquello, que le demandaua, que era suyo; si el demandado se quisiesse arrepentir de lo que auia conoscido, diziendo despues, ante que el juyzio afinado diessen sobre aquel pleyto, que non era tenedor de la cosa, estonce quando otorgo que la tenia, nin lo es aun quando lo dice (12); deuel ser cabido, e non se deue aprouechar el demandador, de lo que auia probado, porque maliciosamente anduvo en el pleyto, e el mismo se engaño, pues que sabia de cierto, que el demandado non era tenedor de la cosa que conociera.

LEY 3. *En que pena cae el Demandado, que niega en juyzio la tenencia de la cosa, de que es tenedor.*

Negando (13) el demandado alguna cosa en juyzio, que otro le demandasse por suya, dizien-

y por lo mismo deberá resultar aquél texto equivocadamente citado; á menos que, por error de imprenta, se haya puesto *actorem*, en lugar de *auctorem*, en cuyo caso podria tener tal vez analogía con el §. citado; bien que tampoco entonces seria fácil atinar con el verdadero y cabal sentido, á mas de que, en tres diferentes ediciones que hemos consultado, se lee *actorem* y no *auctorem*.

(9) Porque antes de contestado el pleito, podria aun el demandado arrepentirse y retractarse de la confesion, por ser hecha en la preparacion del juicio como se ve por d. l. 25. D. *de rei vind.* á menos que con esto se perjudicase al derecho del actor [como sucederia, por ej., si este, creyendo que el convenido, pues que lo confesaba, poseia efectivamente la cosa reclamada, hubiese dejado de dirijirse contra otro que fuese verdadero poseedor, y entretanto la cosa hubiese perecido, ó en otra manera se hubiese imposibilitado la restitucion de la misma; en cuyo caso procederia indudablemente lo que aquí dice el glosador, de no permitirse al convenido retractar su confesion, aunque hecha antes de contestado el pleito, sino que estaria obligado á las resultas del juicio lo mismo que si en realidad poseyese.] V. Glos. de la l. 11. §. 12. D. *de interrog. in jure fac.* De todos modos, empero, sufriria el convenido la condena de costas; esto es, de las ocasionadas por su confesion, aunque se le permitiese retractarla.

(10) Nótese esta ley, por la cual parece derogada la disposicion del derecho comun que condenaba al demandado, no á pagar la estimacion de la cosa, como aquí, sino á resarcir al actor únicamente los daños y perjuicios que le resultasen de habérsele engañado, como se ve en la l. 45. D. *de pet. hæred.* y lo opina Ang. á la l. 25. D. *de rei vind.* Mas, aun por derecho comun, no estaba esto fuera de cuestion, y podia pretenderse dispuesto lo mismo que por nuestra ley, segun la Glos. de la l. 25. D. *de rei vind.*, en donde Alb. dice que efectivamente está dispuesto lo mismo, pero únicamente para el caso de intentarse la reivindicacion; con lo que intenta al parecer dar solucion á la contraria especie de d. l. 45. Especul., á quien puede verse tít. *de interrog.* §. *nunc de interrog. effect.* habia tambien observado la contradiccion que resulta de las dos ll. espresadas, y opina que á tenor de las mismas el actor podrá pedir los perjuicios que con la falsa confesion se le hayan irrogado, ó bien la estimacion de la cosa que resulte de su juramento. Mas, sea lo que fuere de lo que dispone el derecho comun, nótese bien esta nuestra ley de Partida, que declara este punto, conforme á la opinion de la Glosa de d. l. 25. mandando que el convenido que hubiere confesado falsamente la posesion de la cosa, sea condenado á pagar el precio ó estimacion de la misma, debiendo esta regularse por el juramento *in litem* del actor.

(11) Sobre lo qué incumbirá hacer la prueba al convenido, como lo previene d. l. 45. D. *de pet. hæred.* y lo opinan Alb. y Ang. sobre d. l. 25. *de rei vind.* pues siempre se presumirá mas bien que el actor lo ignoraba, que no que lo sabia.

(12) Porque seria condenado á restituir la cosa, aunque al contestar la demanda no la hubiese poseido, si posteriormente hubiese adquirido la posesion, l. 27. §. 1. D. *de rei vind.*

(13) Esto es, negándolo falsamente, como se dice mas abajo, y por consiguiente con dolo; pues si lo negase por ignorancia, no incurriria en la pena de esta ley: Glos. Bart. y los DD. á la l. últ. D. *de rei vind.*, de la cual ha sido copiada la presente, y Ludov. Rom. consil. 70. *duda tercera*, en donde, en confirmacion de lo dicho, cita muy oportunamente el texto del cap. *vasallus si feudum.; si de feudo fuerit controv. inter dom. et*

do que non era (14) tenedor della; si despues desto le fuesse prouado (15) que la tenia, deue entregar al demandador de la tenencia (16) de aquella cosa (17), maguer el que la pide, non prouasse que era suya. Pero si el demandado, despues que le ouiesse entregado de la tenencia de la cosa, quisiesse demandar el señorio della, razonando que es suya, bien lo puede fazer: e si prouare que lo es, deuegela entregar, e si non, deue fincar al otro, a quien fue entregada: e porende se deue mucho guardar el demandado, de non dezir mentira (18) en juyzio. Otrosi dezi-

agn. Y si el convenido hubiese negado la posesion por culpa lata, seria lo mismo que si la hubiese negado con dolo. Bald. á d. cap. *vasallus*, y Alex. consil. 35. vol. 5.

(14) Entiéndase si lo dijese, siendo preguntado por el juez, no por la parte. Glos. 1. de la l. últ. D. *de rei vind.* y Ang. allí.

(15) Podria, empero, arrepentirse antes de hacerse y publicarse las pruebas, y confesar la posesion que antes habia negado, con lo que se libraria de la pena de esta ley, Glos. de d. l. últ. y Ang. allí, y Ludov. Rom. d. consil. 70. *duda* 3.; y lo mismo deberia decirse siempre que la falsedad del convenido, al negar la posesion, se hubiese justificado por confesion dél mismo, por juramento que el actor le hubiese deferido ó por otra especie de prueba, que no hubiese sido gravoso al actor el ministrarla: l. 30. D. *de jure jur.* Glos. de d. l. últ. y Alb. allí ó tambien cuando el demandanté hubiese cometido alguna inexactitud al designar la cosa reclamada, en cuyo caso seria escusable el que el demandado negase poseerla, l. 27. D. *de condit. et demonst.* en donde advierte Bald. en el cap. *qualiter domin. propriet. feud. privetur.* que para imponer penas, es necesario que haya plenísima prueba. Alex. consil. 35. vol. 5.

(16) En pena de la falsedad en que ha incurrido, ó tambien porque se presume que abandona la posesion, por temor de la demanda, el que niega estar en ella, siendo convenido, segun Bart. sobre d. l. últ. D. *de rei vindicat.*

(17) Entiéndase que podrá hacerlo el juez de oficio y en fuerza de la misma demanda, segun Bart. y Alber. sobre d. l. últ. D. *de rei vind.* y Ludovic. Roman. d. consil. 70. *duda* 3, ó bien podrá el actor pedirlo accionando en fuerza de lo dispuesto en esta ley. *(ex conditione huyus legis.)* Mas como entrambos remedios requieran algun intervalo de tiempo, advierte Ang. sobre d. l. últ. que, habiéndole ocurrido varias veces el caso aquí propuesto, lo ha practicado de otra manera: esto es, que negada por el reo la posesion, pida el actor al juez que le dé licencia para entrar en dicha posesion de la cosa pedida, como á vacante, ó abandonada por el reo, sin perjuicio, empero, del derecho de tercero; á lo que no puede oponerse el demandado, no teniendo interés en ello, por lo mismo que ha afirmado no estar en posesion; cuya práctica parece autorizada por la ley 20. §. 1. D. *de interrog. in jur. fac.* y la mas equitativa, siempre que no conste hallarse un tercero en posesion de la cosa.—*Y en estos términos se aplicaria tal vez, en la práctica, la pena que señala esta ley, contra el convenido, que negare falsamente la posesion; esto es, no como una pena, sino como una consecuencia legal del abandono de posesion.

(18) Lo dispuesto en esta ley, segun se infiere de la misma, y en opinion de Alber. sobre d. l. últ. deberá hacerse estensivo al caso en que se haya entablado cualquiera de las acciones reales, [aunque el texto solo habla espresamente de la vindicativa, con aquellas palabras: *negando el demandado alguna cosa que otro le demandase por suya*] y tambien á la peticion de herencia segun la Glos. y Ang. allí. Y lo propio tendria lugar si, al tiempo de la ejecucion, hubiese el convenido dejado de estar en posesion, por haberla, transferido á otro, Alber. allí mismo, y tambien aun cuando se tratare de cosas espirituales, ó cuando el demandado fuese un mero detentador, ó bien un enfitéuta, ó feudatario que hubiese negado la posesion ó detentacion, Alber. y Ang. en el lugar citado: v. Specul. tít. *de locat.* § *nunc aliqua* vers. 65. Obsérvese tambien que, segun lo dispuesto en esta ley, no podrá el convenido oponer la escepcion de dominio, aun que ofrezca probarla incontinenti, sino que deberá dimitir la posesion que hubiese negado, Bart. Bald. y Ang. allí contra la Glos.: y lo mismo tendrá lugar aunque haya confesado poseer, pero diciendo falsamente que poseia por título de compra (*pro emptore*), si probare el actor que ha faltado en esto á la verdad, Bart. sobre d. l. últ., Bald. sobre la l. 11. col. últ. C. *de petit. hæred.*, ó si hubiese designado falsamente á un tercero, diciendo que poseia en su nombre, ó si hubiere dicho poseer en nombre de una persona mas poderosa, poseyendo en realidad en nombre de alguna que no lo es. V. Alber. sobre la l. 2. C. *ubi in rem actio*, col. 5, y Ang. sobre d. l. últ., y Abb. al cap. últ. §. últ. col. 20. *ut lite non contestata*, y lo propio deberá decirse del poseedor de una herencia que haya vendido las cosas hereditarias, y niegue estar en posesion, al entablarse contra él la peticion de herencia, Bald. sobre d. l. 11. col. últ. V. Glos. y Ang. sobre d. l. últ., y acerca lo que deberá practicarse, cuando, negando el convenido la posesion de las cosas reclamadas, resultare que efectivamente no las posee todas, y en consecuencia, que solo en parte ha negado falsa-

mos, que deue poner guarda, si la cosa quel demandaren en juyzio, es mueble, o sil demandan la tenencia, e el señorio, todo en uno, o el señorio tan solamente, o sil piden debda, o enmienda de daño, o de tuerto, o de deshonrra, que ouiesse fecha; que se faga fazer la demanda sobre aquella cosa ciertamente, porque sepa si se puede amparar, e yr adelante por el pleyto, o non. Ca en cada vna destas cosas, quel demandassen, deue ser apercibido de catar, todas aquellas razones, que de suso diximos, que fueren a su pro; assi como el demandador las deue catar, por aprouecharse dellas, en razon de su demanda.

LEY 4. *Que el Demandado non es tenudo de responder en juyzio, si non ante su Alcalde, fueras ende en cosas señaladas.*

Responder non deue el demandado en juyzio ante otro Alcalde, si non ante aquel que es puesto para judgar la tierra, do el mora cotidianamente. (19) Fueras ende en aquellas cosas que de suso diximos, en las leyes que fablan del demandador, en esta razon. Empero en todo pleyto es tenudo de responder delante del Rey, si fuere fallado (20) en su Corte. E non se puede escusar, diziendo que aquel pleyto nunca le fuera demandado delante de su Alcalde, nin por otra razon semejante della. E esto es, porque la Corte del Rey es Fuero comunal de todos, e non se puede ninguno escusar de estar á derecho. Pero si el demandado viniesse a ella, por acompañar a su Señor (21), a quien fuesse tenudo de aguardar, o si viniesse por mandado del, o por su Concejo, o para ser testigo en algund pleyto, sobre que fuere llamado, o viniesse y por seguir su alçada, o si le llamase el Rey, por alguna cosa que ouiesse de veer con el; non seria tenudo de lo fazer, sobre pleyto (22) que estonce le mouiessen, si el primeramente non tornasse a su casa. Mas como quier que se pueda escusar de non responder alli por esta razon, deue prometer al Rey, que fara derecho antel Juez de su fuero, sobre aquellas cosas que le quieren demandar en la Corte. Pero por cualquier destas maneras sobre dichas, que viniesse a la Corte el demandado, si estando y vendiere, o comprare, o fiziere otro pleyto qualquier, o faziendo y tuerto, o fuerza, o daño, o otro yerro, tenudo es de responder y por ello, si gelo demandaren. Otrosi dezimos, que si aquel que viniesse a la Corte del Rey por alguna de las razones de suso dichas, si quisiere y mouer demanda (23) en juyzio contra otro, e aquel a quien fiziere la demanda, demandare a el, que

mente, V. á Bald. sobre d. l. 11. hacia el fin.

(19) —*Concuerd. la l. 9. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec. vijente en esta parte, ó en cuanto establece el principio de que nadie pueda ser demandado sino ante el juez, de su fuero ó domicilio; pero derogada posteriormente, lo mismo que nuestra ley de Partida, en cuanto entrambas limitan, á continuacion, aquel principio, estableciendo ó autorizando los *casos de Corte*, de los que se hablará en las notas siguientes.

(20) Concuerd. la l. 2. §. 3. D. *de judic.*

(21) Esto lo dice la l. por via de ejemplo, debiendo entenderse lo mismo del que se encontrase en la corte, por otra causa probable, ó necesaria.

(22) Otra cosa seria si se le demandase por razon de un contrato otorgado en la misma corte, segun d. l. 2. §. 4. D. *de judic.*, y mas abajo en esta nuestra ley. Mas ¿deberá esto entenderse derogado en el dia por la l. 4. tít. 11. lib. 2. Orden. real, en cuanto por esta se establece, que el procurador de una ciudad ó villa, que ha venido á la corte por mandado del rey, pueda ser en ella capturado, ó encarcelado por sus deudas particulares, aunque no por las de la ciudad que representa? Digno es este punto de detenida reflexion, pues tal vez podria decirse, que dicha ley no deroga la de Part. y que debe únicamente observarse en aquellos casos, en que pueda procederse por otras razones á la referida captura, ó encarcelamiento, ó en que no tuviese dicho procurador el derecho de declinar la jurisdiccion, á pesar de no tener en la corte su domicilio; como sucederia, cuando hubiese renunciado á este privilejio: además podria tambien ocurrir el caso, en que, aun no habiendo renunciado á su propio fuero, pudiese ser convenido y capturado en la corte, como por ejemp. sino quisiese prometer, que contestaria á la demanda ante el juez de su domicilio. Así mismo podria entenderse, que la ley del Orden., aunque permite, en el caso propuesto, la captura, ó encarcelamiento del procurador por sus deudas particulares, pero no deroga la ley de Part.; antes bien debe entenderse sin perjuicio de la escepcion, que, á tenor de esta última, competeria al que, hallándose en la corte, fuese en ella demandado; de suerte que solo seria válido el procedimiento y la captura, que contra aquél se hubiese seguido y decretado, cuando no hubiese cuidado de oponer la espresada escepcion, segun opina Paul. de Castr. sobre la l. 2. §. 4. D. *de judic.*

(23) Entiéndase si quisiere entablar demanda

le faga derecho sobre otra cosa, ante que el juyzio afinado les den sobre el primero pleyto, que y es tenudo de responder a tal demanda como esta. Fueras ende, si la primera demanda fuesse fecha en razon de furto, o de daño, o de deshonrra, que el demandador y ouiesse rescebido. Ca seyendo mouida la primera demanda sobre alguna cosa destas sobre dichas, non le podrian (24) y fazer otra. E si gela fiziessen, non seria tenudo de responder a ella. E esto es, porque demanda emienda de tuerto, que rescibio en aquel logar.

LEY 5. *Sobre qual pleyto son tenudos los Demandados de responder antel Rey, maguer non les ouiessen primeramente demandado por su Fuero.*

Contiendas, e pleytos y ha, sin aquellos que auemos dicho en la ley ante desta, que son de tal natura, que segund Fuero de España (25), por razon dellos son tenudos los demandados de responder antel Rey, maguer non les demandassen primeramente por su fuero. E son estos (26):

nueva, ó en primera instancia; porque, si la entablase en méritos de una apelacion, no podria ser reconvenido, como he dicho antes, y así es de advertir, que en la instancia de apelacion [ni en la de súplica] no tiene lugar la reconvencion, lo que segun Ang. sobre d. l. 2. §. 3. D. *de judic.* debe entenderse, á menos que el juez de apelacion lo fuese del lugar, en donde tiene el apelante su domicilio. Lo contrario, sin embargo, opina Paul. allí; porque, aun en el caso propuesto, el juez de apelacion no es juez del apelante, sino limitada y esclusivamente para conocer de la apelacion; opinion que es tal vez la mas verdadera: — * y en el dia la única legal y admisible, por estar terminantemente prevenido, que las audiencias, ó tribunales de apelacion, no tienen jurisdiccion fuera de los casos espresamente esceptuados, mas que para conocer en segunda y tercera instancia de los negocios, de que han conocido en primera los jueces ordinarios ó inferiores, art. 36 y 58 del reglam. prov.; y aun, prescindiendo de esto, creemos que jamás habrá podido fundadamente sostenerse, que en segunda y tercera instancia fuese admisible la reconvencion, porque de esto se hubiera seguido el absurdo de haber sentencia que formase ejecutoria relativamente á la demanda, cuando hubiese sido fallada en dos, ó en tres instancias; y no relativamente á la reconvencion, que únicamente lo hubiera sido en dos, ó en una solamente.

(24) No tendrá, pues, lugar la reconvencion contra el que accionare por razon de injurias, ó de hurto, aunque por ellas intententase la accion meramente civil, segun Ang. sobre d. l. 2. §. 5. D. *de judic.*

(25) V. la l. 91. de *Estilo.*—*Por el art. 36 del reglam. prov. para la administracion de justicia quedaron completamente abolidos los casos de corte, no teniendo, por consiguiente, aplicacion en el dia lo que, relativamente á ellos, dispone esta ley y la anterior, ni las observaciones que sobre ellas hace Gregor. Lopez en las seis notas siguientes, y algunas de las que anteceden; debiendo, despues de publicado el reglam. conocer privativamente los jueces de primera instancia, de todas las demandas civiles y criminales, á escepcion de aquellas que están espresamente esceptuadas, y de las cuales deben conocer, aun en primera instancia, las audiencias ó tribunales superiores regla 2.ª art. 58 y reglas 2.ª 3.ª y 4.ª art. 90 del reglam. prov.

(26) Nótese esta ley que determina los casos de corte, y V. l. 23. tít. 9. Part. 2., y añád. l. 14. tít. 2. lib. 3. del Ordenam., en la cual se proponen algunos de estos casos, y aun se continuan otros no espresados aquí, como el de incendio de casa, pleito de viuda y crímen de traicion. Nótese tambien como *caso de Corte*, el en que se entable una demanda contra un *Adelantado* [*Præsidem* dice el Glosador debiendo entenderse que habla del Adelantado segun la l. 22 tít. 9. P. 2ª.] ú otro juez ordinario, ó contra un decurion ú otro oficial de alguna ciudad ó villa, en aquellos casos en que puede reconvenírseles durante su oficio, segun se lee en el Orden. de Medina fol. 2. vers. *Otrosi, porque* hácia el fin. [Y adviértase que si bien, por la regla 2.ª art. 58 del reglam. prov. para la admin. de justicia, aun despues de abolidos los *casos de corte* es privativo de las audiencias conocer, en primera instancia, de las causas que se formen contra los jueces inferiores, por culpas ó delitos relativos al ejercicio del ministerio judicial, pero no sucede así en todas las demás; pues de los pleitos civiles que se intenten contra dichos jueces, y de las causas criminales que contra ellos se formen por delitos comunes, deben conocer respectivamente el otro juez del mismo pueblo, si en él hubiese mas de uno, ó en su defecto, el del partido cuya capital esté mas inmediata, art. 46. del reglam. prov.] Tambien es *caso de Corte* el pleito intentado contra algun concejo ó universidad de ciudad ó villa, cabeza de partido, segun se dispone en la l. 37. de *Estilo.* En la l. 119 y sig. del mismo código se propone otro *caso de Corte*, otro en la l. 7. tít. 2. lib. 6 del Orden. Real. y otro en la l. 4. tít. 17. lib. 8. del Orden. Mas, ¿deberá tambien considerarse como tal el pleito sobre bienes amayorazgados, ó sobre va-

quebrantamiento de camino (27), o de tregua, riepto de muerte segura, muger forçada, ladron conoscido, o ome dado por encartado de algund Concejo, o por mandamiento de los Jueces, que

sallos ó castillos? Así parece deberia ser, segun cierto cap. de las Ordenanzas de la Audiencia del reino de Galicia que empieza: *Otrosi que si alguno*, [parece ser la l. 5 tít. 2 lib. 5. Nov. Recop. que disponia, con efecto, terminantemente lo que propone aquí el glosador como dudoso y cuestionable] pero mas bien creo que semejantes pleitos, si no concurre en ellos alguna otra razon, por la cual deban calificarse de *casos de Corte*, no podrian promoverse en primera instancia ante el tribunal superior, en cuyo sentido debe entenderse el cap. de las citadas ordenanzas. Y nótese que, por punto general, para considerarse un pleito como *caso de Corte* es necesario que no sea de poca entidad, sino de mucha [por la l. 5. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop. estaba mandado que no pudiesen ponerse demandas ante las audiencias por *caso de Corte*, á menos que su cuantía escediese de diez mil maravedis.] Véase otro *caso* en la l. 5. tít. 14. lib. 3. del Ord. Real. Mas, ¿deberá considerarse, para este efecto, como viuda, la que jamás haya sido casada? Segun la comun significacion de la palabra *viuda*, parece deberia estarse por la negativa, conforme á lo que observan Abb. y Felin. en el proemio de las Decretales: opino, sin embargo, lo contrario porque en lo favorable se tiene por viuda, á la que jamás ha tenido marido, l. 242. §. 3. D. *de verb. sing.*; aunque en materias odiosas y de estricta interpretacion, se llama tal únicamente á aquella, cuyo marido ha fallecido, segun Felin. cap. *significantibus*, *de offic. deleg.* y entiéndase lo dicho, de las viudas que viven honestamente l. 7. C. y Bald. y Salic. allí *de revoc. donat.* Felin d. cap. *significantibus*; y á lo que he dicho antes, relativamente á los pleitos que se promuevan contra algun juez ú otro oficial público, añád. Bart. á la l. 5. §. 7. D. *de nov. oper. nunc.* ¿Qué deberá, empero, decirse cuando un privilegiado proponga demanda, como *caso de Corte*, contra otro igualmente privilegiado, y este decline la jurisdiccion, pretendiendo ser convenido en su propio fuero? Parece deberá accederse á la peticion del reo, por ser este siempre mas favorecido por la ley, habiendo igualdad de privilegio; y aun el favor con que siempre es mirado el reo reduce aquella igualdad á desigualdad. Bald. sobre la l. 6 prin. *C. ad Trebell.* y lo confirma el que, cuando un escolar acciona contra otro escolar, deja de disfrutar el privilegio de la autent. *habita C. ne filius pro patre.* arg. l. 8. D. *de excus. tut.* Bald. á la l. 2. *D.* de privil. fisc. y siempre que concurren en una misma causa dos ó mas igualmente privilegiados, quedan los privilegios sin efecto y á todos se les reduce al derecho comun. Abb. al cap. *in præsent. de prob.* col. 12. Bald. sobre la autent *perpetua C. de sacros. eccles.* conforme á lo notado por el mismo sobre la autent. *habita.* col. 7. en donde concluye que un escolar convenido por una viuda ante el juez ordinario, no disfruta el privilegio de d. autent. porque si bien el reo es, por punto general, de mejor condicion, pero esto se entiende cuando él y el actor disfrutan del mismo especial privilegio; mas en dicho caso deberia favorecerse mas á la viuda por ser mas débil y de tal condicion que puede intimidarla cualquiera poder por subalterno que sea: por cuya razon tendria tambien aplicacion, aunque se tratase de una muger rica, lo dispuesto en la l. 1. C. *quando imp. int. pupill. et vid.* y d. l. del Ord. segun Juan Fabr. y Alber. allí añád. la glos. del cap. 1. *distint.* 87. y de lo dicho se sigue que, concurriendo una muger con un menor de edad, será mas preferente el privilegio de la viuda que el del menor, por las razones espresadas y lo dispuesto en la l. 9. D. *de stat. hom.* sobre la cual observa Bald. que, en igualdad de circunstancias, se consideran como mas privilegiados los monasterios de monjas, que los de religiosos, y se reputan por lugares mas piadosos y miserables. Lo contrario, empero, arguye la l. 12. D. de *minor.* en la que se dice ser mas preferente el privilegio de la menor edad, que el concedido á las mujeres por el S. C. Veleyano. Mas puede contestarse á esto que dicho privilegio del S. C. Veleyano es por su naturaleza odioso, como tambien lo observa Bald. allí. —*Creemos digno de notarse que la l. 9. D. *de stat hom.* citada aquí por el glosador, dice al parecer, lo contrario de lo que aquél pretende: *in multis juris nostri articulis, deterior est conditio fœminarum, quam masculorum*: á menos que se entienda hablarse en esta ley de la *condicion natural* de las mugeres, por razon de la cual se les hace *legalmente* y en sentido inverso de *mejor condicion*: y aun á esta interpretacion se resistiria la letra terminante del citado texto, el cual refiriéndose espresamente á materias ó puntos de derecho, *multis juris articulis*, dice que en ellos son las mugeres de peor condicion, é indica con esto que habla de la *condicion legal*; lo que advertimos, sin entender poner en cuestion la certeza del principio sentado aquí por el glosador, sino la oportunidad de la cita del texto que acabamos de transcribir.

(27) ¿Qué deberia decirse si fuese un señor de un castillo (*castellanus*) aquel á quien se tratase de convenir por alguno de los casos que espresa esta ley? Parece que tambien podria ponerse la demanda por *caso de Corte*: porque de otra manera no seria fácil el convenirle. V. la

han a judgar las tierras; o por sello del Rey, que alguno ouiesse falsado, o su moneda, o oro, o plata, o algund metal, o por razon de otro grand yerro de traycion, que quisiessen fazer al Rey, o al Reyno: o por pleyto que demandasse huerfano (28), o ome pobre (29), o muy cuytado (30), contra algund poderoso, de que non podiesse tambien alcançar derecho por el fuero de la tierra (31). Ca sobre qualquier destas razones, tenudo es el demandado, de responder ante el Rey; do quier que lo emplazassen. E non se podria escusar por ninguna razon, porque estos pleytos tañen al Rey principalmente por razon del Señorio. Otrosi, porque quando tales fechos como estos non fuessen escarmentados, tornarse ya ende en daño del Rey, e comunalmente de todo el Pueblo de la tierra.

LEY 6. *Como el Demandado deue catar, en que tiempo le quieren fazer la demanda, e las defensiones que puede auer contra ella.*

Apercebirse deue el demandado, ante que responda a la demanda quel quieren fazer, que cate el tiempo, en que gela facen. Ca si fuere dia feriado, non es tenudo de responder en el, sobre demanda que le fagan; fueras ende en aquellas cosas que diximos de suso, do fablamos de los dias feriados. E si por auentura fuesse tal dia en que deuiesse responder, deuese fazer dar en escrito, la demanda que quieren mouer contra el, e tomar plazo de tercero dia (32), en que se conseje, e vea todo el recabdo, que tiene por cartas, o por testigos, o por otro derecho, de que se pueda ayudar, contra aquello quel demandan.

LEY 7. *En que manera deue el Demandado responder a la demanda que le fazen.*

Catadas todas las cosas que de suso diximos, deue despues el demandado, responder á la demanda en esta manera: otorgando de llano lo que le demandan, si es cierto que verdaderamente lo deue. Ca si lo negasse, e le fuesse despues prouado, caeria porende en daño, e en verguença, pechando lo que le demandauan, e demas las costas (33), e las misiones, a aquel que venciesse la demanda. Mas quando otorgasse luego

glos. de la l. 2. D. *qui vatiod. cog.*

(28) Añád. lo que se lee en el salmo 9. vers. 17. *orphano tu eris adjutor*, y en el salmo 145. vers. 9. *pupillum et viduam suscipiet*: y sobre si deberá considerarse como huérfanos, tan solo á los que sean menores de catorce años, parece que los DD. se inclinan á la afirmativa, entendiendo únicamente con esta denominacion á los pupilos l. 1. C. *quand. Imper. int. pupil. et vid.* segun lo advierten Alber. allí y Juan de Plat. sobre la l. 4. C. *de fund. rei priv.* lib. 11. y lo mismo parece opinar Paul. de Castr. sobre d. rubr. C. *quand. Imper.* En la práctica de este reino, sin embargo, se considera como huérfano, para dicho efecto, al que no tiene padre, aunque sea mayor de catorce años, mientras no haya cumplido los veinte y cinco; y así se observa. Mas si se tratare de un asunto, en que tengan interés comun un huérfano menor de edad y otro mayor de los veinticinco ¿deberá en tal caso entenderse que este último, en razon del privilegio de que aquél disfruta, pueda demandar á su adversario por *caso de Corte*, fundándose en el interés comun que tienen entrambos en aquella causa? Parece que así deberá entenderse como en la l. 10. D. *quemad. servit. amitt.* Pero lo dicho únicamente tendrá lugar cuando la causa fuese individua, é indivisibles los intereses sobre que versare, segun advierte Felin. sobre el cap. 1. col. 2. *de præscript.* y añád. l. 1. D. *de quib. reb. ad eund. jud. eat.*

(29) Añád. d. l. del Orden. y con razon se ha de tener á los pobres alguna consideracion; porque *vox pauperis penetrat nubes, et non descendit donec audiatur*, Ecclesiast. cap. 35. vers. 21., y *quando pauper violentiam patitur á potente, etiamsi non est ausus vociferare, sed latenter lachrymatur, tacitus ejus clamor in excelso auditur*, Chrysost. homil. 2. *super Matheum.*

(30) V. l. 20. tít. 23. de esta Part.

(31) Añád. lo anotado por Abb. al cap. *Nicolao. de apellat.* y sobre si el juez eclesiástico puede conocer de las causas de personas miserables, V. Inoc. en el cap. *significantibus, de offic. delegat.*

(32) En el dia se concede el plazo de nueve dias como en la l. 1. tít. 3. lib. 3. Orden. R. — * Y así está terminantemente prevenido en la l. 1.ª tít. 6. lib. 11. Nov. Recop., la cual establece que deban contestarse las demandas dentro dicho término de nueve dias, contaderos desde el de la notificacion ó emplazamiento del convenido, so pena de ser este tenido por confeso, si no lo hiciere. La regla 2.ª art. 48 del reglam. prov. recomienda y prescribe muy especialmente la rigurosa observancia de la citada ley recopilada, añadiendo que el juez, bajo su mas estrecha responsabilidad, no pueda prorogar el término en ella concedido para contestar la demanda, sino por causa justa y verdadera que se esponga, y por el tiempo absolutamente necesario, que no puede pasar de otros nueve dias; sin necesidad de que se acuse mas de una rebeldía para declarar confeso al convenido.

(33)—* Concuerda la l. 4. tít. 19. lib. 11. Nov. Recop.

lo que deuia, el Judgador le deue mandar (34), que pague lo que conoscio, fasta diez dias (35), o a otro plazo mayor, segund entendiere que es guisado, en que lo pueda complir. E si por auentura entendiere, que la demanda quel fazen, non es verdadera, deuela negar de llano, diziendo, que non es assi como ellos ponen en su demanda, e que non les deue dar, nin fazer lo que piden. E despues que el demandado ha respondido en esta manera, a la demanda que le fazen, es començado el pleyto por demanda e por respuesta: a que dizen en latin (36) lis contestata, que quiere tanto dezir, como lid ferida de palabras.

(34) ¿Podrá interponerse apelacion de semejante mandamiento? Specul. tít. *de apellat*. §. *in quibus*, col. 1. está por la negativa y véase allí á Juan Andrés en sus adic. y á Bald. Ang. y Paul. sobre la l. 21. D. *de judic.* en donde limitan la opinion de Specul. diciendo que podrá apelarse, cuando se alegare que la confesion ha sido errónea. V. la Glos. del cap. 1. distinct. 87.

(35) Apruébase aquí la costumbre de que se habla en la Glos. de la l. 21. D. *de judic.* y adviértase que, segun Alber. Ang. y Paul. de Castro sobre d. l. 21. únicamente procede lo dispuesto en esta ley, cuando se haya confesado la deuda por el deudor, sin haberse intentado contra él formal demanda; porque si se hubiese esta intentado y el convenido confesase, se consideraria entónces contestado el pleito por la confesion, y necesariamente deberia proferirse sentencia, concediéndose el plazo de cuatro meses, que se da para la ejecucion de la cosa juzgada, á tenor de la l. 2. C. *de usur. rei judic.* Pero yo mas bien creeria que procede lo dispuesto aquí, aun en el caso de haberse hecho la confesion al contestar la demanda; y este parece ser el espíritu de nuestra ley, comparándola con la que precede, como quiera que dispusiese otra cosa el derecho comun, porque la misma razon milita, ya se haya hecho la confesion despues de intentada la demanda, ó antes de intentarse; [y aun con mayor motivo en el primer caso, por tratarse en él de una confesion judicial y tener por consiguiente mas fuerza: pero en el dia es ya inútil esta cuestion, por ser de diez dias, y no de cuatro meses el término señalado para la ejecucion de la sentencia ó cosa juzgada, l. 1. tít. 17. lib. 11. Nov. Recop.]. Nótese, empero, que si el juez, al proferir el mandamiento de pago, no señalara plazo dentro el cual debiese verificarse, se entenderia concedido el de cuatro meses, segun Bald. sobre d. l. 21. El referido mandamiento puede hacerse en dia feriado, segun Bald. y Ang. allí porque se profiere sin figura de juicio; y véase l. 2. tít. 13. y l. 2. tít. 22 de esta Part. y lo que allí se dirá.

(36) Supone esta ley que se tiene por contestado el pleito por la negacion ó confesion, aunque no se haya opuesto escepcion alguna. V. lo anotado á la l. 1. C. *de lit. contest.* y Abb. sobre el cap. 1. *de lit. contest.* col. 5. y la l. 10 de este título.

LEY 8. *Como otorgan a las vegadas los Demandados lo que les demandan, poniendo defensiones ante si.*

Conocen a las vegadas los demandados, lo que les demandan en juyzio. Pero ponen luego defensiones ante si, que han pagado, o fecho aquello que les demandan, o que los demandadores les fizieron pleyto, que nunca gelo demandassen. E porende dezimos, que en tales razones como estas, o en otras semejantes dellas, que deue el Judgador dar plazo al demandado (37), a que prueue la defension, que ouiere puesta ante si. E

(37) En el dia se concede el término de veinte dias por la l. 1. tít. 8. lib. 3. del Ordenam., los cuales pasados, no se admite escepcion alguna, á menos que se funde en hechos que hayan sobrevenido ó hayan llegado de nuevo á noticia del que las opone, mediante juramento que sobre ello se le exige, con arreglo á d. l. 1. y lo propio disponen las Ordenanzas de Madrid, cap. 8. en donde se establece que dentro los espresados veinte dias puedan oponerse cualesquier escepciones perentorias ó prejudicales, sean de la clase que fueren. [La l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Recop. formada en parte por el cap. 8. de las Ordenanzas de Madrid, citada aquí por el Glosador, y en parte por la l. únic. tít. 4 del Orden. de Alcalá dispone tambien que deban oponerse las escepciones perentorias dentro el preciso término de veinte dias; pero, al espresar los casos en que aquel término puede prorogarse, no dice, como aquí Gregorio Lopez, que pueda hacerse únicamente, cuando jure el que opone la escepcion, que esta ha venido de nuevo á su noticia, sino que previene poder prorogarse el término para escepcionar la demanda por las mismas causas que el señalado para comparecer, en el cartel de emplazamiento, el cual, segun la l. 12. tít. 4. lib. 11. Nov. Recop. puede prorogarse siempre que, considerada la calidad de la causa y de las personas, ó por otra razon conozca el juez que podria *perescer la justicia* del demandado, esto es, que quedaria este privado de su justa defensa, si el término no se prorogase; y así se observa, aun despues de publicado el reglam. prov. el cual, si bien en el art. 48 previene que sea preciso y perentorio el término que señalan las leyes recopiladas, pero no impide que se prorogue por las justas causas y en los casos en que la misma citada ley de recopilacion prevenia que se prorogase]. Y adviértase, á propósito de d. cap. y leyes antes citadas, que es de la esencia

si la prouare, deuel dar por quito de la demanda, e fazer que el demandador peche las costas, que ouiesse fecho el demandado en esta razon. E si al plazo que fuere puesto, non pudiere prouar la defension, deuel dar por vencido de la demanda. E aun demas desto mandamos, que si el Judgador entendiere, que el demandado maliciosamente puso ante si la defension, para alongar el pleyto, quel faga pechar las costas, e las misiones, que el demandador fizo, andando en aquel pleyto, por razon de tal alongamiento (38).

LEY 9. *Por quales defensiones se puede escusar el Demandado, de non responder a la demanda.*

Defiendense los demandados a las vegadas de las demandas que les fazen, poniendo defensiones ante si, que son de tal natura, que aluengan el pleyto, e non lo rematan. E llamanlas en latin dilatorias, que quiere tanto dezir como alongaderas. E son estas, como si algund ome fiziesse pleyto con su debdor, que los marauedis, o la cosa que le deuia, non gela pidiesse (39) fasta tiem-

del juicio el que se oponga alguna escepcion á la demanda; porque no aprovecharia que se justificasen los hechos, si antes la escepcion no se hubiese opuesto, Bald. sobre la l. 4. col. 5. C. *de temp. apellat.*, bien que bastará que el demandado alegue los hechos de los que deduce su escepcion, segun Bart. sobre la l. 1. D. *de except.* á pesar de opinar lo contrario Bald. sobre d. l. 4. Lo dicho, sobre la necesidad de oponer las excepciones, debe entenderse igualmente con respecto á las causas criminales, las que en esta parte deben sustanciarse como las civiles, l. 5. §. 1. D. *de pœn.* Bald. sobre la l. 2. col. 5. C. *sentent. rescind. non poss.* Esto no obstante, si se tratase de una escepcion, por la que se destruyese la acusacion; deberia aquella proponerse antes que el nombre del reo estuviese continuado entre los demás que lo fuesen por la misma causa, segun el mismo Bald. á la l. 2. §. 5. D. *ad Leg. Jul. de adult.* [en la cual se habla de la muger que, siendo acusada de adulterio por su marido, escepciona la acusacion, alegando haber mediado lenocinio por parte del acusador; con lo que, se añade allí, no consigue la muger repeler la acusacion, una vez entablada, porque el lenocinio no escusa á la adúltera, aunque supone al marido criminal; pero todo esto apenas puede tener aplicacion en el dia, como se verá al tratar de la sustanciacion del juicio criminal en su lugar correspondiente]. El término concedido por dd. ll. podrá tambien aprovecharse para oponer escepciones anómalas, ya por los términos generales en que aquellas se espresan, ya tambien porque semejantes escepciones deben proponerse en el término concedido para las perentorias, segun esplica el mismo Bald. sobre la l. 19. col. 3. C. *de probat.* Y asimismo se entenderá concedido dicho término para oponer cualesquiera escepciones, en el sentido mas lato de esta palabra, aunque no sean tales que escluyan directamente la intencion: porque las leyes antes citadas no solo hablan de las escepciones propiamente dichas, sino tambien de las defensiones [*escepciones*, dice la ley recopilada, y *defensiones perentorias y prejudiciales, de cualquier calidad que sean*, esto es, mientras no sean dilatorias]; y así lo persuade lo anotado por Bart. sobre la l. 1. §. 2. D. *quod vi aut clam*, aunque otramente, con la denominacion de escepciones, no se entienden comprendidas las que lo son únicamente de intencion ó de hecho, Glos. del cap. 1. sobre la palabra *defensionis, de litis contestat.* lib. 6. y de la l. 30 sobre la palabra *exceptionem, C. de jur. dot.*, con lo que observa Bald. allí y el mismo sobre la l. 2. col. 5. C. *sententiam rescindi non posse*, y Jas. sobre la l. 26. col. 1. D. *de verb. oblig.* Adviértase, empero, que bastará que oponga el reo sus escepciones dentro el término legal, aunque para ello no pida que se cite á su contrario, Bald. sobre la l. 7. hácia el fin C. *qui accus. non poss.* y aun se admiten tambien algunas veces, despues de espirado el término, previo el juramento del que las opone, como en la l. del *Ordenam.* y l. de *Medina* sobre lo cual v. á Specul. tít. *de except.* §. cit. vers. *si ergo procurator*, y vers. *sed numquid attestationibus publicatis*, y vers. *et nota quod si contra excipientem.* Y lo propio tiene lugar en los casos en que compete la restitucion, segun se ve en d. l. del *Ordenam.* de *Medina* vers. *otrosi que si por parte de los menores*, la que puede verse; y tambien sobre esta materia á Bald. *de milite vassallo qui contum. est*, col. 5, vers. *sed quid dices.* La escepcion, empero, de escomunion puede oponerse en cualquiera parte del juicio, segun lo dispone la *Clement. 1. de exception.* — * Sobre esta escepcion y otros efectos de la escomunion (que rara vez ocurrirán en el dia) será necesario atender mucho á la práctica, segun la naturaleza de los casos, en que ocurra la aplicacion de las disposiciones legales referentes á los escomulgados.

(38) — * Concuerda la l. 4. tít. 19. lib. 11. Novis. Recop.

(39) Concuerda la l. 19 con su Glos. C. *de probat.* y lo anotado por *Specul.* tít. *de except.* §. *nunc videndum* en el principio. Y parece debe entenderse dispuesto aquí por nuestra ley, que semejante escepcion dilatoria del pago habrá de proponerse antes de la contestacion del pleito y no despues, cuando por ella se trata de dife-

po, o dia señalado, e despues desso gelo demandasse en juyzio ante del plazo. O si emplazassen alguno delante de tal Judgador, de cuyo fuero non fuesse, o si la vna parte contradixesse la personeria de la otra, mostrando razon, por que non deue ser Personero (40), o diziendo que la personeria que trae, non era complida (41) segund derecho, e porende que non era tenudo de responder a la demanda, que le fazen; que atales defensiones como estas, o otras semejantes dellas, poniendolas el demandado, ante que responda a la demanda (42), e aueriguandolas, deuen ser ca-

rir el juicio y conseguir la absolucion de la instancia, por haberse propuesto la demanda antes de tiempo: pero si se opusiese con otro objeto, podria alegarse y probarse aun despues de contestado el pleito: y probada que fuese, deberia fallarse aquél, condenando al convenido á pagar, así que llegase el dia señalado en la obligacion, lo que puede verse tratado estensamente por Bart. Salic. y Paul. sobre d. l. 19. y véase á Bart. allí en donde propone la cuestion de si, constando en los autos la escepcion dilatoria del pago, puede el juez declararla de oficio, aunque no la haya opuesto el demandado; entendiéndose las palabras de esta ley: *nol deuen ser cabidas*, en el sentido de que, por aquella escepcion, no habiéndose opuesto, no debe impedirse el progreso del juicio, pero no que absolutamente no haya de hacerse mérito alguno de ella. Cuando, empero, se opusiere despues de contestado el pleito, ¿deberá doblarse el plazo [á tenor de lo dispuesto en la l. 45 del tít. que antecede]? Véase sobre esto á Bald. Paul. y Salic. en el lugar citado, siendo conducente tambien para resolver esta cuestion lo que advierte Abb. al cap. *pastoralis, de except.* col. 3. sobre si las escepciones que impiden el ingreso del juicio, no habiéndose opuesto antes de contestado el pleito, pueden oponerse despues; lo que resuelve afirmativamente, con tal que se opongan en fuerza de perentorias. — * Y cuando sean tales que puedan oponerse en esta calidad; como sucede con la de que trata aquí el Glosador, la cual no se dirige, como las demás dilatorias, á reclamar, en la persona del juez ó del actor ó su apoderado, ó en el modo con que se ha intentado la demanda, un defecto tal, que, subsanándose, pueda aquella entablarse de nuevo inmediatamente; sino que esa escepcion dilatoria del pago escluye en cierto modo la accion ó el título de ella, negando al actor el derecho de pedir en el tiempo en que lo hace, y así, una vez admitida y probada dicha escepcion, no le queda al actor la facultad de entablar nuevamente la demanda, sino hasta despues de vencido el plazo ó verificada la condicion, de la cual depende su derecho; por cuya razon creemos que, á pesar de lo que dispone esta ley, puede aquella escepcion oponerse como dilatoria ó perentoria, antes ó despues de contestada la demanda; bien que si se opusiere despues, quizás no deberá imponerse al actor la pena de la *plus peticion* que es (l. 45 del tít. antecedent.) la de duplicar el plazo y condenarle al pago de las costas causadas; por haberse dicha pena establecido en beneficio del convenido, y poder este de consiguiente renunciar á ella, entendiéndose que la renuncia, si contesta la demanda, sin oponer la escepcion: en cuyo caso, oponiéndola despues, no conseguirá diferir el juicio, sino que diferirá únicamente la ejecucion de la sentencia, en cuanto, en lugar de absolvérsele, é imponer silencio al actor hasta despues de vencido el doble plazo, se le condenará á pagar luego que este llegue á su vencimiento.

(40) Concuerda la l. 13. C. *de procurat.* pero debe entenderse en el caso de ser el procurador persona hábil para comparecer en juicio en nombre propio; porque si no lo fuere, por ser, por ej. esclavo, religioso, furioso, ó menor de edad, podria oponérsele la escepcion aun despues de contestado el pleito, segun Alber. allí y Abb. sobre el cap. pen. col. pen. *de procurat.* y añádase la Glos. de la Clementina *religiosus*, *de procurat.* Y lo propio deberia decirse en los siguientes casos: 1.° cuando se alegase algun defecto en la persona del poderdante, como la calidad de esclavo ó menor de edad, ó si, tratándose de un síndico, se le escepcionase diciendo que ha sido nombrado por la minoría de la corporacion á la que pretende representar, Alber. allí mismo: 2.° cuando el defecto que se opone ha venido á noticia del convenido despues de la contestacion del pleito, Alber. y Juan Andr. en sus adiciones al Specul. tít. *de procurat.* vers. *item quod est miles*, §. 1. col. 9: 3.° cuando se oponga la escepcion de titularse falsamente procurador el que en calidad de tal ha propuesto la demanda, l. 24. C. *de procurat.* Y nótese finalmente que lo dispuesto en esta ley tiene tambien lugar en las causas criminales. Alber. allí mismo. — * Todo cuanto dice Gregorio Lopez en esta y en las siguientes notas procede de dejar las leyes de Partidas al arbitrio del juez, el señalar el término dentro el cual deben oponerse y probarse las escepciones dilatorias y perentorias, y no tiene por consiguiente aplicacion, despues que por la l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Recop. se han fijado los términos para escepcionar segun se ha dicho en la nota 37 y se dirá en la 42 de este tít.

(41) De la escepcion á que alude aquí la ley pueden verse algunos ejemplos en Specul. tít. *de procurat.* §. *ratione autem formæ*, y v. l. 40. §. 3. D. *de procurat.*

(42) — * Y dentro el término de nueve dias,

bidas (*a*). Mas si despues que el pleyto fuesse començado por respuesta, las quisiesse poner alguno ante si, nol deuen ser cabidas. Otrosi dezimos, que si el Judgador entendiere, que el demandado pone a menudo maliciosamente defension ante si, por alongar el pleyto, que puede el Juez, dar vn plazo peremptorio (43) al demandado, que ponga todas sus defensiones, ayuntadas en vno, e que las prueue. E si al plazo que le fuere puesto, non las prouare, o non las pusiere, que despues non deue ser oydo (44). Mas deue el Judgador yr adelante por el pleyto, assi como mandan las leyes deste libro.

(*a*) et cada una segunt su natural aluenga el pleyto asi como desuso diximos: Acad.

LEY 10. *Por quales defensiones non se pueden escusar los demandados, que non respondan a la demanda.*

Defensiones ponen a las vegadas los demandados por si, ante que respondan a la demanda, diziendo qué non deuen responder a ella, porque aquellos que la fazen son sus sieruos (45). Otrosi es, quando alguno demanda herencia de su pa-

que empiezan á correr desde el siguiente al último señalado, en el emplazamiento, para comparecer, dentro los cuales deben tambien probarse las escepciones dilatorias que se hayan opuesto, l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Recop.: debiendo observarse aquí que, siendo esta misma ley recopilada la que prefija los dos términos de nueve y veinte dias para oponer y probar respectivamente las escepciones dilatorias y perentorias, habla espresa y esclusivamente del último ó sea del de los veinte dias, al decir que puede prorogarse por las justas causas que lejitiman la prorroga del término del emplazamiento; lo que induce á creer, que no quiso disponerse lo mismo en órden á los nueve dias para oponer las dilatorias, los cuales deberian por tanto considerarse improrogables, una vez hubiese comparecido el demandado en virtud del emplazamiento. Nótese, empero, que por lo que hace á la perentoriedad de los términos legales se han arraigado tanto las abusivas contemplaciones, que ni aun se ha conseguido estirparlas despues de publicado el reglam. prov. en el que (art. 4.º y regla 2.ª art. 48.) se previene á los jueces, bajo su mas estricta responsabilidad, la observancia de las leyes recopiladas y en especial la de las que prefijan los términos de que aquí se trata. V. sobre esto á D. Juan Bravo Murillo en las observaciones á los citados arts. 4 y 48 del reglamento prov.

(43) Refiérese aquí la ley á los casos en que se prefija un término para oponer las escepciones dilatorias, y concuerda el cap. *pastoralis*, *de exception.* pues las perentorias pueden oponerse hasta la conclusion en causa. V. la l. 11 de este tít. y l. 2. C. *sentent. rescind. non posee*: puede, no obstante, en ciertos casos y con conocimiento de causa, prefijarse tambien un término para oponer las escepciones perentorias, segun Abb. en d. cap. *pastoralis* y véase lo dicho sobre la l. 8. de este tít.— * Y véanse tambien las adiciones de las notas 37, 40 y 42 de este tít.

(44) Entiéndase, empero, á menos que el convenido jurare haber llegado de nuevo á su noticia las escepciones que trata de oponer, segun se dispone tambien en el cap. *pastoralis*, y caps. 8 y 28 de las Ordenanzas de Madrid, [V. nota 37]. Mas, ¿qué deberia decirse, si, despues de prestado por el reo el juramento de nueva noticia, constase que ya antes la habia tenido? Paul. de Castr. sobre la l. 6. C. *commun. utriusq. judic.* propone, aunque en diferentes términos, esta misma cuestion y parece inclinarse á creer que no tendrian en dicho caso, valor alguno las pruebas ministradas sobre la escepcion que, en virtud de aquel juramento falso se hubiese admitido; opinion que, sin adoptarla decididamente, refiere Socin. volúm. 2. consil. 194 que empieza: *eleganter e subtiliter* col. 1. — * La misma cuestion podria ocurrir con referencia á la presentacion de aquellos documentos, que deben producirse con el escrito de demanda ó contestacion, y no pueden ser admitidos despues, sino con el juramento de nueva noticia, como se ha dicho en la nota 218 del tít. antec. Si, pues, resultare falso el juramento, en virtud del cual hubiesen sido admitidos, ¿deberian aquellos desglosarse de los autos? Creemos que sí, ya porque de otra manera, se autorizaria el que el perjuro sacase provecho de su delito, ya tambien, porque cuando la ley sujeta la admision de una escepcion ó documento á la condicion de haber llegado á nueva noticia, es claro que los desecharia aunque, solo despues de admitidos, constase que faltaba la condicion. Y así creemos se observaria en la práctica, sobre todo si el caso propuesto ocurriese en un juicio, cuya sentencia no debiese causar ejecutoria; pues entónces con tanto mas motivo deberian desecharse los documentos que en virtud del perjurio se hubiesen admitido, en cuanto podrian aquellos presentarse de nuevo y sin necesidad de juramento en instancia de apelacion ó súplica. V. d. nota 218.

(45) Lo contrario parecia inferirse del texto de la l. penúlt. C. *de his qui accus. non poss.* y de lo que advierte allí Bald. diciendo que la escepcion opuesta contra la personalidad del actor impide el ingreso del juicio; y confirmábalo así

dre, e le dize el demandado, que non es tenudo de responderle, negando que el demandador non es fijo de aquel, por cuya razon la faze. O si por auentura pide alguna manda, que dize quel fue dexada en testamento, e el demandado dize que non es tenudo de responder a ella, porque el testamento fue falsado. E porende dezimos, que por tales defensiones como estas, o otras semejantes dellas, que los demandados pusiessen ante si para embargar la respuesta, que non se deue el Judgador detener por ellas, de yr adelante por el pleyto principal. Ante dezimos, que deue constreñir (46) al demandado, que llanamente responda si, o non (47), a la demanda quel fazen.

el que, siendo dicha escepcion de las dilatorias, debia impedir la contestacion del pleito, segun Specul. tít. *de except.* §. *nunc videndum*, col. 2. y el que en todo juicio, aun siendo sumario, debe legitimarse la persona, segun la Glos. de la l. 2. C. *de edict. Div. Adr.* y Bart. en la estravag. *ad reprimendum* hácia la palabra *figura;* y así, en efecto parecia dispuesto por derecho comun, como lo opina tambien Ang. de Aret. sobre el §. 4. Instit. *de except.* col. 8. lo que parece derogado por esta nuestra ley; y aunque dispone directamente lo contrario la l. 5. tít. 10. de esta Part., pero entiéndase, como he dicho allí, que la presente es derogatoria de aquella, pudiendo de esto inferirse, que lo mismo se debe decir de todas las demás escepciones, que impiden el ingreso del juicio, esto es que por derecho español deben oponerse dentro el término de las otras, sin que por ellas se difiera la contestacion del pleito, sino que debe seguirse conociendo del punto principal, como se dispone en esta ley, y lo propio, parece, se deduce de las *leyes de Madrid*, fól. 2. en donde tratan de las escepciones que pueden oponerse. Lo contrario, no obstante, arguye, al parecer, la l. 7. tít. 16. de esta Part., bien que en ella se dispone que sobre tales escepciones puedan recibirse testigos, antes de contestado el pleito, relativamente al punto principal; si el juez, empero, quisiese compeler al escepcionante á que contestase, sin perjuicio, la demanda en lo principal, y seguir conociendo de entrambos puntos, podria hacerlo, como se dispone aquí; lo que, sin embargo, debe entenderse limitadamente para el caso en que no pudiesen ministrarse incontinenti las pruebas que se ofrecieran sobre la escepcion impeditiva del ingreso del juicio; pues si el que la opusiera pudiese probarla desde luego, entónces impediria, con ella, el ingreso del juicio, á pesar de lo dispuesto en esta y otras leyes del Reino, y conforme á lo que tengo dicho en d. l. 10. y V. l. 35. hácia el fin, tít. 18. de esta Part. y la nota 48 de la l. próxima siguiente. — * La contradiccion entre la presente ley y la l. 5. tít. 10 de esta misma Part., citada aquí por Greg. Lopez, no puede ser mas patente. No comprendemos, empero, como, siendo esta última posterior en el órden de su colocacion, ha querido el glosador sostener que estaba derogada por la presente; mas bien exigian lo contrario todas las reglas de interpretacion acordes, en esta parte, con la equidad y con lo que ha dictado el buen sentido y se observa en la práctica, á pesar de lo dispuesto aquí y de no estar declarado por las leyes recopiladas; esto es, que las escepciones dilatorias, que tienen por objeto la falta de personalidad en el actor, se consideran siempre como impeditivas del ingreso del juicio, y se falla acerca de ellas previamente y con independencia del punto principal. Y decimos á propósito que semejante práctica no se halla autorizada por las ll. recopiladas, porque de una parte la l. 1. tít. 6. lib. 11. Nov. Recop., que forma la regla general, previene absoluta y terminantemente que se obligue al convenido á que conteste categóricamente la demanda dentro los nueve dias, y, de otra, la l. 1. tít. 7. del mismo libro, en la cual se especifican las escepciones que pueden oponerse dentro los nueve dias, habla solamente de las de incompetencia del juez, litispendencia y demás declinatorias; y aun añade que, á pesar de ellas, y *dentro el mismo término sea obligado el demandado á contestar la demanda;* lo que no se observa, ni jamás se ha observado, como se dirá en la nota siguiente.

(46) En ciertos casos, pues, se obliga al convenido á que conteste la demanda; como en los que refiere esta ley; á pesar de pretender lo contrario la Glos. de la autent. *qui semel.* vers. *quod locum. C. quom. et quand. jud. sent. prof. deb.* —*Con razon ha dicho el Sr. Bravo Murillo en sus observaciones á la regla 3.ª del art. 48 del regl. prov. §. 1., que nuestra legislacion era incompleta y defectuosa, en la parte que se refiere á los artículos de previo y especial pronunciamiento, ó, valiéndonos del lenguaje de las Partidas, á las escepciones, por las cuales puede el convenido *embargar el pleito principal,* ó escusarse de contestar á la demanda. En la ley antes de esta se califica de escepcion dilatoria la que se funda en el *convenio de no pedir hasta cierto tiempo*, y se dispone que deba ser admitida, al igual que la declinatoria de fuero, antes de contestarse á la demanda, y fallarse sobre ella, primero que sobre el punto principal. Y despues de esto, en la presente ley se prohibe espresamente que deje de contestarse la demanda, aunque se haya escepcionado, negando al actor la personalidad para accionar en juicio, por ser esclavo. Esta disposicion está derogada por la l. 5. tít. 10 de esta Part., como hemos observado en la nota antec., añadiendo allí mismo que no está decla-

E despues que ouiere respuesta, deue el Judgador rescebir aquellas defensiones, e yr adelante por ellas en vno con el pleyto principal. E si las fallare verdaderas, deue dar por quito al demandado, de toda la demanda quel fazen; e si fueren mentirosas, e el demandador prouare su intencion en el pleyto principal, deue dar la sentencia contra el demandado, e condenallo por las despensas, que fizo el demandador en razon de aquel pleyto, assi como de suso es dicho.

LEY 11.ª *Por quales defensiones puede el Demandado embargar el pleyto principal, fasta que sea dado juyzio sobre ellas.*

Aduzen defensiones los demandados, non tan solamente ante que el pleyto sea començado por respuesta, assi como diximos en la ley ante desta, mas aun despues. E esto seria, quando aduxessen a alguno por testigo contra el demandado, para prouarle aquello quel demandauan en juyzio, e el pusiese defension contra el testigo, que non deue ser recebido su testimonio, porque non era de edad, o porque era sieruo. E si el demandador quisiesse prouar su intencion por

rado por las leyes recopiladas, cuales son las escepciones que impiden el ingreso del juicio, y si entre estas deben contarse las de falta de personalidad en el actor, ó algun defecto en los poderes, y otras de semejante naturaleza. En medio de tan contradictorias é incompletas disposiciones vino á aumentar el embarazo la cit. regla 3.ª del art. 48 del reglam. prov. por la que está prevenido á los jueces que no admitan otros artículos de previo y especial pronunciamiento que los que las leyes autorizan. ¿Cuáles son, pues, estos? He aquí una pregunta á que no es fácil, ni posible contestar. El ilustrado autor de las observaciones al reglam. prov. lo conoció asimismo, y trató únicamente de salvar ó legitimar la práctica fundada y equitativa, constantemente observada por los tribunales del Reino, de admitir, como artículos de *previo*, todos aquellos que, por su naturaleza, exijan una sustanciacion especial y separada del punto principal; á cuyo efecto imaginó una interpretacion, por la cual se entiendan prohibidos por el reglamento solo los artículos previos que las leyes no autorizan; y se entiendan autorizados por las leyes todos aquellos, que por su naturaleza exigen una previa sustanciacion. Pero aunque, en nuestro concepto, no podria desterrarse aquella práctica sin ocasionar á los litigantes perjuicios de mucha consideracion; todavía creemos que la interpretacion que, á favor de la misma, ha buscado el Sr. Bravo Murillo tiene mas de sutil é ingeniosa que de sólida y legal, atendido que la disposicion del art. del reglam. es sobrado esplícita, bien que defectuosa y poco meditada. Tambien nos ocurre alguna dificultad sobre lo que dice el citado escritor, al calificar la legalidad ó ilegalidad de aquella práctica, en los diferentes casos que pueden ocurrir, á saber, que el admitir como artículos de *previo* las escepciones dilatorias, es obrar conforme á la ley, la que, en este punto, añade, es clara y terminante. Si, al decir esto, quiso aludir el Sr. Bravo Murillo á la ley recopilada, no podemos avenirnos con semejante opinion, por cuanto aquella (es la cit. l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Recop. como hemos indicado en la nota antec.) está en cierta contradiccion consigo misma, disponiendo de una parte que las escepciones dilatorias deban oponerse y probarse dentro los nueve dias, lo que supone tendrán una sustanciacion previa y especial; y mandando á continuacion que, por razon de ellas, no deje de obligarse al demandado á contestar la demanda; lo que supone que debe pasarse adelante en el punto principal, (á menos que se entienda este suspendido sin perjuicio de la contestacion). Mas aun así solo habla espresamente d. l. de las escepciones *declinatorias* y no de las *dilatorias* en general; bien que usando la espresion de *incompetencia, pendencia ú otra cualquier declinatoria*, y no habiendo otras declinatorias que las de litispendencia y falta de jurisdiccion (á lo menos á nosotros no nos ocurren, fuera de la recusacion); pudiérase inferir de aquí que el legislador, aunque no se espresó con la exactitud debida, entendió hablar de otras escepciones dilatorias, además de las propiamente declinatorias. De todos modos, empero, y vista la confusion que reina en esta materia, no nos parece pueda afirmarse absolutamente que nuestras leyes sean claras y terminantes en punto á admitir como artículos de *previo* todas las escepciones dilatorias, y creemos aventurada, en esta parte, la asercion absoluta del Sr. Bravo Murillo, cuyas opiniones no podemos impugnar sin mucho recelo y desconfianza.

(47) Por medio, pues, de la confesion se entiende tambien contestada la demanda, quedando salvo, empero, al convenido el derecho de escepcionarla [alegando, por ej. el pago, el pacto de no pedir, ú otra de aquellas escepciones, que, lejos de escluir absolutamente el derecho del actor, suponen, por el contrario, la preexistencia del mismo, aunque estinguido con hechos posteriores]. V. l. 1. C. *de lit. contest.* y Ang. sobre la l. 21. D. *de judic.* Abb. sobre el cap. únic. *de lit. contest.* y añad. l. 3. tít. 10 de esta Partida.

carta, e el demandado dixesse que era falsa, o que non fuera fecha por mano de Escriuano publico. Ca atales defensiones como estas, o otras semejantes dellas, deuelas caber el Judgador, e non deue yr adelante (48) por el pleyto principal, fasta que de sentencia sobre ellas. E a estas defensiones, e a las otras que de suso fablamos, en la ley que comiença: Conoscen, llaman en latin peremptorias, que quiere tanto dezir, como amparamiento que remata el pleito. E son de tal na-

(48) Apruébase aquí la opinion de Juan y Az., la misma que adopta la Glos. de la l. 1. C. *de ord. judic.* y la del cap. 1. *de ord. cognit.* pero no se observa así en la práctica, sino que se procede adelante en el punto principal y despues se profiere sentencia sobre todas las cuestiones que se han promovido, cuya práctica está autorizada por la l. 1. tít. 4. lib. 3. del Ordenam. y por las Ordenanzas de Madrid, [que forman la citada l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Recop.] Nótese, empero, que si la escepcion que se opone es la de incompetencia del juez, es necesario que se falle previamente sobre ella, en términos que, si se practicaran ulteriores procedimientos, antes de declarar la competencia, serian aquellos nulos, por hallarse en cuestion la potestad del juez que los habria practicado; arg. l. 3. D. *de eo qui pro tut.* y lo anotado por Bart. sobre la l. 21. D. *de cond. et demonst.*: hace al caso la l. 5. D. *de judic.* y lo propio sienta Inocenc. en el cap. *prœterea, de dilat.* y Paul. sobre d. l. 1. C. *de ord. judic.* cuya opinion parece aprobada por dd. Ordens. de Madrid cuando disponen que no se admita suplicacion de la sentencia que haya el juez proferido sobre la competencia de jurisdiccion. [Lo que disponen las citadas ordenanzas es que no haya ni pueda haber suplicacion ni otro remedio ni recurso alguno, de la condena de costas que debe imponerse al reo, sino probare dentro el término concedido, las escepciones perentorias que hubiere opuesto d. l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Recop. y esto indujo tal vez á equivocacion al glosador, haciéndole creer que, siendo la misma citada ley la que habla de las escepciones declinatorias, de lo fallado acerca ellas no podia haber suplicacion. Al contrario, empero, la l. 1. tít. 13. del Ordenam. de Alcalá, que es la l. 23. tít. 20. lib. 11. Novís. Recop. dispone que de las sentencias interlocutorias, en general, no pueda haber suplicacion, esceptuando algunas que allí se espresan, y, entre ellas, la en que el juez se haya declarado competente ó no haya querido darse por recusado: y aun de esto mismo, por una razon inversa, inferimos la propia consecuencia que de la suposicion contraria inferia el glosador; esto es, que, pues las leyes disponen no sea suplicable la providencia que recaiga sobre las escepciones declinatorias, claro es que entienden que estas deben resolverse previa y separadamente del punto principal.] Adviértase tambien que si se opusiera la escepcion de litispendencia ú otra declinatoria de aquellas que impiden el progreso del juicio, por ser de tal naturaleza, que, no providenciándose acerca de ellas, no puede resolverse el punto principal; en este caso parece deberia conocerse previamente de semejante escepcion y fallar sobre la misma, espresa ó tácitamente, procediendo adelante en lo principal, segun Bart. sobre d. l. 1. C. *de ordin. judic.* y Abb. sobre d. cap. 1. *de ordin. cognit.*; y lo mismo pretende Paul. de Castr. en el lugar arriba citado, diciendo que, si el Juez no quisiese admitir semejantes escepciones, y conocer previamente de ellas, seria nulo el procedimiento, porque se obraria en esto con desprecio de la ley; y este parece ser el espíritu de dd. ll. de Madrid al tratar de la escepcion declinatoria; á lo que debe añadirse, que toda escepcion, que sea concerniente al procedimiento, se considera de tal naturaleza, que, no fallándose sobre ella, tácita ó espresamente, no puede resolverse el punto principal, segun declara Abb. sobre d. cap. 1. [Es consiguiente á la doctrina que acaba de emitir aquí Greg. Lopez, lo que el mismo habia dicho en la nota 3 de este tít.; á saber, que aun despues de contestada la demanda, podia oponerse la escepcion de falta de poderes al que, en nombre de otro, la hubiese intentado, y que, si opuesta aquella escepcion, no se subsanase dicho defecto, seria el juicio nulo; que es decir, que la escepcion de falta de personalidad en el actor era tambien allí, en concepto de Greg. Lopez, de aquellas que exigen previo y especial pronunciamiento. Y he aquí que, despues de haber adoptado el glosador, sobre este punto, tan varias y encontradas opiniones y despues de lo que á la ley antecedente deja anotado, viene por último á convenir en el principio en que se funda la práctica general y equitativa, que aplaude el Sr. Bravo Murillo en sus observaciones al reglam. prov.; y que se observa aun despues de publicado este; á saber, la de admitir, como artículos *de previo*, todas aquellas escepciones, que, por su naturaleza, exijan una sustanciacion especial y separada del punto principal]. Si, pues, admite el Juez una escepcion contra los testigos ó los documentos, y sin embargo, son aquellos examinados, no será necesario que falle previamente sobre dicha escepcion; sino que se entenderá esta reservada para definitiva como lo declara Paul. de Castr. sobre la rúbr. C. *de lit. contextat.* y así se observa en la práctica, como he dicho antes.—* Y, sin embargo, semejante practica seria contraria á lo dispuesto en la presente ley; la que está derogada, en esta parte, por las leyes recopiladas, en cuanto

tura, que las pueden las partes poner, ante que el pleito sea començado por respuesta, e aun despues, fasta que venga el tiempo (49), en que quieran dar el juyzio.

TITULO IV.

DE LOS JUECES, E DE LAS COSAS QUE DEUEN FAZER, E GUARDAR.

Asaz se entiende por las leyes que auemos dichas en los titulos ante deste, como los demandadores deuen ser apercebidos, ante que comiençen sus demandas, en catar todas aquellas cosas, por que mas derechamente las pueden fazer, e començar sus pleytos. E otrosi de los demandados, en que manera deuen responder a las demandas, que les fizieren: porque cada vno dellos faga la carrera que le conuiene, e non faga a los que han de judgar trabajar en balde. Mas de aqui adelante queremos fablar en este titulo, de los Judgadores, que han de judgar, tambien a los que demandan, como a los demandados. E mostrar primeramente, quantas maneras son dellos. E quien los puede poner. E quales deuen ser en si mismos. E como deuen ser puestos. E que es lo que han de fazer, e de guardar, para ser todo su oficio complido.

LEY 1. *Que quiere dezir Juez, e quantas maneras son de Judgadores.*

Los Judgadores (1) que fazen sus oficios como deuen, deuen auer nome, con derecho, de Juezes; que quier tanto dezir, como omes buenos, que son puestos para mandar, e fazer derecho. E destos y ha de muchas maneras. Ca los primeros dellos, e los mas honrrados (2), son los que judgan en la Corte del Rey, que es cabeça de toda la tierra, e oyen todos los pleytos de aquellos omes, que se agrauian. Otros y ha aun sin aquestos, que son puestos señaladamente para oyr las alçadas (3) de los Juezes sobredichos. E tales como estos, llamaron los Antiguos, Sobrejuezes, por el poder que han sobre los otros, assi como dicho es. Otros y a, que son puestos sobre Reynos, o sobre otras tierras señaladas: e llamanlos Adelantados (4), por razon que el Rey los adelanta, para judgar sobre los juezes de aquellos logares. Otros Juezes y ha, que son puestos en logares señalados (5), assi como en las Cibdades, e en las Villas, o alli do conuiene que se judguen los pleytos. E aun otros y a, que son puestos por todos los Menestrales de cada logar, o por la mayor partida dellos: e estos han poderio de judgar los pleytos, que acaesciessen entre si por razon de sus menesteres (6). E todos estos juezes, que

dispone que, oponiéndose una escepcion contra la persona de algun testigo ministrado sobre el punto principal, *deuela caber el judgador e non deue ir adelante por el pleyto principal, fasta que de sentencia sobre ella;* y lo propio previene en órden á la escepcion de falsedad de documentos: y aun relativamente á los testigos, supone dicha ley que pueden oponerse tachas á las personas de estos, antes que declaren, y al efecto de evitar que sean examinados: *e el*, dice, *posiesse defension contral testigo, que non deuia ser rescebido su testimonio, porque non era de edad ó porque era siervo.* Mas la l. 1. tít. 12. lib. 11. Nov. Recop. dispone que únicamente pueden tacharse las personas de los testigos despues de recibidas y publicadas las declaraciones de los mismos, suspendiéndose la sustanciacion del punto ó negocio principal para el efecto de recibirse las pruebas de tachas; pero sin fallarse acerca de estas, ni sobre la aptitud de los testigos, sino teniéndose presentes las tachas, como instruccion del punto principal, y para fallarlo en definitiva.

(49) V. lo anotado á la l. 8. de este tít. — * Y v. la l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Recop. y lo dicho en las notas anteriores, respecto de las escepciones perentorias, á cuya clase pertenece la de falsedad, de que se habla aquí, y por lo que hace al tiempo en que se pueden tachar los testigos. V. la l. 1. tít. 12. lib. 11. Nov. Recop. citada en la nota últ. antec.

(1) *Recti judices facientes officium prout debent, magis merentur, quam fratres prædicatores, vel alii religiosi:* Hostiens. en el proemio de su *Suma*, col. 4. donde cita á Alber. y Jas. sobre la l. 1. pr. D. *de just. et jur.* y añád. á Crisost. *super Matthæum*, homil. 44. col. penúlt. donde dice: *Volo enim majori gloria virtutum coruscare vos, qui in medio urbis versamini, quam illos qui montes et eremos petierunt;* y despues añade: *¿Quare sic? Quia magnam hinc utilitatem cæteri consequuntur:* y añád. l. 23. tít. 22 de esta Part.

(2) Los cuales se sientan al lado del Rey, como dije á la l. 5. tít. 9. Part. 2., y v. el proem. del tít. 3. lib. 2. Orden. Real.— * V. el apend. de este tít.

(3) En el dia los consejeros del Rey conocen tambien de estos pleitos en grado de suplicacion y en grado de apelacion de las sentencias proferidas por los jueces de la corte en las causas civiles.— * V. el apend. de este tít.

(4) Añád. la l. 22. tít. 9. Part. 2.

(5) V., sobre los jueces de que se habla aquí, los títs. 15 y 16 del lib. 2 del Orden. — * V. el apéndice de este tít.

(6) Concuerda la l. últ. C. *de jurisd. omn. jud.*

auemos dicho, llamanlos en latin Ordinarios; que muestra tanto, como omes que son puestos ordi-

y la l. próxima siguiente y con lo dispuesto aquí parecen aprobados por la ley los colegios [ó gremios] de los Artesanos, segun advierte Inoc. cap. *cum ab ecclesiarum, de offic. ord.* Parece, empero, que en el dia han cesado estos jueces en el Reyno, á tenor de la l. 17 tít. 15 lib. 2 del Orden. por la cual se declaran abolidos los oficios de los jueces de la facultad de medicina y cirujía y los de los demás oficios especiales, por redundar en perjuicio de la jurisdiccion ordinaria; y se manda que ninguno de ellos ejerza jurisdiccion sin especial mandato del Rey. Así, con especial aprobacion de este, hay en el dia en la ciudad de Búrgos un Prior y Cónsules de los comerciantes, segun cierta pragmática de los católicos reyes Fernando é Isabel, de inmortal memoria, [es la l. 1. tít. 2. lib. 9. Nov. Recop.] y del mismo modo y por concesion de Cárlos, emperador de los Romanos, nuestro Rey, hay tambien Prior y Cónsules en la ciudad de Sevilla, de cuyo privilegio gozan tambien los Protomédicos por otra prgmática de dd. Católicos Reyes, [es la l. 1. tít. 10. lib. 8. Nov. Recop.] Los Clérigos, empero, que ejerzan algun arte ú oficio, ¿podrán ser demandados ante el juez secular y especial del mismo, como si fueren comerciantes ante el juzgado de comercio? V. sobre esto á Alber. quien á la l. últ. C. *de jurisd. omn. jud.* está por la negativa, á pesar de opinar lo contrario Pedro de Bella Pertica; y v. Felin. al cap. *ecclesia Sanctæ Mariæ*, col 24. *de const.* contra lo que dice Abb. al cap. *cæterum* últ. notab. *de judic.*; y acerca los estatutos de los artesanos y comerciantes, v. l. 2. y Bald. allí C. *de constit. pecun.* — * Los Colegios ó gremios de que aquí se habla fueron mas espresamente autorizados por las ll. del tít. 23. lib. 8. Nov. Recop., por las que estaba prevenido que nadie pudiese ejercer arte ni oficio alguno, sin estar incorporado en el gremio respectivo del pueblo en donde queria trabajar: disposicion que está hoy derogada por el decreto de Córtes de 8 de junio de 1813 restablecido por el de 2 de diciembre de 1836, en que se declara, que todo Español pueda libremente establecer fábricas, y ejercer cualquier industria ú oficio útil, sin necesidad de exámen, título ni incorporacion en los gremios respectivos, cuyas ordenanzas se derogan en esta parte. Por el real decreto de 20 de enero de 1834 estaba declarado tambien que las asociaciones gremiales, cualquiera que fuese su denominacion ú objeto, no gozaban de fuero privilejiado, esceptuándose únicamente los negocios y corporaciones mercantiles: con cuya declaracion hubiera debido entenderse abolida, caso de subsistir, la jurisdiccion que, por la ley de Partida, se concedia á los colegios y gremios; bien que ya de hecho habia aquella desaparecido antes, segun observa el glosador; quedando únicamente, y aun por privilegio ó concesion especial la jurisdiccion de algunos consulados de comercio, á quienes en el dia les compete aquella privativamente y por derecho comun en todos los negocios mercantiles; y la de los Protomedicatos, substituidos posteriormente por la Junta Suprema de Sanidad, la cual, aunque no ejerce propiamente jurisdiccion, pero, en el órden administrativo, está encargada de la policía sanitaria, de las Academias de medicina y cirugía y subdelegaciones de farmacia; y de todo lo perteneciente al ejercicio del arte de curar. Real Decreto de 18 de noviembre de 1840.

Por lo que hace á la cuestion que propone aquí el glosador, sobre si el clérigo que se haya dedicado al comercio, quedará sujeto al juzgado especial del ramo, por las obligaciones que, en aquel concepto, hubiere contraido, es necesario observar que por el art. 8 del código de comercio está prohibido el ejercicio de la profesion mercantil á las corporaciones eclesiásticas, y á los clérigos, aunque no tengan mas que la tonsura, mientras vistan el trage clerical y gozen de fuero eclesiástico; y por el art. 10 se declaran nulos, para todos los contrayentes, los contratos mercantiles celebrados por personas inhábiles para comerciar, cuya incapacidad fuese notoria. Sobre estos, pues, no podrá haber propiamente cuestion mercantil, sino cuestion de nulidad por incapacidad de los contrayentes, la que no parece haya inconveniente en que la resuelva el tribunal eclesiástico, siendo clérigo el demandado, sobre todo si se considera que el que hubiese contratado con un clérigo, sabiendo que lo era, deberá imputarse á sí mismo la necesidad de sujetar á un juez eclesiástico la demanda que, por razon de aquel contrato, propusiere. Si empero, el contrato se celebrare con una persona inhábil que haya ocultado su incapacidad, no siendo esta notoria, con un clérigo, por ejemplo, que no vista el hábito clerical ni haya cerciorado de su estado al otro contrayente; en tal caso, segun d. art. 10, quedará el clérigo obligado en favor de aquél, sin adquirir derecho, por su parte, para compelerle, en juicio, al cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraido; y siendo, en consecuencia, necesario que, por razon de semejante contrato, sea el clérigo el demandado, creemos que quedará desaforado y sujeto al juzgado de comercio, en pena de la malicia con que ha procedido y de conformidad con el espíritu de las ll. canónicas y civiles que si bien no permiten á los clérigos la prorogacion de la jurisdiccion ó renuncia del privilegio, por ser este concedido á la clase y no á las personas, pero

nariamente (7), para fazer sus oficios sobre aquellos que han de judgar, cada vno en los logares que tienen (8). Otra manera y ha aun de Juezes, a que llaman Delegados; que quiere tanto dezir, como omes que han poderio (a) de judgar segund les mandan los Reyes, o los Adelantados, o los otros Juezes Ordinarios. E sin todos aquestos, y ha aun otros, que son llamados en latin Arbitros; que muestra tanto como Judgadores de aluedrio, que son escogidos, para librar algund pleyto señalado, con otorgamiento de ambas las partes. E de cada vno destos Judgadores mostraremos, que cosas han de fazer, e de guardar por razon de sus oficios.

LEY 2. *Quien puede poner los Juezes.*

Judgadores para judgar los (b) pleytos, segund diximos en la ley ante desta, son omes que tienen muy grandes logares. E porende los Antiguos non touieron por bien, que fuessen puestos, quanto en lo temporal, por mano de otro, si non de aquellos que aqui diremos: assi como Emperadores, o Reyes, (9) que han poder de poner aquellos que son llamados Ordinarios. E estos tales (10) non los puede otro poner, si non ellos, o otro alguno, a quien ellos otorgassen señaladamente poder de lo fazer, por su carta, o por su preuillejo, o los que pusiessen los Menestrales (11), que los judgassen aquellas cosas, que les acaesciessen en razon de sus menesteres, si eran bien fechos, o non. E los otros, que diximos, que pueden librar pleytos señalados; estos pueden poner los Emperadores (12), o los Reyes, e los otros Adelantados, de que ya diximos, e aun

(a) de judgar algunos pleytos señalados. Acad.

(b) pueblos. Acad.

admiten y autorizan el desafuero, como pena, en varios casos, semejantes al que llevamos propuesto.

(7) De donde se infiere que los jueces ordinarios no tienen necesidad de hacer constar su jurisdiccion, en cada uno de los negocios de que conozcan, por ser aquella notoria.

(8) Porque la jurisdiccion ordinaria está inherente al territorio, y los límites de este son los de la jurisdiccion, Bald. sobre la l. últ. C. *ubi et apud quem.* y la jurisdiccion está sobre el territorio como la niebla sobre la laguna, creada por la poderosa actividad del sol. Bald. §. *ad hoc*, col. 2. *de pace juram. firm.* y añad. l. 239. §. 8. D. *de verb. sign.*

(9) —* V. el apéndice de este tít.

(10) Añád. l. 1. §. 4. D. *de offic. præfect. urb.* y l. 5 y sigs. D. *de jurisd. omn. judic.* y l. 1. tít. 15. lib. 2. Orden. y cap. 33. §. 2. cuest. 6; y lo dicho aquí, segun Specul. tít. *de offic. ord.* §. 1. princ. tiene asimismo lugar, no solo respecto de los jueces eclesiásticos, como son los Primados, Arzobispos, Obispos y demás que tienen jurisdiccion, por mandato del Papa, sino tambien respecto de los civiles, como los Duques, Marqueses, Condes y otros que ejercen plena jurisdiccion sobre una provincia ó lugar, por mandato del Emperador ó del Rey; y así los delegados de dichos jueces seculares tampoco ejercen jurisdiccion ordinaria, como lo declara Alex. de Imol. sobre la rúbr. D. *de offic. ej. cui mand. est jurisd.* col. pen. observando la diferencia que hay en esta parte, entre el derecho civil y el canónico, por el cual el vicario del obispo ejerce jurisdiccion ordinaria, como se declara en el cap. *Romana*, 3. princ. *de appell.* lib. 6. y cap. 2. *de consuet.* lib. 6. y cap. 2. *de offic. vicar.* del mismo libro; [y de aquí se ha originado la cuestion sobre si el Obispo tiene la jurisdiccion solamente *in habitu* ó *in habitu et excercitio*, de suerte que pueda libremente asumirse el conocimiento de las causas promovidas ante su vicario general, y conocer de ellas á prevencion con este, sobre lo que v. lo anotado á la l. 3. tít. 6. Part. 1.] á lo que puede añadirse que la jurisdiccion se adquiere no solo por la ley, sino tambien por costumbre, l. 1. C. *de emancip. liber.* cap. *conquestus* 9. cuest. 3. y v. la glosa del cap. *experientiæ*. 11. cuest. 1. Por derecho comun los salarios de los jueces deben pagarse de las rentas del Rey, segun Luc. de Pen. sobre la l. 15. C. *de erog. milit. annon.* y Paris de Puteo en su tratado *syndicatus*, carta *mihi*, 96. col. 1. en donde añaden que, si el Rey manda un Corregidor ó un capitan, en calidad de juez, á alguna ciudad, sobre todo si esta no lo ha pedido; el mismo Rey, y no los súbditos, deben pagarle su salario; á menos que el Rey no pudiese hacerlo, por no percibir sus rentas y obvenciones acostumbradas por causa de guerra ú otra semejante. Mas si se hubiere mandado un Corregidor para gobernar una ciudad á ruegos de la misma, véase lo que procederá en este caso, en los mismos AA. citados. Por derecho del reino, empero, se ha dispuesto otra cosa, como puede verse en la l. 7. tít. 16. lib. 2. Ordenam. Real, y, segun Bart. á la l. 1. col. 3. C. *de mulier. et in quo loco*, aun para pagar los salarios á los Regidores de las ciudades, se imponen á los vecinos contribuciones personales —* V. el apéndice á este tít.

(11) Pues los jueces, que lo son elegidos por alguna universidad ó colegio, ejercen jurisdiccion ordinaria, cap. *cum ab ecclesiarum*; y Abb. allí, *de offic. ord.* y la Glos. de d. cap. *experientiæ*, y v. lo dicho en la nota 6 de este tít.

(12) L. 1. hácia el fin. D. *de offic. ejus cui mand.*

los Juezes (13) Ordinarios. Mas los otros Juezes de aluedrio non pueden ser puestos si non por auenencia (14) de ambas las partes, assi como de suso es dicho.

LEY 3. *Quales deuen ser los Juezes, e que bondades han de auer en si.*

Acuciosamente, e con grand femencia deue ser catado, que aquellos que fueren escogidos para ser Juezes, o Adelantados, que sean quales diximos (15) en la segunda Partida deste libro. Pero si tales en todo non los pudieren fallar, que ayan en si a lo menos estas cosas. Que sean leales, e de buena fama, e sin mala cobdicia. E que ayan sabiduria, para judgar los pleytos derechamente por su saber, o por uso de luengo tiempo (16). E que sean mansos, e de buena palabra, a los que vinieren ante ellos a juyzio. E sobre todo, que teman a Dios, e a quien los y pone. Ca si a Dios temieren, guardarse han de fazer pecado, e auran en si piedad, e justicia. E si al Señor ouieren miedo, recelarse han de fazer cosa, por do les venga mal del; viniendoseles a miente, como tienen su logar, quanto para judgar derecho.

LEY 4. *Quales non pueden ser Juezes, por embargos que ayan en si mismos.*

Señalados embargos han los omes en si, por que non deuen ser puestos por Juezes. Ca segund establecimiento de los Antiguos, ome que fuesse desentendido (17), o de mal seso, non lo deue ser: porque non auria entendimiento para oyr, nin para librar los pleytos derechamente. Nin otrosi el que fuesse mudo (18), porque non po-

est jurisd. cap. *super quæstionem*, §. *ejus*, *de offic. deleg.* — * V. el apéndice á este tít.

(13) C. *de pastoralis*, 1, resp. *de offic. ord.* y es necesario que el delegado sea súbdito ó esté sometido á la jurisdiccion del delegante, para que este pueda obligarle á aceptar la delegacion, segun la Glos. de la l. 1. C. *qui pro sua jurisd.* l. 13. D. *de jurisd. omn. jud.*: otramente, aunque no dejará de ser válida la delegacion, pero si el delegado no está bajo la jurisdiccion del delegante, podrá libremente aceptar ó dejar de hacerlo, bien que, una vez hubiere aceptado, podrá obligarle el delegante á que ejerza la jurisdiccion, como dice Bald. á la l. 3. hácia el fin. D. *de offic. procons.*: y añád. á lo dicho, que si el delegado es menor de 25 años, ni aun siendo súbdito del delegante, se le puede obligar á aceptar; v. Abb. cap. *cum vigesimum, de offic. deleg.* y v. tambien la l. 5. y l. 17. de este tít. segun las que, basta para que pueda obligarse al delegado á que acepte, el que haya este cumplido los 20 años.

(14) Cap. *à judicib.* §. *quod de arbitris* 2. cuest. 6.

(15) Ll. 18 y 22. tít. 9. Part. 2. y véase lo anotado allí.

(16) Añád. la l. 17. C. *de judic.* y la Glos. y los DD. sobre el cap. *sciscitatus, de rescript.* Mas, si el juez no fuere letrado, deberá acompañarse de asesor, segun observa Domin. *in summ.* 20. distinc. — * La presente ley fué transcrita casi integramente en la l. 41. tít. 32. del Orden. de Alcalá, que hoy dia es la l. 1. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop.: y en lo que se dice, en ella, del temor que los jueces deben tener al Rey que los ha nombrado, está embebido, en cierto modo, el principio de la *responsabilidad judicial*, de la que se hablará en el apéndice de este tít. Por lo que hace á la obligacion que, segun el Glos., tienen los jueces, que no sean letrados, de proveerse de asesor, únicamente puede esto tener aplicacion, en el dia, en los jueces especiales de guerra, marina y hacienda y tribunales de comercio, y tambien á los alcaldes constitucionales, siendo legos, en los casos en que sustituyen á los jueces de 1.ª instancia art. 54. del reglam. prov.

(17) Concuerda la l. 12. §. 2. y l. 39. D. *de judic.* en las cuales se limita lo dispuesto aquí, al caso en que el furor sea perpetuo, y se declara que no constituye incapacidad para ser juez el furor con lúcidos intervalos. Mas sea lo que fuere lo dispuesto por el derecho comun, en esta parte; parece que, por nuestra ley, se escluye totalmente al furioso, aunque lo sea con lúcidos intervalos, por la doble espresion de *desentendido ó de mal seso;* pues el, que lo sea, no tendrá bastante rectitud de juicio para juzgar á los demás; haciendo á este propósito lo que advierte Especul. *tít. de judic. deleg.* §. *excipi*, vers. *item quod est indiscretus;* y á lo menos para ser juez ordinario, deberia decirse que constituye incapacidad el furor, aunque no sea perpetuo, por la no interrumpida sensatez que sobremanera exije el contínuo ejercicio de la jurisdiccion. — * Tambien esta nuestra ley de partida fué integramente trasladada al Ordenam. de Alcalá y de allí á la Novís. Recop., cuyas ll. 4 y 5. tít. 1. lib. 11. disponen lo mismo que la presente y en idénticas palabras.

(18) Relativamente al mudo, sordo ó ciego, concuerda tambien con la presente d. l. 12. §. 2. D. *de judic.*, por tener aquellos, lo mismo que el furioso, como se dice allí, un impedimento natural; de suerte que, si, de hecho, llegasen á ejercer jurisdiccion, seria nulo todo lo que obrasen, aun cuando las partes interesadas no reclamaran la nulidad, segun Inoc. cap. *sciscita-*

dria preguntar a las partes, quando ouiesse menester, nin responder a ellas, nin dar juyzio por palabra. Nin el sordo, porque non oyria lo que antel fuesse razonado. Nin el ciego (19), porque non veria los omes, nin los sabria conocer, nin honrrar. Nin ome que ouiesse tal enfermedad (20) cotidianamente, que non pudiesse judgar, nin estar en juyzio, e que fuesse en dubda, si guareceria della, o non. Ca el que fuesse embargado desta guisa, non podria sufrir afan, segund conuiene, para librar los pleytos. Nin otrosi el que fuesse de mala fama (21), o ouiesse fecho cosa porque valiesse menos, segund Fuero de España: porque non seria derecho, que el que fuesse atal, que judgasse a los otros. Nin el que fuesse de Religion (22), porque menguaria por ende, en lo que es tenudo de fazer en el seruicio de Dios; e demas seria cosa sin razon, que el que se desamparo de las riquezas de este mundo, que se parasse a oyr, nin a librar a los omes que contendiessen sobre ellas. Nin muger (23), non lo puede ser, porque non seria cosa guisada, que estouiesse entre la muchedumbre de los omes, librando los pleytos. Pero seyendo Reyna, o Condesa, o otra dueña que heredasse Señorio de algund Reyno, o de alguna tierra, tal muger como esta bien lo puede fazer, por honrra del logar que touiesse; pero esto con consejo de omes sabidores, porque si en alguna cosa errasse, la supiessen consejar, e emendar. Otrosi dezimos, que al ome que fuesse sieruo non deue ser otorgado poderio de judgar. E esto es, porque (24) maguer ouies-

tus, de rescriptis. [d. l 12. §. 2. D. *de judic.* dispone, en efecto, que no puede ser juez el sordo ni el mudo, pero no habla del ciego, como supone aquí G. Lop., antes bien las leyes romanas establecen lo contrario: V. la nota próxima siguiente]. Si les perteneciese, empero, la jurisdiccion por derecho propio, no quedarian privados de ella por los indicados defectos; sino que podrian ejercerla, por medio de delegados, segun Alber. Ang. y Paul. sobre el §. 2. y así se infiere, por analogía, de lo dispuesto en esta ley, relativamente á las mugeres, que tienen jurisdiccion propia, por ser Reinas ó Condesas ó por otra razon de señorío. — * Lo que no puede tener lugar en el dia, por estar abolidos los señoríos jurisdiccionales, y no haber otro que el Rey que tenga, por derecho propio, la jurisdiccion, y aun este la tiene solamente *in habitu*, y sin poder ejercerla por sí, como se dirá en el apéndice á este título.

(19) Añád. la l. 6. y la Glos. allí, D. *de judic* — * La que dice literalmente así; *Cæcus judicandi officio fungitur;* y en consecuencia, lejos de disponer lo mismo que esta nuestra ley, como se supone aquí, y en la nota antecedente, establecia todo lo contrario: mas en esta parte está el derecho comun derogado por esta nuestra ley de partidas, que, como se ha dicho en la nota que antecede, ha venido á ser tambien recopilada.

(20) Añád. la l. 18. D. *de judic.* — * y d. l. 4. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop.

(21) Concuerda d. l. 12. §. 2. D. *de judic.* [y mas espresamente la l. 6. §. 1. D. *de leg. Jul. repetund.*] Pero, si alguno, siendo de mala fama, hubiese, de hecho, ejercido jurisdiccion, y las partes no le hubiesen objetado aquel defecto, no seria nulo lo por él obrado segun Ang. allí y lo mismo opina en ese caso Inoc. cap. *seiscitatus;* bien que en todos los demás casos, opina este por la nulidad del procedimiento practicado por un juez inhábil, aunque las partes no la reclamen; y del propio parecer es Felin. sobre dicho cap. *sciscitatus,* col. 3: para ser árbitro, empero, no obsta defecto alguno de los espresados en esta ley. l. 7. D. *de recept. et qui arb.*

(22) Añád. l. 4. tít. 17. de esta Part. [la cual estiende la prohibicion de ejercer jurisdiccion, en lo temporal, á los clérigos ú ordenados in sacris, siendo así que la presente parece hablar únicamente de los religiosos] y lo anotado por Juan de Plat. á la l. 19. C. *de agric. et cens.* y la authent. *apud quos oporteat causam dicere monachos,* collat. 6. vers. *Ut non mens eorum occupetur.* ¿Podrá, empero, un religioso ser arbitro ó arbitrador? V. Alber. á la l. 32. §. 4. D. *de arbitr.* en donde trata estensamente esta cuestion.— * Los Sres. García Goyena y Aguirre han dicho en el §. 4181. tít. 61. de su Febrero que podian ser árbitros los clérigos, pero no los religiosos, citando las ll. 4 y 5. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop. las cuales, casi literalmente copiadas de esta nuestra ley de partida, no disponen semejante cosa; á menos que, con respecto á los religiosos, se entienda que quiso inhabilitarles esta ley para ser árbitros, al decir que *seria cosa sin razon que el que se desamparo de las riquezas de este mundo, que se parasse a oyr, nin a librar a los omes que contendiessen sobre ellas.* Por lo que hace á los clérigos la citada l. 4. tít. 17. de esta Partida dispone espresamente que puedan ser árbitros arbitradores. Pero, si bien esto no creemos se haya derogado, tampoco lo encontramos espresamente dispuesto por las leyes recopiladas; y únicamente en la l. 5. tít. 9. lib. 1. Nov. Recop. se prohibe á los clérigos y á los religiosos el ser alcaldes ó jueces ordinarios, escribanos públicos y abogados, sin que en otra parte alguna, que sepamos, de la Recop. se hable de esa materia.

(23) V. d. l. 12. §. 2. D. *de judic.* — * y d. l. 4. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop.

(24) Alber. sobre d. §. 2. pretende que la razon de esto es la indicada en l. 32. D. *de regul. jur.*;

se entendimiento, non auria libre aluedrio para obrar dello, porque non es en su poder. E porende a las vegadas seria apremiado de librar los pleytos segund voluntad de su Señor, e non por su sabiduria, lo que seria contra derecho. Pero si acaesciesse, que a algund sieruo, que andouiese por libre, fuesse otorgado poderio (25) de judgar, non sabiendo que yazia en seruidumbre; en tal razon como esta dezimos, que las sentencias, e los mandamientos, e todas las otras cosas que el ouiesse fecho como Juez (26), fasta el dia que fuesse descubierto por sieruo, valdrian. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque quando tal yerro como este (27) fiziesse algund Pueblo comunalmente, todos le deuen dar passada, bien como si non fuesse.

LEY 5. *De que edad deuen ser aquellos a quien otorgaren poderio de judgar.*

Mayor (28) de (c) veynte años deue ser aquel, a quien otorgaren poderio de judgar los pleytos cotidianamente, a que llaman Juez Ordinario. E esto fue fallado, porque aquellos que fuessen de tal edad, podrian auer entendimiento complido, para oyr, e librar las contiendas de los omes que antellos viniessen. E dessa misma edad deue ser el Juez Delegado, que es puesto por mano del Ordinario, para librar algund pleyto. E si por auentura el Delegado que fuesse de edad de (d) veynte años, non se quisiesse trabajar de oyr el pleyto, que le encomendasse el Juez Ordinario; puedel apremiar (29) que lo oya, si fuere de aquella tierra, sobre que ha poderio de judgar. Mas si fuesse (e) menor de veynte años, e mayor de diez y ocho, estonce nol podria apremiar el Juez Ordinario quel oyesse, maguer ouiesse poderio sobrel; como quier que si el (30) de su grado lo quisiesse oyr, que lo podria fazer. Pero si el Delegado fuesse (f) menor de diez y ocho años, e mayor de catorze, non valdria el juyzio, que diesse

(c) Mayor de veinte y cinco años. Acad..

(d) veinte et cinco años... Acad.

(e) menor de veinte et cinco años et mayor de diez et ocho, Acad. menor de veinte años Tol. 1. 2. B. R. 2. Esc. 2. menor de veinte et cinco años et mayor de diez et siete, Esc. 4.

(f) et mayor de trece, Esc. 2 menor de diez et siete años et mayor de quince. Esc. 4.

pero mejor es la que se espresa en esta ley.

(25) Concuerda la l. 3. D. *de offic. prætor.* cuyo texto es muy notable y citado con frecuencia, segun Alber. allí, por los que tratan la cuestion, de en que casos el error comun invalida los actos á que haya dado lugar. Concuerda tambien la l. 2. C. *de sentent.* en la que se dispone que el que se halla en posesion de su libertad, puede ser juez delegado; y no será nula la sentencia que hubiere proferido, aunque despues se descubra que era esclavo; y Bald. allí vierte muchas especies notables.

(26) Y aunque se sostiene lo obrado, como hecho con la solemnidad del juicio, pero es porque no se le considera como siervo, en cuanto ejercè el oficio, sino, segun se dice aquí, *como Juez*; pues, como dice el Filósofo, *ens et verum convertuntur, et sicut se habet ad esse, sic ad veritatem.* Bald. sobre d. l. 2. C. *de sent.* hácia el fin.

(27) Pero el error ú opinion comun no validaria los actos del siervo que, sabiendo que lo era, ejerciese el oficio de juez; V. Abb. cap. *ad probandum*, col. penúlt. *de re judic.* y Felin. allí. Mas ¿qué deberia decirse, por el contrario, del que fuese libre en realidad, pero tenido por siervo en la comun opinion y de hecho reducido á la esclavitud? En tal caso, se miraria únicamente la verdad de las cosas, segun Bald. á d. l. 2. col. 1.

(28) Por esta ley queda dirimida la diversidad de opiniones sobre cual era, por derecho comun, la edad necesaria para poder ser juez ordinario: pues segun Azo. y Rofred. debian haberse cumplido los 25 años. Specul. tít. *de judic. deleg.* § *excipi* vers. *item, quod est minor* pretendia que bastaba el haber salido de la pubertad, fundándose en la l. 57. D. *de re judic.*; á tenor de la cual, opinaban Bart. y Ang. allí. que podia ser juez ordinario el mayor de 18 años. Nótese, empero, esta nuestra ley, que exije la edad de 20 años y añádase la l. 4. tít. 15. *de los Alcaldes* lib. 2. Orden. Real. [y l. 3. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop. literalmente copiada de la presente] y V. hoy la pragmática de los Católicos Reyes [es la l. 6. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop.] la que exije en los letrados, para ser jueces, la edad de 26 años. Mas, si se nombrase para algun oficio á un militar ó á otra persona lega, de las que ejercen la jurisdiccion por medio de asesor ó lugarteniente; creemos que valdria el nombramiento, mientras el nombrado hubiese cumplido los 20, por no entenderse, respecto de ellos, derogada la presente ley, por la citada pragmática; la cual habla únicamente de los letrados, arg. l. 32. C. *de appell.* — * Si bien no se ha hecho innovacion alguna, en cuanto á la edad que prefija la ley recopilada, para ser juez letrado; pero deberá esto entenderse con los que lo sean inferiores ó de primera instancia; pues para ser magistrado, ó ministro de un tribunal superior, es necesario haber cumplido los 30 años. Real Decreto 29 Noviembre 1833.

(29) Nótese bien esto; porque lo contrario pretendia Abb. cap. *cum vigesimum, de offic. deleg.*

sobrel pleyto, que le ouiesse encomendado. Fueras ende, si el fuesse puesto por Juez con plazer de amas las partes, o con otorgamiento del Rey. Ca estonce la sentencia, que el diesse derechamente en aquel pleyto, seria valedera, e non la podrian desatar, por razon que dixessen, que era de menor edad.

LEY 6. *Como deuen ser puestos los Judgadores a quien otorgan poder de judgar: e como deuen jurar, e dar recabdo, que fagan bien, e lealmente su officio.* (31)

Puestos deuen ser los Judgadores (despues que fueren escogidos assi como de suso diximos), en los logares que les otorgan poderio de judgar, tomandoles primeramente (32) la jura, ante que judguen, en esta manera: faziendoles jurar, que guarden estas cosas. La primera, que obedezcan todos los mandamientos, que les el Rey fiziere por palabra, o por su carta, o por su mensagero cierto. La segunda, que guarden el Señorio, e la honrra, (*g*) e el derecho del Rey en todas cosas. La tercera, que non descubran en ninguna manera, que ser pueda, las poridades del Rey; non tan solamente las que les dixesse por si, mas las que les embiasse dezir por carta, o por su mandadero. La quarta que desuien su daño, en las guisas que ellos pudieren e supieren. E si por auentura ellos non ouiessen poder de lo fazer, que aperciban al Rey dello, lo mas ayna que pudieren. La quinta, que los pleytos que vinieren ante ellos, que los libren bien e lealmente, lo mas ayna e mejor que supieren, e por las leyes deste libro (33), e non por otras. E que por amor, nin por desamor, nin por miedo, nin por don que

(*g*) et la vida et los derechos Acad.

como dije antes á l. 2. de este título. —* Y téngase tambien presente lo dicho en la nota anterior, sobre haber sido esta ley trasladada á la Nov. Recop.

(30) Apruébase aquí la opinion de la Glos. de d. l. 57. D. *de re judic.* á diferencia de lo dispuesto por derecho Canónico, en d. cap. *cum vigesimum;* esto es, que el menor de 20 años no pueda ser juez delegado, sino por consentimiento de las partes, ó por especial mandato del Príncipe.

(31) —*Sobre el juramento y fianzas que debian prestar los jueces ordinarios, al entrar en posesion de su oficio, pueden verse, además de la l. 3. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop. que es exactamente copiada de la presente, la l. 8. tít. 9. ll. 2. 3. 7. 23. tít. 11. ll. 2. 14. tít. 12. l. 4. tít. 13. l. 12. tít. 21. lib. 7. ll. 7. 8. tit. 1. lib. 11. l. 3. tít. 2. lib. 4. Nov. Recop. y V. el apéndice á este tít.

(32) V. lo anotado á la l. 26. tít. 9. Partida 2ª., y añádase á lo dicho aquí, que debe jurar además el juez, que no ha hecho ni hará donativo ni promesa alguna, por razon de su oficio, segun la l. 4. tít. 16. lib. 2. Orden. [l. 2. tít. 11. lib. 7. Nov. Recop.] y Authent. *ut judices sine quoque suffragio* pr. y tambien deberá jurar todo lo prevenido en los cap. 1. 2. 20. y 48. *de los Corregidores*, y tambien que observará y cumplirá la pragmática sobre el castigo del delito nefando, y las demás sobre la marca y el peso de las monedas. ¿Qué deberá, empero, decirse si alguno entrare en el ejercicio de su jurisdiccion, sin haber prestado el juramento? V. Bald. *de pace Constantiæ*, § *vasalli nostri*, vers. *quæro quid si isti*, en donde dice que, por haber entrado ilegalmente en el oficio, deben ser espelidos de él y castigados, y no puede decirse que hayan obtenido la canónica posesion del mismo, pues no se adquiere esta sino por el ministerio de la ley, como advierte Juan Andr. cap. *ad decimas de restit. spol.* lib. 6. *in novella* Glos. de la l. 1. princ. D. *de adquir. posess.*: bien que añade deber, en caso de duda, presumirse que se ha tomado la posesion canónicamente y que se han observado todas las solemnidades debidas; l. 3. D. *de offic. præt.*

(33) Otra cosa se dispuso por la ley del Orden. de Alcalá, inserta en las ll. de Toro, l. 1. [es la l. 3. tít. 2. lib. 3. Nov. Recop.] que es la que debe observarse, y en ella se aprueban estas leyes de partida y se manda que se haya de juzgar por ellas [como á supletorias de las de Toro y de los fueros particulares]; por donde se ve el grande é inminente peligro que corren los jueces que las ignoren ó no las hayan bien estudiado; que es lo que mas me incitó á emprender el trabajo de glosarlas, y dedicarme á interpretarlas en cuanto mis facultades alcanzasen.

Nótese, por lo demás, esta espresion *e non por otras*, la que se usa tambien exactamente en la l. del Orden. de Alcalá; de lo que se infiere que no están admitidas las leyes de los Emperadores y de los Jurisconsultos, [Código y Digesto romanos] aunque es permitido el estudiarlas en las Universidades: á cuyo propósito refiere Oldral. cons. 69. y despues de él nuestro Doctor de Pal. Rub. en la introduccion de su elegante repeticion, cap. *per vestras*, que antiguamente habian los Españoles prohibido, bajo pena de muerte, el alegar en juicio las leyes de los Emperadores: disposicion justamente establecida porque la observancia de aquellas leyes supondria en los

les den, nin les prometan dar, que non se desuien de la verdad nin del derecho. La sesta, que en quanto touieren los oficios, que ellos, nin otro por ellos, non reciban don, nin promision (34) de ome ninguno, que aya mouido pleyto antellos, o que sepan que lo han de mouer,

Emperadores cierta superioridad, como dice Abb. al cap. *ecclesia sanctæ Mariæ*, col. 4. *de constit.* por lo que bueno es valerse de las mismas, como razon natural, en la cual están fundadas, mas no como leyes, segun d. Abb. allí, y, como observa Bald. al cap. últ. col. antepenúlt. *de constit.* los Francos se valen de las leyes romanas, no por ser leyes, sino porque son equitativas. Y lo propio dice Andr. de Iser. *in prælud, feud.* quest. 2. hácia el fin; esto es, que los que, de tanto tiempo han sido independientes del Imperio, no están obligados á observar las leyes de los Emperadores, sino en cuanto sean estas razonables, y solo porque sean tales, no por ser leyes de los Emperadores; en cuyo sentido debe entenderse lo que se lee en Juan Fabr. proem. *Instit.* vers. *omnes populi*, donde despues de observar que, segun lo dicho allí, no obligan á los Francos las leyes de los Emperadores, añade que podria pretenderse lo contrario, porque tampoco obligan á la Iglesia, cap. *quæ in ecclesiarum*, *de Constit.* y sin embargo está mandado que se observen en las causas eclesiásticas, cuando no estén en contradiccion con los cánones; lo que debe entenderse, como antes se ha dicho; esto es, que no se observan como leyes, sino como ajustadas á la razon, y así se espresa tambien Bald. §. *injuria*, col. penúlt. *de pace jur. firm.* diciendo que en los tribunales de los Reyes se alega el derecho civil no como autoridad, sino como razon; y el mismo á la l. 13. C. *de sentent.* añade que los Francos no alegan aquellas leyes, sino que observan la razon de las mismas; esto es, miran lo que en ellas está prevenido, no porque ellas lo prevengan, sino porque la razon así lo exige; y prosigue con la bella espresion de que alegan las leyes de los Emperadores, no porque son de los Emperadores, sino porque son naturales y justas, y proceden de la razon natural, que es fuente de equidad, y que no está circunscrita á lugar ni pais determinado sino que nació con el humano linage desde un principio: y V. tambien á Paul. de Castr. sobre la l. 26. D. *ad S. C. Trebell.*—* V. la nota 66. de la l. 15. tít. 1. Partida 1ª.

(34) Añád. las ll. 6. 7. 8. 30. tít. 15. y l. 14. tít. 4. lib. 2. Ord. Real. y el cap. 1. *de los Corregidores.* cap. 19. Orden. de Medina. l. 1. C. *ad leg. jul. repet.* y lo que se lee en el lib. 1. *de los Reyes* cap. 8. vers. 3. *Acceperunt munera et perverterunt judicium* y cap. 3. vers. 11. *Micheas. Principes ejus in muneribus judicabant.* Ambrosio da la razon por la cual no deben los jueces recibir regalos; y la infiere del cap. 6. Epist. 1. de S. Pablo á los Corintios, diciendo: *Non enim potest constanter arguí, a quo accipitur, maximè cum ideo promptus ad dandum sit, ut sibi humiliet præpositum*; y añád. tambien lo que se dice en la l. 2. tít. 2. lib. 6. del Orden. Real, acerca los *comites sacrarum largitionum*, llamados hoy *Contadores mayores*, y los oficiales de estos. No es, pues, lícito, en el dia, á los jueces como se en las antiguas leyes se les permitia el recibir las dietas, (*esculentum* vel *proculentum*) [ó *potulentum*, como dice la ley romana, ó *xenias*, que en opinion de Gotofr., son los dones que se dan á los huespedes] l. 6. §. últ. D. *de offic. procons.* l. 18. D. *de offic. præsid.* y cap. *statutum* 11. § *insuper, de rescript.* lib. 6., antes les está prohibido recibirlas en poca ni en mucha cantidad, segun dd. ll. del Orden. Real y Ord. de Medina.: ni, como advierte Bald. á d. l. 6. § últ., pueden escusarse, diciendo que, recibiendo pequeños regalos, no se infringe la ley, como por un par de faisanes ó dos botellas de malvasia, arg. l. 32. D. *de condit. et demonst.*: pues por semejantes pequeñeces no se quebranta la rectitud de los jueces, como decia la Glos. de d. § *insuper*. Y v. la l. 30. tít. 15, lib. 2. Orden., allí *que no reciban dadiuas*, en donde parece permitir que reciban los jueces pequeños regalos, cuando el negocio esté totalmente concluido: mas aconséjoles que no lo hagan, ni creo que se les permitiese en la práctica, atendidas las demás leyes del reino, y lo que añadiré mas abajo. Mas no parece que esté igualmente prohibido á los jueces delegados, segun d. § *insuper*, y lo que se lee en la Glos. del cap. *non licet* 11. quæst. 3. Nuestra ley habla aquí tan solo de los jueces ordinarios, y tambien d. l. 7. tít. 15. lib. 2 del Orden., bien que, en esta última, se hace mencion así mismo de los jueces delegados, pero solo de los nombrados por el Rey en la corte; por donde se ve, que no se quiso hacer estensiva la prohibicion á los delegados de fuera de la corte; y añádase que ni aun de los que los hagan espontaneamente, deben los jueces admitir regalos, como dije en la l. 8. tít. 9. Part. 2. ¿Podrán, empero, admitir dichos regalos, cuando hayan cesado en su oficio? Así lo opina Juan de Plat., infiriéndolo de la l. 9. C. *de profess. et med.* Bald. sobre d. § últ. vers. *quinto quæro* distingue de casos, y parece inclinarse por último, á que, lo que se hace al entrar y al cesar en el oficio, parece hacerse durante el mismo, y aun es muy sospechoso que antes de cesar, se haya ya convenido, arg. la l. 24. § últ. D. *de reb. auct. jud. poss.* Y añádase que el transgresor de dd. ll. se hace infame, segun Bald. en d. § últ., donde dice, que ni á los asesores de los jueces es lícito admitir tales regalos; v. l. últ. tít. 21 de esta Part., y sobre si se

nin de otro que gelo diesse por razon dellos. E esta jura deuen fazer los Judgadores en mano del Rey; o si non fuesse en el logar, sobre los Santos Euangelios, tomandola dellos, aquel a quien lo el Rey mandasse tomar señaladamente. E despues que los Juezes ouieren assi jurado, deuenles tomar fiadores (35), e recabdo, que se obliguen, e prometan, que quando acabaren el su tiempo (36) de judgar, e ouieren a dexar los oficios en que eran puestos, que ellos por sus personas finquen cincuenta dias despues, en los logares sobre que judgaren, por fazer derecho a todos aquellos, que dellos ouiessen recibido tuerto. E ellos despues (37) que ouieren acabado

entenderá sobornado el juez, que admita un préstamo gracioso de un usurero, V. á Bald. sobre la l. 7. hácia el fin C. *quando provoc. non est necess.*, donde se inclina á la afirmativa, arguyendo por la l. 2. D. *de calumniat.* —*Concuerdan las ll. 12 y 18. tít. 11. lib. 7. y l. 9. tít. 2. lib. 4. Nov. Recop. en las cuales se impone la pena de privacion de oficio é inhabilitacion perpetua para obtener otro, al juez que recibiere dadivas ó regalos, *en poca ni en mucha cantidad, directe ni indirecte, ni cosas de comer ni beber, de los que tengan ó verosimilmente se espere que han de tener pleito, ni del que lo hubiere tenido ante ellos durante su oficio*, con restitucion, además, del doble, si el que hubiere admitido el regalo fuere ministro ú oficial del Consejo Corte ó Chancillería, y del cuatro tanto, si fuere Corregidor ó Alcalde. La l. 8. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop. dispone además que el litigante que revelare haber hecho algun regalo á un Juez, quede libre de la pena en que, como sobornador, habria incurrido, á menos que se probare haber sido falsa la revelacion; á la cual, de otra parte, establece la misma ley, que deberá darse crédito, solo con que se hayan ministrado pruebas semiplenas, como los dichos de tres testigos, aunque declaren cada uno de hecho propio y singular, ú otros indicios semejantes.

(35) Acerca los fiadores que deben prestar los que entran á desempeñar algun oficio, v. á Juan de Plat. sobre la l. 1. C. *de conven. fisc. debit.*, l. 1. C. *de usur. fiscal.*, l. 1. C. *de peric. nominat.*, l. unic. *de peric. eorum qui pro magistrat.* y á Bart. sobre la l. 68. D. *de fidejuss.* Pero si el juez nombrado fuere abonado y bastante rico, parece que será suficiente, que preste por si la caucion, obligando sus bienes, segun Bart. y Juan de Plat. sobre la l. 14. C. *de murileg. et ginœciar.* y l. 7. C. *de fund. patrimonial.*; lo que no creo, sin embargo, fuera bastante, cuando hubiese aquel juez de desempeñar el oficio fuera de su provincia, sino que deberia dar fiadores en el lugar para el cual fuese nombrado, á fin de que los que se pretendiesen por él agraviados, pudiesen mas fácilmente obtener justicia.

(36) Previene que los jueces no deben ser perpetuos, sino temporales, en cuyo sentido se espresa bellamente la auth. *de defensor civit.* hácia el fin, y la l. 13. tít. 2. lib. 7. Orden. Real, y como dice tambien Tito Livio, lib. 4. cap. 12. *ab urbe condita: libertati populi Romani consulendum; maxima tamen ejus custodia est; si magna imperia diuturna non sunt; et temporis modus imponitur, quibus juris non potest.* Y Egesipo *de bello judaico* lib. 5. *Annuis vicibus Romani magistratus mutantur; quo fit, ne insolens diu maneat, et moderatior succedat: ¿Quando enim lex melior, utiliorque etiam Reipublicœ sepius flagitata, quam ne prœtoriœ Provinciœ plus quam annum, neve consulares plus quam biennium obtinerentur?* Tullius, Filip. 1.ª: Y Aristóteles lib. 2. *politicorum* reprende á Sócrates, porque sostenia la perpetuidad de los magistrados: No deben, pues, los oficiales ser perpetuos, sino mudables todos los años ó, á lo mas, cada biennio, segun la l. 4. y Juan de Plat. allí C. *de suscept. prœpos. et arcar.*: bien que, segun el mismo Plat. no hay inconveniente en que sean alguna vez perpetuos, por especial concesion del Príncipe; y en caso de duda, se les considera siempre como tales, cuando se les ha nombrado, sin prefijarles el tiempo que debian servir el oficio, y por durante el beneplácito del que los nombró l. 30. y Bald. allí princ. D. *de excusat. tut. et curat.* —*V. el apéndice á este tít.

(37) Deben hoy permanecer por espacio de treintas en el lugar donde han ejercido la jurisdiccion, l. 6. tít. 16. lib. 2. Ordenam. [l. 2. tít. 12. lib. 7. Nov. Recop.] Pero entiéndase esto, limitado en los siguientes casos: 1.° cuando durante la residencia ó antes de empezarla, sea el cesante nombrado para otra administracion: en cuyo caso bastará que deje allí un apoderado, segun la autent. *de collutoribus* § últ. col. 9. 2.° cuando el residenciado sea un magistrado que se haya concluido bien y meritoriamente en su oficio; Bald. á la l. 4. C. *de testam. manumis.* Lo que no comprendo como pueda practicarse, á menos que se le obligue, en aquel caso, á dejar un apoderado. 3.° cuando al cabo de un año de haber cesado en el oficio, nadie ha reclamado contra él ni pedido se le sindicase, segun d. l. 6. [d. l. 2. tít. 12. lib. 7. Nov. Recop.] Mas no procederia esto último por derecho comun, á tenor del cual, no favorece para dicho efecto, la prescripcion; y un oficial puede ser residenciado, aunque hayan pasado 40 años, desde que cesó en su oficio, como dice Juan de Plat. á la l. 7. C. *de Cohortal.* ¿Que deberia, empero, decirse si el residenciado se ausentase durante el tiempo de la residencia? V. la autent. *ut judic. sine quoque*

sus oficios, deuenlo complir assi, faziendo dar pregon cada dia (38) publicamente, que si algunos y ouiere, que ayan querella dellos, que les compliran de derecho. E estonce, aquellos que fueren puestos en sus logares (39), deuen tomar algunos omes buenos consigo, que non sean sospechosos, nin malquerientes de los primeros Judgadores, e deuenlos oir con aquellos que se querellaren dellos. E de todo yerro, e tuerto que ayan fecho, deuenles fazer, que fagan emienda dello, segund mandan las leyes deste libro. Pero si tal yerro ouiesse fecho alguno dellos, por que mereciesse muerte (40), o perdimiento de miembro, deuenlo recabdar, e embiar al Rey; e otrosi la razon escrita por que la merece. Ca atal juyzio como este, al Rey pertenece del dar, e non a otro ninguno.

LEY 7. *Que es lo que han de fazer, e de guardar los Juezes Ordinarios, en razon de los logares en que han de ser cotidianamente para judgar.*

Logares (41) señalados, e comunales, deuen escoger a todos los Judgadores, en que puedan oir los pleytos, e delibrar paladinamente las contiendas, de los omes que antellos vinieren, para alcançar derecho. E deuen y estar assentados (42) desde grand mañana fasta medio dia cotidianamente, en aquellos dias que non son defendidos, a que dizen feriados. E aun desde Nona fasta Visperas, seyendo los pleytos muchos. Ca non se deuen apartar, nin esconder en sus casas, nin en otros logares, do non los pudiessen (43) fallar los querellosos. Pero si les acaeciesse, que ouiessen de oyr algunos pleytos grandes, bien se podrian apartar por razon dellos, porque la otra gente non lo estoruasse. E deuen otrosi, mientra oyeren los pleytos, auer consigo Escriuanos buenos, e entendidos, que escriuan en libro apartadamente las cartas de las persone-

sufraggio. § *necesitatem* collat. 2. y la Gloss. allí, en la palabra *furti*, en donde se habla tambien de los jueces que huyen durante la administracion; y añád. d. § últ. autent. *de collat.* y d. l. 6. y l. 1. C. *ut omnes judic. tam civ. quam milit* Si muere el juez antes de ser residenciado, no quedan, por su administracion, obligados los herederos l. 6. D. *de jud.* y V. Bald. y Jas. á la l. 4. D. *qui satisd. cog.* á menos que el mismo residenciado hubiese hecho, dolosamente y con sus subterfugios, que no hubiese podido contestarse el pleito antes de su muerte, segun Bart. y Ang. á la l. 1. D. *de priv. delict.* Y, sobre si quedarán asimismo obligados los herederos de los que hayan muerto, durante la administracion, V. l. 2. y Bart. allí D. *ad leg. Jul. repet.* y Parid. en su tratado *syndicatus* fol. 52. col. 4. y siguiente hácia el fin. —* V. el apéndice á este tít.

(38) En el dia se da un pregon una sola vez en cualquier lugar de la jurisdiccion, como se prevenia en el cap. *syndicatorum*, cap. 1.

(39) Nótese que el juez nombrado es quien debe sindicar ó residenciar al que ha sido, en el oficio, su predecesor: y así estaba dispuesto por derecho comun segun Juan Andr. en sus adiciones al Especul. tít. *de sindico* rubr. y V. á Parid. en su citado tratado fol. 8. col. 4. vers. *judices ad syndicatum.* —* Por las leyes recopiladas, si bien estaba prevenido que los oficiales nombrados residenciasen á sus antecesores l. 14 tít. 12. lib. 7.; pero parece no se observaba siempre así; sino que con mucha frecuencia se daria aquel encargo á jueces especiales de residencia, de los que hablan las ll. del tít. 13. lib. 7. Nov. Recop, que lleva el epigrafe *de los jueces de residencia y sus oficiales*, y algunas veces á los del supremo Consejo de Castilla, tambien por especial comision del Rey l. 2. tít. 5. lib. 4. Nov. Recop. V. el apéndice á este tít.

(40) Por derecho comun, parece que los jueces de residencia podian conocer y fallar, sin distincion, sobre cualquier delito que resultase haber cometido el residenciado; l. 1. C. *ut omn. judic. tam civil. quam milit.* Nótese, empero, esta ley, que es la que se observa en la práctica, y por la cual se remiten á la Corte las residencias, cuando versan sobre delitos graves.

(41) V. l. penúlt. D. *de just. et jur.* y Bart. y Bald. allí. —* Entre nosotros no habia estado esta ley en observancia, con respecto á los juzgados inferiores, pues si bien las Audiencias han tenido siempre locales á propósito, públicos é independientes; no así, empero, los jueces de primera instancia, quienes despachaban y despachan los negocios, en sus casas ó habitaciones particulares, con grave menoscabo del prestigio, y á veces hasta del decoro de que debe estar revestido todo lo que concierne á la administracion de justicia. En el reglamento para los juzgados de primera instancia que acaba de publicarse, se ha mandado disponer para los respectivos juzgados unos locales á propósito, donde deberán celebrarse los juicios en audiencia pública, en los casos que, segun las leyes, lo requieran.

(42) Añád. la auth. *de judic.* §. *sedebunt* y la Glos. y los DD. al cap. *consuluit*, *de offic. de leg.* —* V. l. 3. tít. 11. lib. 5. Nov. Recop.

(43) Y sobre si hay obligacion de ir á encontrar al juez en otra parte fuera del lugar destina

rias, que aduzen ante ellos los Personeros del demandador, e del demandado, e las demandas, e las respuestas, e los otorgamientos que las partes fizieren en juyzio, e los dichos de los testigos, e los juyzios, e todas las otras cosas, que fueren y razonadas; de manera que por oluidança, nin por otra razon, non pueda nacer y dubda ninguna. Otrosi deuen y auer consigo omes señalados, que prendan los omes, que fizieren por que, e que cumplan todos los sus mandamientos, que ellos fizieren, derechamente. E aun deuen mucho guardar los Judgadores, que non judguen en otra tierra (44), que non sea de su judgado, nin prendan; nin apremien ome ninguno, si non por auenencia de las partes (45). Ca estonce bien lo podrian fazer como auenidores, e non como Juezes ordinarios. E si algunos contra esto fizieren, lo que judgaren non vala. E la entrega que

do para los juicios públicos, V. á Bart. en la l. 5. §. 7. D. *de nov. oper. nunc.* y l. 1. §. 7. D. *quando apell. sit.* —*V. l. 2. tít. 1. lib. 11. d. l. 3. tít. 11. lib. 5. Nov. Recop.

(44) ¿Podrian, empero, castigar á sus súbditos delincuentes, el majistrado que se hallase mandando un ejército fuera de su territorio, ó el Rey que estuviese de tránsito á Ultramar con sus tropas? Alber. á la l. 3. D. *de offic. præsid.* opina por la afirmativa, citando á Matesillano, y fúndase en que se entiende que la universidad les ha prorogado á aquellos la jurisdiccion, por el hecho mismo de permitirles salir con el ejército fuera de su territorio; y necesariamente debe entenderse así, porque, de otra manera, seria inútil el que saliesen, si para ello se les despojaba de su autoridad, l. últ. D. *de offic. profect. urb.* —*He aquí una de las muchas cuestiones originadas de la funesta confusion de los poderes gubernativo y judicial, y que ya no pueden ocurrir en el dia, porque ni los magistrados mandan ejércitos, ni las autoridades políticas y militares administran justicia en los negocios comunes, ni el Rey ejerce por sí la jurisdiccion, sino por medio de sus delegados, que lo son en el órden judicial ó los magistrados civiles, cuya autoridad está circunscrita á sus respectivos territorios, ó los juzgados y jefes militares, que tambien ejercen la jurisdiccion que les es propia, en tiempos normales, cada uno en su distrito; y en los ejércitos ó columnas de operaciones, cuando se hallan en campaña, en tiempo de guerra. V. el apénd. á este tít.

(45) Es, pues, necesario el espreso consentimiento de las partes; para que pueda juzgarlas un juez de diverso territorio; y esta era tambien la opinion de Ang. sobre la l. 100, D. *de solut.* en donde alegaba el cap. *statutum* 11. §. *in nullo*, *de rescript. in* 6., á pesar de sostener lo contrario allí Juan de Imol., esto es, que bastaria el consentimiento tácito, y lo propio pretendian Archid. y Juan Andr. al cap. *ut litigantes*, *de officio ordinis*. Mas, ¿será necesario además que lo consienta el juez de aquel territorio, en donde otro quiere ejercerse la jurisdiccion? Parece que lo seria para poder procederse allí á capturas y apremios, como se dice en esta ley, y en la Glos. sing. del cap. *ut litigantes*, *de officio ordinis*, sobre lo que v. á Alex. en la l. últ. D. *de jurisdic. omn. judic.*, en opinion del cual bastaria, que el juez ordinario de aquel territorio no lo contradijese, sabiéndolo. Adviértase empero, que en esta ley no se habla del consentimiento del juez del territorio, en donde quiera juzgar, el que lo es de otro, ni se dice, que lo obrado por este último, *por avenencia de las partes*, haya de valer, como si fuera obrado por un juez, cuya jurisdiccion se hubiese prorogado de lugar á lugar, sino como obrado por el mismo en calidad de árbitro ó arbitrador. Mas á esto se opone el prevenir esta ley el caso, en que el juez estraño proceda á apremiar, capturar, é imponer penas corporales, lo que no hubiera prevenido, si hubiese hablado esclusivamente de árbitros ó arbitradores, los cuales jamás pueden llevar á ejecucion sus providencias, segun la l. 15. princ. D. *de re jud.*, sino que debe hacerlo el juez ordinario de las partes interesadas en el fallo arbitral, segun la l. 5. C. *de arbitr.*, y lo advierte allí Bald. col 3, y Abb. al cap. *per tuas*, *de arbitr. primo notab.* No es pues fácil atinar con el verdadero sentido de esta ley; á menos que se diga que, en el caso en ella propuesto, la avenencia de las partes induce prorogacion de jurisdiccion, y la espresion de que se vale la ley cuando dice: *bien lo podrian facer como auenidores.* se entienda solo por via de comparacion, y no en todo su rigor. —*Interpretacion, que no alcanzamos á la verdad como pueda sostenerse, atendido que la ley no se limita á decir, que los jueces en territorio estraño puedan ejercer únicamente la jurisdiccion en calidad de árbitros, ó *como auenidores*, sino que añade espresamente: *e non como jueces ordinarios.* Y aun no como árbitros, sino simplemente como amigables componedores y sin forma alguna de juicio, como se indica bien claramente en esta ley, y es conforme con las recopiladas que prohiben absolutamente á los jueces ordinarios el ser árbitros arbitradores, como se dirá á la l. 24 de este título. Por lo demás, y en órden á lo que refiere aquí el glosador, sobre la necesidad del consentimiento del juez de un territorio, para que el que lo es de otro pueda ejercer en él jurisdiccion, está esto vigente

fuesse fecha por su mandado, tornenla doblada, a aquellos a quien lo tomaron. E otrosi dezimos, que quando los Judgadores fuessen tan atreuidos, que mandassen fazer justicia en cuerpo de ome, o de muger, en tierra sobre que non ouiessen poder de judgar; que tal pena reciban en sus personas, qual mandaron fazer, a aquel que fue justiciado. Ca non tenemos (46) que es justicia, pues que fue fecha en logar do non deue, non habiendo mandamiento del Rey, para fazerla, aquel que la fizo. E sobre todo, se deuen mucho guardar los Judgadores, que en aquella tierra do ellos son puestos para judgar, que non apremien a ome estraño de otra parte, que responda en juyzio ante ellos. Fueras ende por alguna de aquellas razones, que de suso diximos en los Títulos del Demandador, e del Demandado, que fabla en esta razon.

LEY 8. *Que es lo que han de fazer, e de guardar los Juezes, e las Partes, quando vienen ante ellos a pleyto.*

Mansamente deuen los Juezes recebir, e oyr las partes, que vinieren antellos a pleyto, para alcançar derecho. Pero de manera deuen esto fazer, que non les nazca ende despreciamiento. E esto seria, quando alguna de las partes se atreuiesse a razonar ante ellos con soberuia, o les fablasse en poridad a las orejas (47), estando ellos assentados, en el logar do deuen judgar publicamente. Ca tales cosas como estas, niu otras semejantes dellas, non las deuen consentir: porque sin el despreciamiento que por esta razon les viene, podrian porende auer, los que lo viessen, mala sospecha (48), teniendo que aquella fabla era a pro de la vna parte, e a daño de la otra. Otrosi dezimos, que mientra los Judgadores oyeren alguno que razonare su pleyto, que non deuen consentir quel atrauiesse otro por palabras, quel embargue su razon (49). Mas deuen oyr ordenadamente los pleytos, de manera, que aquel que primeramente dixere su razon antellos, sea ante oydo, e librado, que otro pleyto comiencen a oyr de nueuo. E faziendolo desta guisa, entenderan mejor lo que antellos fuere razonado, e librarlo han sin grand embargo de si.

en el dia, de suerte que, para practicar un juez ordinario una notificacion ó emplazamiento, ó para proceder á la captura de alguna persona que se encuentre fuera de su partido, debe remitir exorto al que lo sea de este, paraque verifique por sí aquella dilijencia, en cuyo sentido ni aun puede decirse que el juez exhortante ejerza su jurisdiccion en el territorio y con el consentimiento del exhortado, sino que es este último el que ejecuta, y ejercita el mero imperio, mandando cumplir y llevando á efecto las providencias que aquél ha dictado, cuando se refieren á personas que, aunque sujetas á la jurisdiccion del mismo, pero se hallan fuera de su territorio. Mayor dificultad se ofrece para determinar el modo como puede un juez ejercer los actos de jurisdiccion que en el decurso de un juicio pueden ocurrir, y recaigan sobre una persona que se halle en el estranjero, ya sea esta del mismo territorio del juez, pero que accidentalmente resida en otro reyno, ya sea un súbdito de otra nacion, que haya puesto demanda contra un español, y sujetádose, por lo mismo, en cuanto á dicha demanda, á la jurisdiccion del juez del convenido; en cuyos casos, bien sea en causas civiles ó criminales, diremos lo que, en la práctica, se observa, en el apénd. á este tít.

(46) Porque el juez fuera de su territorio queda reducido á la condicion de simple particular, l. 3. D. *de offic. præsid.*, y nótese muy particularmente la pena, que por esta ley se impone al juez, que ejerce su jurisdiccion en territorio de otro, la que no he visto conminada en otra parte alguna.

(47) Añád. á Specul. tít. *de advocat.* §. *hic dicendum* hácia el fin, en donde dice, que el juez no debe dar oidos á semejantes confabulaciones, antes bien debe referir en alta voz lo que le dicen al oido, para no dar lugar á siniestras sospechas; aleg. cap. *cum ex injuncto*, *de hæret.* y añádase lo que, sobre esas conversaciones secretas, dice Specul. tít. *de deposit.* §. *septimo videndum*, vers. *certe judex.* —* Concuerda la l. 4. tít. 11. lib. 5. Nov. Recop.

(48) El varon justo debe procurar en todas sus acciones evitar las malas sospechas, l. 3. y Bald. allí *de interdict. mat. int. pupil. et tut.*

(49) Añád. la l. 9, §. 4. D. *de offic. procons.*, l. 29. D. *de jud.*, bien que, segun Specul. tít. *de advocat.* §. *nunc de exordiis*, col. 4, si un abogado hubiese empezado á alegar en un negocio de poca monta, y otro quisiese hacerlo de asuntos de grande interés, ó de árdua resolucion, deberia oirse primero á este último, arg. la l. últ. C. *de testam. manumis.* lo que sin embargo no deberia hacerse sin grave motivo, ni en todos los casos, como se dice aquí. —* La l. 7. tít. 7. lib. 4. Nov. Recop. disponia tambien que se viesen y determinasen las causas, por el mismo órden con que fuesen conclusas para definitiva, á menos que el Rey ordenase la vista de alguna con preferencia, ó el tribunal lo resolviese por alguna lejítima causa; sobre lo que, añadia la ley, *les encargamos mucho sus conciencias.* En el dia, por

LEY 9. *Que es lo que han de fazer, e de guardar los Judgadores, quando algun pleyto, que pertenesciesse a sus padres, o a sus fijos, acaeciere antellos.*

Criminal (50) pleyto tanto quiere dezir, como acusamiento, o querella que faze en juyzio vn ome contra otro, sobre yerro que dize que ha hecho, de que le puede venir muerte, o perdimiento de miembro, o otro escarmiento en su cuerpo, o echamiento de tierra. E tal pleyto como este, seyendo mouido contra el padre (51), o al fijo del Judgador, o contra alguno de su compaña, que biua con el continuamente, non lo deue oyr (52); como quier que (53) a el este bien de los escarmentar, quando fizieren por que. Esto mismo dezimos que deue ser guardado, quando alguno destos tal pleyto como este quisiesse demandar a otro en juyzio antel. Mas quando alguna destas cosas acaesciere, deuelo el Juez fazer saber al Rey, e pedirle merced, que mande a algun ome (54) bueno, que oya aquel pleyto, e que lo libre, e el Rey deuelo fazer. Esso mismo dezimos que deue guardar el Juez ordinario en todos los otros pleytos, maguer non sean crimi-

el art.° 33. de las Ordenanzas de las Audiencias, está mandado que se vean las causas por órden de antigüedad de su conclusion, prefiriéndose las criminales á las civiles, y entre aquellas las en que se trate de reos presos; pudiendo además el tribunal preferir entre los pleytos civiles los que estime mas urgentes; y lo mismo debe entenderse dispuesto relativamente á los jueces de primera instancia; en cuyo sentido quizás se habrá de considerar modificada la l. 1. tít. 16. lib. 11. Nov. Recop. esto es, cuando la multitud de negocios impida que se fallen estos dentro los seis ó veinte dias, como en aquella se previene.

(50) Nótese, por esta ley, cuales sean propiamente las causas criminales. Segun lo dicho aquí, no deben llamarse tales aquellas en que, si bien se impone una pena, por razon de algun delito, pero es aquella pecuniaria, y se aplica en beneficio de una de las partes; mas si lo serán, por el contrario, aquellas en que la pena, aunque sea pecuniaria, se aplica al fisco, segun la Glos. de la l. 3. princ. D. y l. 1. C. *de sepulcr. viol.* y Salicet. allí y Felin. sobre la rubr. *de judic.*, en donde trata tambien la cuestion, de si deberá calificarse de criminal la causa en que se haya de imponer privacion de beneficio, opinando por la afirmativa. Y, segun Jason, sobre la rubr. C. *de judic.*, será mixta de criminal y civil, aquella en que la pena pecuniaria se aplique, parte al fisco, y parte al acusador ó agraviado.

(51) Nótese que por esta ley está prohibido á los jueces el conocer en las causas en que formen parte sus padres, hijos ó domésticos, ya sean estos actores ó acusadores, ya sean reos ó convenidos; y así no tiene lugar la distincion con que limitaban los DD. esta disposicion, sobre la l. 10. D. *de jurisd. omn. judic.* — * Concuerdan las ll. 35. y 41. tít. 1. lib. 5. y l. 6. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop. las cuales estienden la prohibicion á las causas en que forme parte un yerno ú hermano, y en d. l. 6. se previene que no pueda presentarse demanda alguna, por medio de escribano, que fuere padre, hijo, yerno, cuñado, hermano ó primo hermano del demandante ó del abogado ó procurador de este, á menos que en el pueblo no hubiese otro.

(52) Aunque la parte no lo reclame, pues la palabra *non deue*, de que usa aquí la ley, importa necesidad, Glos. de la Clem. *attendentes*, á la palabra *debeant, de statu monach.* [obsérvese, empero, que en la ley próxima siguiente, al prevenirse que nadie sea juez en causa propia, se dice *non puede, nin deue*] y porque es absoluta la prohibicion contenida en esta ley, de que sea juez el padre en la causa criminal del hijo, y al contrario. Así tambien lo opinaba Ant. al cap. *postremo, de apellat.* relativamente á las causas criminales; mas, por lo que hace á las civiles, habia, por derecho comun, mucha diversidad de opiniones, y generalmente se opinaba, que, no habiendo oposicion, podia conocer en dichas causas el padre ó el hijo de alguno de los interesados, como dice Jas. sobre d. l. 10. Por esta ley, empero, parece dispuesto, respecto de los pleitos civiles, lo mismo que relativamente á las causas criminales. — * Y lo mismo debe decirse de las leyes recopiladas citadas en la nota antecedente.

(53) V. l. 17 princ. D. *de furt.*, l. 7. §. 2. D. *de injur.*, l. 3. C. *de patr. potest.*, y l. 1. C. *de emendat. propinqu.*; no se entienda, empero, lo dicho aquí, en tales términos que tambien al hijo le esté bien el castigar al padre; antes mira la ley con repugnancia el que los padres sean castigados por los hijos, auth. *de nupt.* §. *sed quod sancitum*, col. 4.

(54) En este caso, pues, no podrá dicho juez delegar á otro el conocimiento de una causa criminal formada contra su pariente ó allegado, como podria hacerlo, si la causa fuese civil, y mediasen las circunstancias que en el final de esta ley se espresan; contra lo que opinaban Guiliel., Ang., Fulg. y Alex. á la l. 16. D. *de jurisd. omn. jud.* En el cap. *judex ab apostolica, de offic. deleg.* y en d. l. 16 se permite, como, aquí la delegacion en las causas civiles, y lo propio se infiere de lo que, mas terminantemente todavía, anota Bald.

nales, que su padre, o su fijo, o algun otro de su compaña (55) ouiesse con otros antel, de qual natura quier que sean. Pero si el Juez non fuesse ordinario, mas delegado (56) para librar algun pleyto por mandado del Rey, maguer pertenecíesse a su padre, o a su fijo, bien lo puede librar, en aquella manera que le fuere encomendado. Otrosi dezimos, que si el padre, o el fijo del Juez ordinario, o algun otro de su compaña ouiesse atal derecho en alguna cosa, que se le podria perder por tiempo (57), si non la demandasse en aquella sazon; que por tal razon como esta, bien puede mouer demanda antel, por guardar que non pierda el derecho que auia sobre ella. Mas despues que tal pleyto como este fuere comenzado por demanda, e por respuesta antel, non deue yr mas adelante por el, nin dar juyzio sobre aquella cosa; ante lo deue encomendar a otro que sea sin sospecha, que lo oya e libre segun derecho.

LEY 10. *Como el Judgador se deue guardar de non oyr su pleyto mismo, nin otro de que el ouiesse seydo Abogado o Personero.*

Juez (58), e demandador, e demandado, son tres personas que conuiene que sean en todo pleyto, que se demanda por juyzio. E porende dezimos, que ningun Judgador non puede, nin deue oyr nin librar pleyto sobre cosa suya (59), o que a el pertenezca: porque non deue un ome tener logar de dos, assi como de Juez, e demandador. Otrosi dezimos, que ningun ome non deue oyr (60) nin judgar pleyto, de que ante, el mismo ouiesse seydo Abogado, o Consejero; e esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque si el diesse despues sentencia, contra la parte que ante ayudaua o consejaua, mostrarse ya por Abogado tortizero. E otrosi, si diesse juyzio por ella, sospecharia contra el, que lo fiziera por amor de ayudar, a aquella parte que primero consejara.

LEY 11. *Como los Judgadores deuen escodriñar por quantas razones puedan, de saber la verdad de los pleytos que fueren començados antellos.*

Verdad (61), es cosa que los Judgadores deuen catar en los pleytos, sobre todas las otras cosas del mundo: e porende, quando las partes contienden sobre algund pleyto en juyzio, deuen los Judgadores ser acuciosos en puñar de saber

al cap. 1. *de invest. in mari facta*, donde dice, alegando la Glos. de la l. 2. C. *de sent. quæ sine cert. quant. profert.* que un juez, aun no siendo de aquellos que no reconocen superior, puede constituir á otro juez ordinario en su propia causa.

(55) Esto es; algun pariente hasta el décimo grado, segun Bart. y los DD. sobre. d. l. 10. D. *de jurisd. omn. jud.* Pero esta ley habla mas bien de los domésticos ó de las personas que hacen vida comun con el juez, como claramente lo dice al principio.

(56) Esto es, si fuese delegado para conocer de alguna causa civil, segun se infiere de esta ley; la que ha dirimido la diversidad de pareceres que habia, sobre el particular, por derecho comun; aprobándose aquí la opinion de la Glos. de la l. 6. D. *de recept. qui arb.* Pero, aunque el juez delegado puede conocer del pleito en que forma parte su padre, pariente, etc., no está prohibido, por esto, á la parte contraria el recusarle y así lo entienden los DD. sobre d. l. 10. D. *de jurisd.* y Alber. á d. l. 6.

(57) L. 16. D. *de offic. præsid.*

(58) Y son tan esenciales las personas de que aquí se habla, que, faltando alguna de ellas, se destruye la forma del juicio, l. últ. y Bald. allí C. *de assert. tollend.* y la persona del juez es la mas principal y necesaria. V. Bald. á la rúbr. C. *si à non comp. judic.*

(59) Añád. l. únic. C. *ne quis in sua caus. judic.* y cap. *inter querellas* 27. caus. 23. cuest. 4; y, ni aun consintiéndolo las partes, puede nadie ser juez en causa propia, segun Abb. cap. *ut venissent.* col. últ. *de judic.* Mas, ¿podria serlo el Rey ó Emperador? V. l. 3. D. *de his quæ in test. del.* y Andr. de Iser. §. penúlt. *de prohib. feud. alien. per Freder.* y v. l. últ. tít. 24. Part. 4: debiendo entenderse que tendria lugar la prohibicion de esta ley, aun en la ciudad en que no hubiese regidor alguno [que pudiese suplir al juez en la causa en que este fuese parte] l. 2. §. 13. y Bald. allí D. *de orig. jur.* — * V. el art. 46 del reglamento provisional.

(60) Especul. §. últ. tít. *de asess.* dice que, si el juez no se abstuviere de conocer, y fallare en causa propia, será nula la sentencia que profiriere, cuya opinion parece aprobada por esta ley; y en mi concepto, seria dicha sentencia nula, aunque el juez no hubiese sido recusado por las partes, contra la opinion de Alex. sobre la l. 16. D. *de jurisd. omn. judic.* en donde pretendia que seria válida dicha sentencia no habiendo sido el juez recusado, á tenor del cap. *postremo, de apell.* Y añád. las ll. 5 y 6. C. *de offic. asess.* y lo anotado largamente á la l. 22. de este tít. — * V.

la verdad del, por quantas maneras pudieren. Primeramente, por conoscencia que fagan por si mismos el demandador, e el demandado, en juyzio, o por preguntas que los Juezes fagan a las partes en razon de aquellas cosas sobre que es la contienda. Otrosi por jura, en la manera que diximos en el titulo do fabla della. Porque, quando por ninguna destas *(h)* carreras non pudieren los Judgadores saber la verdad, han de recebir testigos, los que las partes traxeren para prouar sus intenciones, tomando la jura ante ellos paladinamente ante las partes, e recibiendo despues los dichos de cada uno por si en poridad (62), e en logar apartado. E sobre todo, si por preuillejos, o por cartas valederas, o por señales manifiestas, o por grandes sospechas (63) non la pudieren saber, deuen fazer en la manera que mostramos en las leyes (64) deste libro, o en los logares do fabla en cada vna destas razones. E quando supieren la verdad, deuen dar su juyzio, en la manera que entendieren que lo han de fazer segund derecho.

LEY 12. *Como conuiene al Oficio de Judgadores, de dar acabamiento a los pleytos que fueren començados ante ellos.*

Acabamiento e fin deuen dar derechamente los Juezes a los pleytos, que fueren comenzados delante dellos, lo mas ayna que pudieren (65). Ca segund dixeron los Sabios antiguos, ningund pleyto non se puede mucho alongar ante los Judgadores derechureros e acuciosos. Pero si les acaeciessen embargos de grand enfermedad, o de romeria, o de alguna mandaderia que ouiessen de fazer a luenga tierra, o si se acabasse el tiempo de su oficio, o si muriessen, ante que librassen los pleytos, que fueren començados ante ellos por demanda, e por respuesta; los otros Judgadores, que fueren puestos en sus logares, deuen yr adelante por aquellos pleytos, tomandolos y, do los dexaron los primeros: e despues que supieren la verdad, deuenlos librar por juyzio, bien assi como si ante ellos fuessen començados. Otrosi dezimos, que de tal manera deuen fazer los Judgadores derecho a las partes, que por mengua de lo que ellos ouieren a fazer, non aya ninguna dellas de venir al Rey. Ca si de otra guisa lo fiziessen, deuen auer pena (66) segund aluedrio del Rey, e aun demas pechar todas las costas, que la parte que fuere menguada de derecho, ouiesse fechas por esta razon. Pero quando algunos querellosos, podiendo alcançar derecho ante los Judgadores, non lo quisiessen caber, o dando juyzio derechamente contra ellos, non se pagassen del; si estos atales viniessen a la Corte del Rey por algunas destas razones, deuelos el Rey castigar, e embiarlos a sus Juezes, faziendoles *(i)* grand vengança, assi como a omes porfiados que andan maliciosamente en los pleytos.

LEY 13. *Como los Judgadores deuen guardar, que las partes non entiendan lo que tienen en coraçon de judgar, fasta que den sentencia.*

Llorando, e mostrandose por muy cuytados, vienen a las vezes los querellosos ante los Judgadores, e dizen que han recebido de otro deshonrra, o daño, o grande tuerto a demas. E como quiera que los Juezes a las vegadas deuen auer piedad de los omes; con todo esso, dezimos que non deuen ser ellos tan liuianos de coraçon, que se tomen a llorar con ellos, nin les deuen luego creer (67) lo que assi razonan; ante deuen

(*h*) maneras Acad.

(*i*) grant vergüenza Acad. grant venganza Tol. 1. grant vergüeña Esc. 1. grand vergoña Esc. 3.

l. 35. tít. 1. lib. 5. Nov. Recop. y ll. 5 y 6. tít. 11 del mismo lib. que prohiben absolutamente á los oidores y alcaldes el ejercer la abogacia en los tribunales del Reino, hasta en las causas en que no hayan de tener conocimiento ni voto, bajo la pena de treinta dias de suspension de oficio y privacion del salario por dos meses.

(61) Añád. l. 3. C. *de naufr.* y Juan de Plat. allí, en donde alega muchas concordancias.

(62) Añád. l. 26. tít. 16 de esta Part.

(63) He aquí confirmado lo que advierte la Glos. de la l. 2. á la palabra *legitimis* D. *de excusat. tut.* y lo que, segun Nicol. de Nap. allí ha venido á ser un axioma vulgar, á saber que la reunion de muchos indicios tiene fuerza de prueba. V. Bald. á la l. 15. §. 11. D. *de excusat. tut.* — * V. ll. 8. y 12. tít. 14. de esta Part. y lo anotado allí

(64) Absolviendo al reo ó defiriéndole el juramento ó dándole tortura, si la causa es criminal, y hubiere en ella muchos indicios. — * V. l. 5. tít. 13. de esta Part. l. 26. tít. 1. Part. 7. y lo anotado allí.

(65) — * V. l. 1. tít. 16. lib. 11. Nov. Recop. por la cual se manda á los jueces que profieran los fallos interlocutorios dentro seis dias y los definitivos dentro veinte dias, despues de conclusos los autos para sentencia, bajo la pena de pagar las costas que, no haciéndolo así, ocasionaren á las partes y la multa de cincuenta mil maravedís. V. lo dicho en la nota 49 de este tít.

(66) V. la Novell. 86. tít. 15. collat. 6.

(67) Añád. las bellas palabras de S. Bernardo,

emplazar, e oyr la razon, de aquel contra quien ponen la querella. E esto por dos razones. La vna, que non es señal de firme, nin de derechurero Juez, en descubrir luego por la cara el mouimiento de su coraçon. La otra, porque algunas vegadas acaesce, que muchos de aquellos, que piadosamente se querellan, andan con enemiga, e adelantanse a querellar, por encobrirse, e por meter en culpa, a aquellos de quien se querellan. Otrosi dezimos, que quando los Judgadores entienden, que alguna de las partes que ha razonado antellos, tiene pleyto tortizero, o que es en culpa del yerro de que le acusan, que deuen mucho encubrir sus voluntades, de manera, que non muestren por palabras (68), nin por señales, que es lo que tienen en coraçon de judgar sobre aquel fecho, fasta que de su juyzio afinado. E faziendolo desta guisa, mostrarse han por omes sabidores, e entendidos, e firmes, e de buenos coraçones, e acrecentaran la honrra de su oficio: e aun la gente que han de mantener, les honrrara mas, e les aura mayor miedo. E si de otra guisa fiziessen, acaescerles y a todo el contrario.

LEY 14. *Como los Juezes deuen embiar al Rey escritas las razones, e el recabdo que tienen de los presos que le embian, quando non se atreuen a judgarlos.*

Presos (69) tienen a las vegadas los Judgado-

epist. 247. *Non ergo vos moveat hominis facies miseranda, vilis habitus, vultus supplex, demissa supercilia, verborum humilitas: sed nec ipsæ quidem lacrymulæ currentes (ut ajunt) ad nutum ejus: hæc omnia in facie sunt, et scitis qui dixerit: nolite secundum faciem judicare*, etc. y añád. cap. *est injusta* 23. cuest. 4. y Bald. al § *publici latrones*, *de pace ten. et ejus viol.*

(68) Nótese esto y añád. l. 22. y Bald. allí C. *ad leg. cornel. de fals.*, pero pueden los jueces replicar á las partes, como en el caso que refiere la l. 97. D. *de legat.* 3. y suplir los defectos en que incurran aquellas, ó sus abogados, como es de ver en el tít. del C *ut quæ des. advot.* Alberic., sobre d. l. 22., advierte, que lo dispuesto aquí en nuestra ley no se observa en muchos paises, especialmente en Bérgamo: sino que los jueces, antes de fallar definitivamente, revelan á las partes el concepto que han formado de la causa, para que puedan aquellas, si quieren, revelarlo á su vez á otras personas; costumbre muy laudable en sentir de dicho Alberic. y muy propia para librar al juez de toda mala sospecha; mas añade el mismo allí, que, á pesar de esto, acostumbran las partes que sucumben, quejarse, aunque injustamente, de los jueces y de los consultores; todo lo que es muy notable, y lo he practicado yo mismo, aunque sin revelar espresamente el fallo que pensaba proferir, sino oponiendo á los abogados objeciones, para que pudiesen, haciéndose cargo de ellas, contestarlas conforme á derecho, y manifestándoles todos los méritos que les perjudicaban á ellos, ó á las partes que defendian, á fin de que en lo posible fuesen desvaneciendo todas mis dudas; y siempre obtuve así buenos resultados.—*La l. 6. tít. 3. lib. 4. Nov. Recop. impone á los jueces la rigurosa obligacion de guardar secreto, acerca las providencias y deliberaciones que se tomaren, sobre lo cual exije la misma ley que sean aquellos juramentados; y la l. 12. tít. 2. del mismo lib. señala por la violacion del secreto la pena de privacion de oficio, despues de establecer que, para probar aquella falta, sean bastantes los dichos de algunos testigos, aunque singulares, y de mas indicios y pruebas semiplenas que en la nota 34. de este tít. se ha dicho bastaban para probar el soborno.

Y á propósito de lo demás que espone aquí el Glosador, debe tenerse presente el art. 19. del reglam. prov. por el cual se previene á los jueces y tribunales traten á los abogados con el decoro correspondiente, y que, á no ser que hablaren fuera del órden ó de otra manera se escedieren, no los interrumpan ni desconcierten, cuando informen en estrados, ni les coarten directa ni indirectamente el libre desempeño de su encargo.

(69) Añád. la l. pen. y últ. C. *de relat.* y la l. 14. D. *de offic. præsid.* debiendo entenderse, que, no solo habrá de proceder el juez á la remision de los autos en consulta, cuando se creyere en la imposibilidad de determinar alguna cuestion de derecho, sino tambien, cuando no sepa encontrar solucion á la ambigüedad de los hechos, como en los casos en que hubiere igualdad de pruebas encontradas. V. á Alber. sobre la rubr. C. *de relation.*— * Bien que en este último caso, lejos de deber consultarse el negocio para su determinacion, está bien terminantemente prescrito por la l. 41. tít. 16. de esta Part. lo que deberá hacerse; que es absolver al reo ó demandado, y así lo exigen los buenos principios de derecho, como allí se dirá.

Por lo demás no deja de ser notable, en esta materia, el texto de la l. 17. tít. 1. lib. 5. Nov. Recop. en la cual, despues de prohibir se á los jueces de las Audiencias que mandasen á las partes comprometer en sus manos los pleitos que tuvieren, se añadia lo siguiente: *Y si por ventura algun pleito fuere tan dudoso y intrincado, que parece no se puede bien determinar la justicia y que se*

res., algunos omes que non se atreuen a judgar, e embianlos al Rey. E porende deuen ser acuciosos, para embiar escritas las razones al Rey, por que los prisieron. E otrosi las pruebas, e el recabdo que fallaron contra ellos, sobre aquellos yerros por que fueron presos; quier sean por testigos, o por cartas, o por conoscencias, o por señales, o por presunciones; de manera que el Rey pueda ser cierto, de lo que ouiere de fazer dellos. Ca si de otra guisa lo fiziessen, errarian en ello grauemente en dos maneras. La una, embargando al Rey con presos, e non le dando carrera de como los librasse. E la otra, fazer lazerar a los omes en la prision sin merecimiento, e non mostrando razon por que. E porende dezimos, que sin la pena que pueda dar al Rey por su aluedrio, al Judgador que tal yerro como este fiziere, quel deue aun fazer pechar las costas, e las missiones quel preso ouiesse fechas, e los daños, e los menoscabos que ouiesse recebido por aquella prision.

LEY 15. *Como los Judgadores deuen ser acuciosos para fazer complir sus Juyzios.*

Porfiado (70) deue ser el Juez en tal manera, que quando diere su juyzio açabado, de que se non alço ninguna de las partes, que faga en todas guisas que se cumpla. Ca pues que razon de derecho le aduze que lo deua fazer, non ha por ninguna manera a dexarlo, como en olvidança: porque el su oficio non se ha de cumplir tan solamente por palabra, mas aun por fecho. E si de otra guisa fiziesse, vernien porende muchos daños. Ca meterse y a por oluidadizo, e otrosi por (j) desconocido, despreciador de lo que el mismo fiziera. E demas faria mal a amas las partes: primeramente al que ouiesse recebido el tuerto, alongandole la enmienda que deuia auer. E a la otra, dando osadia, que fiziesse otra tal, o peor. E porende en todas guisas deue el Juez fazer cumplir su juyzio, en la manera que se muestra adelante, en las leyes del titulo que fabla en esta razon.

LEY 16. *Como los Juezes que han de judgar cotidianamente, deuen mantener en paz e en justicia, los logares en que son puestos.*

Establecidos son los Adelantados, e los otros

(j) desdeñoso et despreciador Acad.

debe mandar comprometer, los dichos Presidente y Oidores no lo hagan sin consultar primero con Nos: y nos envien la razon del negocio que fuere, con los votos de los Oidores que lo hobieren visto, y con las causas que les movieren para que Nos mandemos lo que se deba hacer. Parece, pues, que, por las leyes recopiladas, estaban los tribunales superiores facultados para resolver, por via de arbitramiento, los pleitos muy dudosos é intrincados, consultándolos previamente al Rey, y obligando despues á las partes á comprometer sus diferencias en manos de los mismos jueces de derecho; lo que, si bien no creemos derogado por ley posterior alguna, ni por el reglam. prov., pero habrá caido, sin duda, en desuso, y no se observa ya por los tribunales inferiores ni superiores, limitandose estos últimos; en el dia, á esponer al Gobierno las dudas y dificultades que tal vez se ofrecen en la inteligencia y aplicacion de las leyes y reales decretos, de lo que hemos visto algunos ejemplares; y cuyas consultas, si bien elevadas por conducto del Gobierno, deben, en nuestro concepto, entenderse hechas á las Cortes con el Rey, en quienes esclusivamente reside el poder legislativo, y por consiguiente la facultad de interpretar y declarar las leyes; á menos que la duda recaiga sobre la aplicacion ó ejecucion de alguna ley, ó sobre alguna real órden ó instruccion reglamentaria de aquellas que puede espedir y publicar el poder egecutivo; en cuyo caso podrá este resolver por sí la dificultad y aclarar las dudas que se ofrecieren.

(70) Porque de nada serviria que se hubiese proferido sentencia, si esta no debiese llevarse á ejecucion, como dice Acurcio á la rúbrica C. *de execut. rei judic.* y Specul. tít. *de execut. sentent.* princ., l. 2. allí *et quia parum erit jura condere* D. *de orig. jur.*, por donde el juez que se mostrase tibio en la ejecucion de la justicia, podrá ser depuesto de su oficio ó dignidad, v. cap. 1. y Abb. allí últ. notab. *de treuga et pace.*—*Añád. las ll. del tít. 17. lib. 11. Nov. Recop., debiendo aquí advertirse que á pesar de lo dispuesto en esta ley y en las recopiladas que acaban de citarse, únicamente en las causas criminales podrá el juez y deberá proceder de oficio á la egecucion de la sentencia que hubieren proferido: pero no así en las causas ó pleitos civiles, en las que se trata esclusivamente de asuntos de interés privado, en los cuales pueden ó no instar las partes la ejecucion de las providencias dictadas en su favor, y en el tiempo que mejor les pareciere; y aun, dado que aquél en beneficio del cual se hace la egecucion, debe pagar ó adelantar por lo menos las costas ocasionadas por la misma, no es justo que se le obligue á verificarlo contra su intencion, y puesto que se trata de su provecho, al cual puede renunciar libremente. Pero cuando la parte instare la ejecucion conforme á derecho, debe el juez proceder á ella y llevar á

Juezes, sobre las tierras, e las gentes, para mantenerlas en paz e en justicia, honrando, e guardando los buenos, e penando, e escarmentando los malos. E porende deuen ellos ser mucho acuciosos, en fazer seruicio lealmente a Dios, e a los Señores que los ponen en sus logares, guardando todavia aquellos Pueblos que les son encomendados, que non se leuante entre ellos mal bollicio (71), nin banderia. E otrosi, que non se quebranten las treguas (72), nin las pazes que fueren puestas entre los omes. Ca maguer ellos ouiessen en si todas aquellas maneras, e bondades, que de suso diximos que deuen auer los Juezes para librar los pleytos, non les compliria para fazer sus oficios acabadamente, si en esto non fuessen acuciosos. Otrosi dezimos, que non deuen consentir, que ome que sea dado por malo, o por encartado (73) del Rey, o de algund Concejo, que se acoja a su compaña, nin biua con ellos: ante dezimos, que en qualquier logar, que lo fallaren, (l) que ellos han poderio de judgar, que le deuen prender, e de lo embiar al Rey, o al Concejo que lo encarto, porque reciba y aquella pena que merece.

LEY 17. *Que han de guardar, e de fazer los Juezes Ordinarios, quando quisieren poner otros en sus logares, que oyan algunos pleytos señalados.*

Ordinarios Juezes, diximos en la segunda ley deste titulo, que son los Adelantados, e los Judgadores que pone el Rey en las tierras, e en los logares, para judgar los pleytos, que vinieren ante ellos, cotidianamente. E porque estos atales non pueden a las vegadas librar por si, todas las contiendas de los omes que vienen a su juyzio, han de encomendar pleytos señalados a algunos omes buenos, que los oyan, e los libren en su logar (74). E pues que en las leyes ante desta diximos asaz complidamente, que es lo que han de guardar, e de fazer, quando ellos por si oyen, e libran los pleytos; queremos de aqui adelante dezir, las cosas que han de catar, quando los encomendaren a otro, que lo libre en logar dellos. E dezimos que son quatro. La primera, que aquellos a quien los (ll) mandaren oyr, sean de aquella tierra sobre que han poder de judgar. Ca si de otra parte (75) fuessen, non les podrian fazer premia que oyessen aquellos pleytos. Ni otrosi non serian tenudos los otros de recebirlos, si non si ellos lo quisiessen fazer de su voluntad. La segunda cosa es, que caten los Ordinarios, que estos pleytos sean tales, e de tal natura, que ellos mismos los puedan librar, si quisieren. Ca si ellos (76) por si non los pudiessen librar, non

(*l*) do ellos Acad.

(*ll*) encomendaren Acad.

efecto lo juzgado con la prontitud y eficacia que exigen esta ley de Part. y las recopiladas.

(71) Añád. l. 3. D. *de offic. præs.* y auth. *de mandat. Princip.* princ. y cap. *correctorum* cap. 2. y l. 1. §. 12. y Bald. allí *de offic. præfect. urb.* y v. el tratado *syndicatus* fol. 61. col. 3.—* Concuerd. la l. 1. tít. 11. lib. 12. Nov. Recop; y las obligaciones y facultades que por esta nuestra ley, como por la recopilada, competen á los tribunales de justicia, deben entenderse modificadas por el art. 63. de la Constitucion de 1837, segun el cual no pueden aquellos ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, sin que sea por lo tanto de su incumbencia la persecucion de malhechores y demás que por d. d. l. l. se les encomendaba, pues que únicamente pueden ejercer su autoridad á instancia de parte en lo civil, ó en lo criminal de oficio, pero solo para la averiguacion y correspondiente castigo de los delitos que en sus respectivos territorios se hayan cometido. V. el apéndice á este título.

(72) V. Abb. en la rubr. *de treuga et pace*, Jas. á la l. 96. D. *de verb. obligat.*, l. 1. tít. 8. lib. 4. Orden. Real y cap. *placuit* distinc. 90 con la Glos. allí.

(73) Añád. el cap. 5. Novel. 134. col. 9.

(74) *— Concuerda la l. 2. tít. 1. lib. 11. Nov. Recop.

(75) Añád. lo anotado á la l. 2. de este tít.

(76) Añád. la l. únic. C. *qui pro sua jurisd.* y á propósito de lo dispuesto aquí, ocurre la cuestion de si puede conocerse en la corte del Rey del pleito en que se trate del derecho de percibir los diezmos, ó de la parte que pueda corresponder á aquel á quien el Rey haya hecho donacion de los diezmos, que le competen por privilegio del Papa: de cuyo negocio, así como no puede conocer el Rey, por ser puramente espiritual, segun lo dicho en la l. 56. tít. 6. Part. 1.ª y lo anotado allí, así tampoco podrán conocer los tribunales de la corte del mismo; lo que debe tenerse muy presente para la debida intelijencia de la l. 27. tít. 18. de esta Part., l. 8. tít. 1. lib. 3. y l. 25. tít. 3. lib. 1. Orden. Real. Pero si uno hubiese delegado á otro algun pleito de que él por si no pudiese conocer, y las partes hubiesen deducido su derecho ante aquel delegado, sin oponerle el defecto de jurisdiccion ¿seria válida la sentencia que el mismo profiriese? Así lo opina la Glos. de d. l. únic., pero esto debe enten-

aurian poder de mandar a otro, que los librasse. La tercera cosa que deuen catar es, que los pleytos sean de tal natura, que non defiendan las leyes (77) deste libro, de los encomendar a otro. La quarta, que manden (78) a los que ouieren de oyr aquellos pleytos, que los oyan, e los libren, estando en aquella tierra, en que los Ordinarios gela encomendaron, e do han poderio de judgar. Ca bien assi como ellos non pueden, nin deuen oyr pleytos, nin librar, de fuera de los terminos de aquellas tierras, onde ellos son Judgadores; otrosi ellos non pueden mandar a otro, que lo faga. Como quier que ellos, estando fuera de aquella tierra (79), puedan mandar por sus cartas a algunos moradores della, que oyan y, e libren algunas contiendas, o pleytos señalados, en su logar. E quando todas estas quatro cosas, que aqui diximos, cataren, e guardaren los Juezes Ordinarios, pueden seguramente encomendar los pleytos, que ellos ouieren de oyr, a otros. E maguer ellos non los quisiessen recibir, pueden los apremiar que lo fagan: e valdra todo lo que fizieren, e libraren derechamente estos oydores, a que dizen Juezes Delegados, como si los Ordinarios por si mismos lo ouiessen fecho. E si de otra guisa lo fiziessen, non serian valederos los juyzios dellos.

LEY 18. *Quales son los pleytos, que los Juezes Ordinarios pueden encomendar a otro, que los libre, e quales non* (80).

Contienden muchas vegadas los omes, e han pleytos, sobre que vienen a juyzio. E como quier que esto sea de muchas guisas; pero los Sabios antiguos las departieron, señaladamente, en tres maneras. La primera, e la (*m*) mayor es todo pleyto, sobre que puede ser dada sentencia de muerte, o de perdimiento de miembro, o de echamiento de tierra (81), o de tornamiento de ome en seruidumbre, o darle por libre. E tal poderio de judgar tales pleytos como estos, llaman merum imperium; que quiere tanto dezir, como puro, e esmerado Señorio (82), que han los Emperadores, e los Reyes, e los otros grandes Principes, que han a judgar las tierras, e las gentes dellas. Ca otro ome non lo puede ganar, nin auer por

(*m*) mejor. Esc. 1. 2.

derse, si las partes han litigado ante él no en calidad de delegado, sino como juez ordinario, ó creyendo que por otro motivo le competia la jurisdiccion, porque si las partes le hubiesen tenido por delegado, no seria válida la sentencia, segun Cyno, Bart. y Paul. de Castr. allí.

(77) V. la l. próx. sig.

(78) Añád. d. l. únic. y l. últ. §. 4. y Juan de Plat. allí C. *de re milit.* y cap. *ut litigantes de offic. ord.* lib. 6.

(79) Conc. la l. últ. D. *de offic. præfect. urb.* y v. Glos. cap. *novit, de offic. deleg.* Mas si un Rey lo fuere de diversos estados ¿podria, estando en uno de ellos juzgar las causas y pleitos de los demás? V. la Glos. de la l. 3. D. *de offic. præs.* que está por la negativa, y pretende que en tal caso deberá el Rey comisionar á alguno, para que despache los negocios de cada reino, mientras él esté ausente, lo que, segun Bald., debe tenerse presente, y lo aplica este al Rey de Apulia, que es al mismo tiempo Conde de otras provincias, diciendo que no puede ejercer jurisdiccion sobre ellas, cuando se halla ausente, sinó por medio de Lugar-tenientes que residan en las mismas, porque cada jurisdiccion existe separadamente, y está afecta á su territorio, como la servidumbre al predio, l. últ. C. *ubi et apud quem.* V. Abb. en d. cap. *novit.* 2. notab. pudiendo inferirse de lo que dice allí, que podria un Rey ejercer jurisdiccion sobre los súbditos ó habitantes de sus reinos ó provincias, en los que no residiese, en aquellos casos en que no es necesario citar á las partes, ni por consiguiente estraerlas de su domicilio.

(80) Tuvo orígen esta ley de la l. 1. D. *de offic. ejus cui mand. est jurisd.*, l. 3. D. *de jurisd. omn. jud.* l. 2. y Azonalli C. *de pedan. jud.* y V. Bald. á d. l. 3. en donde da una regla notable para conocer en que consiste el misto imperio.

(81) O lo que es lo mismo pérdida de los derechos de ciudadania, de la que se habla en la l. 2. D. *de public. jud.*

(82) Nótese bien, por lo dicho aquí en que consiste el mero imperio, sobre el cual tanto han discurrido los DD. antiguos y modernos, sobre la l. 3. D. *de jurisd. omn. jud.* La definicion que adopta aquí nuestra ley, parece conforme con la de Gofred. y otros antiguos transcrita por Alberic. allí col. 3. en los términos siguientes: *merum imperium est summa potestas de publico introducta, cun necessitate juris dicendi, et æquitatis statuendo, consistens in ademptione vitæ, civitatis, libertatis, vel membri mutilatione.* Pero los DD. sobre d. l. 3. califican esta definicion de imperfecta, fundándose en que hay muchas causas de mero imperio, en las que no se trata de imponer pena de muerte, perdimiento de miembro, de la libertad, ni de los derechos de ciudadanía, como puede verse largamente en Bald. Alberic. y Bart. el cual despues de Pedr. trae esta otra definicion mas general y la mas comunmente aprobada, *merum imperium est jurisdictio, quæ officio judicis nobili expeditur, vel per actionem, publicam utilitatem respiciens principa-*

linaje, nin por vso de luengo tiempo (83), si señaladamente (84) nol fuere otorgado por priuillegio de alguno destos grandes Señores sobredichos, o por alguna ley deste libro, que gelo otorgasse señaladamente, por razon del oficio a que fuesse escogido. Pero aquellos que ouiessen poderio de judgar tales pleytos como estos, quier sean Adelantados, o otros Judgadores (85) ordinarios, ellos mismos en sus personas los deuen oyr, e librar, e non pueden, nin deuen mandar a otro, que los oya. Fueras ende quando ellos fuessen llamados del Rey, que viniessen a el, o ellos por si ouiessen a yr a alguna parte, por alguna derecha razon que non pudiessen escusar. Ca estonce bien pueden mandar (86) a otro que los oya, fasta que el pleyto llegue a aquel logar, do se ha de dar el juyzio. E dende adelante non se deuen entremeter los delegados de librarlos: mas los Juezes ordinarios, despues que fuessen venidos, han de ver todo lo que passo ante los delegados, e dar la sentencia, segund entendieren que lo deuen facer con derecho. La segunda, e la mediana manera de librar pleytos, es dar Guardadores a huerfanos, o a locos, o á desmemoriados, o apoderar a algunos querellosos, en tenencia de bienes que fueren de otro, mostrando razon derecha de como les pertenece la herencia dellos, o mandar fazer entrega de algunos heredamientos, o de otra cosa qualquier, por alguna razon guisada, o librar pleyto, que sea de trezientos marauedis de oro en arriba. Ca atales pleytos como estos, los Judgadores los deuen oyr por si mismos, e non los pueden encomendar a otros. Fueras ende en dos maneras. La primera, quando el Juez ordinario ouiesse tan grand muchedumbre de pleytos, que el por si mismo non pudiesse dar recabdo a todos. La segunda es, quando el Rey le mandasse fazer alguna cosa, que fuesse a su seruicio, e a pro de la tierra; e fuesse tan embargado por razon della, que non pudiesse oyr los pleytos (87). Ca estonce bien podria el dar a otro Juez delegado, que oyesse, e librasse, tales pleytos como estos, bien, e derechamente. La tercera manera de los pleytos, e la menor es, toda contienda, que fuesse sobre cosa que valiesse de trezientos marauedis de oro en ayuso. Ca sobre tal pleyto como este, bien puede el Juez ordinario dar otro delegado, que lo oya, e lo libre en su logar, si quisier; maguer non aya ninguno de aquellos grandes embargos, que de suso diximos.

LEY 19. *Que cosas han de guardar, e de fazer los Juezes Delegados, que son puestos para oyr algun pleyto señalado.*

Delegados tanto quiere dezir, como Juezes,

liter. Quizás en nuestra ley no se ha querido definir el mero imperio en su significacion mas exacta y absoluta, sino únicamente dar una idea de él por lo que luego iba á decirse en la misma respecto de la delegacion, como en la l. 2. C. *de pedam. judic.* Por lo demás el mero imperio considerado en cuanto es privativo del Príncipe, es la absoluta potestad concedida al Sumo Imperante por la ley regia; Bald. en d. l. 3. col. 3. y en cuanto es privativo del Papa, es la absoluta potestad concedida por Dios á su Vicario apostólico en lo espiritual, Bald. allí mismo en donde, col. 6. trata tambien de si el mero imperio compete á los obispos y añade á esta ley la l. 2. tít. 25. Part. 4.ª en la que puede verse la misma definicion que aquí.

(83) Sobre este particular habia mucha discrepancia entre los DD. como puede verse estensamente en Alber. sobre la l. 3. D. *de jurisd. omn. jud.* col. 12 y 13. y segun Jason allí, era entre ellos la mas comun opinion, la de que podia el mero imperio adquirirse por prescripcion ejerciéndolo por largo tiempo, en presencia y sin contradiccion del Príncipe, fundándose en la l. 8. C. *de divers. offic.* Pero nuestra ley aquí dispone lo contrario; y V. lo dispuesto en la l. 6. tít. 13. lib. 3. Orden.

(84) Nótese, que nadie adquiere el mero imperio, sino aquel á quien nominalmente se concede; y añád. la l. 1. D. *de offic. ejus cui mand. est jurisd.* y Bald. sobre la l. 1. col. 4. C. *de emanc. lib.* y l. 1. col. 2. §. 4 D. *de offic. præfect. urb.* * — V. el apénd. de este tít.

(85) Nótese, que á los adelantados ó jueces ordinarios de provincia, les compete el mero imperio, por razon de su oficio: añád. l. 6. §. 8. D. *de offic. præs.* * — Considerado el mero imperio tal como se define en esta ley; esto es, entendiendo que consiste en la facultad de fallar aquellas causas en las que puede imponerse alguna pena corporal, deberia tal vez decirse que no lo ejercen en el dia, en toda su plenitud, los jueces ordinarios de primera instancia; por cuanto los fallos que estos profieren en las causas criminales, no forman estado, aunque el reo no apele, ní pueden llevarse á ejecucion, hasta despues de consultados y aprobados por el tribunal superior ó audiencia respectiva, regla 14.ª art. 51. del reglam. prov.

(86) Concuerda la l. 2. C. *de pedan. judic.* cuyo texto algo difícil y confuso es aclarado por esta nuestra ley.

(87) O tambien cuando por alguna justa causa tuviese que ausentarse, pues siendo la ausencia

que son puestos para oyr algunos pleytos señalados, por mandado del Rey, o de los otros Juezes ordinarios, assi como de suso diximos. E como quier que todos ayan vn nome, pero algunos departimientos ha entre ellos. Ca los que son puestos por mandado del Rey, pueden poner otros (88) en sus logares, que oyan, e libren aquellos pleytos señalados, que el Rey les encomendare, quier sean comenzados ante ellos por demanda e por respuesta (89), quier non. Mas los otros delegados, a quien los Juezes ordinarios mandan oyr, e librar algunos pleytos señalados, non pueden poner otros que los libren en logar dellos; si primeramente non fueren començados por demanda, e por respuesta ante ellos. Otrosi dezimos, que los delegados pueden oyr pleytos, por mandamiento de aquellos que de suso diximos, en dos maneras. La primera es, quando les mandan oyr, e librar algun pleyto por juyzio. La segunda, quando reciben mandamiento, de oyrle tan solamente, reteniendo para si (90) el poderio de dar el juyzio, aquellos que gelo encomiendan. E quando en esta segunda manera les fuere encomendado, deuenlo ellos *(ñ)* fazer assi. Porque el poderio de los delegados non puede ser mayor, de quanto les fuere otorgado por carta, o por palabra del Rey, o de los otros sus Mayorales, assi como adelante mostraremos. E aun dezimos, que despues que los delegados han assi oydo los pleytos, como les fue mandado, si aquellos que gelos encomendaron, los quisieren librar por juyzio, deuense fazer dar en escrito todas las razones, de como passaron ante ellos, e verlas, e catarlas afincadamente, desde el comienço fasta la fin. E despues que ellos las ouieren vistas, pueden dar su juyzio, segun que ellos entendieren, que lo deuen fazer. Pero el Judgador ordinario, que fuesse puesto por el Rey en algund logar, para oyr, e librar las alçadas (91), non podria encomendar pleyto señalado a otri, que lo oyesse, reteniendo para si el poderio de judgar. Ca el mismo lo deue oyr, e librar por sentencia, o encomendarlo a otro, que assi lo faga.

(ñ) fazer assi et non pasar á mas. Acad.

LEY 20. *Que cosas ha de catar el Rey, quando las partes le pidieren que les de Juez Delegado para librar algun pleyto: e que poderio han los Delegados.*

Estan delante el Rey ambas las partes a las vegadas, e pidenle merced, que les de algund Juez delegado, que los oya, e libre el pleyto, e la contienda que han entre si; e a las vegadas la vna parte a tan solamente. E porende dezimos, que quando ambas las partes lo pidieren, que deue el Rey guardar, o aquel que lo diere, que les de tal ome para ello (92), que plega con el, tambien a la vna parte, como a la otra. Pero si aquel, que les el diesse, fuesse ome bueno, e sin sospecha, maguer lo contradixesse la vna de las partes, non deue dexar de gelo dar por esso. E si la vna de

motivo bastante, segun esta misma ley para delegar las causas criminales ó de mero imperio, debe entenderse que lo es asimismo para delegar los pleitos de que se habla aquí.

(88) Lo dispuesto aquí por nuestra ley lo esplica Jason, con cinco ampliaciones y catorce limitaciones, en la l. 5. C. *de judic.* y tiene lugar asimismo en las causas de mero imperio, desde que se ha declarado ser estas tambien delegables, segun Ang. en d. l. 5. en donde cita la l. 1. y la Glos. y Jas. allí C. *qui pro sua jurisd.* en lo que, sin embargo, no deja de haber alguna dificultad; y lo contrario sostenian allí Salic. y Alex. y este último tambien en la l. 1. *de offic. ejus cui mand.*

(89) Esta era tambien la opinion de Azon y de la Glos. en la l. 6. D. *de jurisd. omn. judic.* y l. últ. C. *ubi et apud quem.* y l. 12. D. *de offic. procons.* La contraria, empero, era la mas comun y sosteníanla la Glos. del cap. 1. *de procurat.* vers. *procurator* y la del cap. *cum causam, de apellat.* y Bart. en la l. 5. D. *de jurisd. omn. judics.* Mas en esta nuestra ley se aprobó la opinion de Azon.

(90) Añad. cap. *super quæstionum* 27. princ. *de offic. deleg.* cuya disposicion es aprobada aquí por nuestra ley, y no la que se lee en la auth. *ad. hæc. C. de judic.*

(91) Añád. la authent. *ad hæc.* C. *de judic.* y con razon se prohibe delegar las causas de apelacion, por no poderse reclamar tan fácilmente contra el fallo que recaiga en ellas y ser por lo mismo de mayor interés, segun Salic. y Jas. allí. *—Siendo en el dia colejiados los tribunales que conocen de las causas de apelacion, no parece haya tanto inconveniente en que sea delegado alguno de los jueces que los componen, en la vista y determinacion de aquellos negocios, por ausencia, enfermedad ú otro lejítimo impedimento de algun magistrado; en cuyo caso no es el mismo juez impedido, sino el tribunal el que nombra el suplente, y le delega la jurisdiccion: arts. 76, 78 y 79 del Reglam. prov.

(92) Añád. cap. *super quæstionum.* 27. §. *verum de offic. deleg.* y cap. *judices* 11. y la Glos. allí *quæst.* 1. y cuando las partes estuvieren discordes en la propuesta del delegado designa cada uno al suyo, y el Rey elige un tercero, segun

las partes lo pidiesse tan solamente, non estando la otra delante, nol deue otorgar aquel, que el señaladamente (93) pidiere. Fueras ende si el Rey, o aquel a quien lo pidiessen, fuessen ciertos del, que libraria el pleyto derechamente, e de quien non ouiesse dubda ninguna. E si dubdare del, deue el mismo por si escoger otro, que tenga por ome bueno, e por leal, e embiarle a mandar, que oya el pleyto, e le libre. E este atal ha poderio de librar, e de oyr el pleyto, en la manera que el Rey le mando, e non en otra. Otrosi dezimos, que el delegado non se deue trabajar en otro pleyto entre ellos, si non en aquel, que señaladamente le fue encomendado, que librasse. Fueras ende por auenencia (94) de ambas las partes, ca estonce bien lo podria fazer. E aun dezimos, que despues que el demandado aya respuesto a la demanda de su contendor delante del Juez delegado, si el quisiere fazer otra (95) demanda al demandador delante esse mismo Juez, que lo puede fazer, como en manera de reconuencion. E ha poderio el delegado de oyr tal pleyto, e librarlo, maguer non le fuesse encomendado señaladamente: ca guisada cosa es (96), que despues que el demandador quiso alcançar derecho ante este Juez, que antel lo faga el demandado.

LEY 21. *Por que razones se podria desatar el poderio de los Juezes Delegados.*

Poder han los delegados de librar los pleytos en la manera que les fueren encomendados, assi como en la ley ante desta mostramos. Pero este poderio se desata, por algunas destas razones que aqui diremos. La primera es, si aquel que gelo mando oyr, reuoca el mandamiento (97), e quiere oyr el pleyto el mesmo, o encomendarlo a otro. La segunda, si el delegado mejorare (98) su estado, egualandose en oficio a aquel que le mando oyr el pleyto, o enmejorandose sobre el. La tercera es, si mue-

Abb. cap. *cum R. canonicus* 35. y V. l. 5. tít. 17. de esta partida.

(93) Añád. l. 47. D. *de judic.* y por igual razon no debe nombrarse delegado al que solicitare serlo, como se dispone en la l. 2. vers. *et ex illo tempore.* D. *de orig. jur.* y Bald. allí.

(94) Añád. cap. *cum olim.* 32. y cap. *de causis* 4. *de offic. deleg.* cap. 1. y la Glos. notab. allí del mismo tít. y l. 74. §. 1. D. *de judic.*

(95) Añád. cap. 1. *de mut. petit.* y cap. *dispendia*, §. *reus quoque, de rescript. in* 6. y auth. *et consequenter* C. *de sentent.*

(96) Añád. 3. *quœst.* cap. 8. *cujus in agendo* y l. 14. C. *de sentent.*

(97) Añád. la l. 58. D. *de judic.*: y entiéndase lo dispuesto aquí respecto de los delegados á quienes un juez ordinario haya dado comision para sustanciar una causa y fallarla definitivamente: mas no respecto del subdelegado que haya recibido la comision del delegado, á quien no podrá el subdelegante revocar dicho mandato, una vez hubiere empezado á ejercer la jurisdiccion, segun la Glos. del cap. *super quæstionum* 27. §. *porro* y cap. *quamvis* 6. *de offic. deleg.* Paul. de Castro y Guillelm. en d. l. 58. advierten además que la facultad de poder el juez revocar la comision conferida al delegado para conocer de una causa, debe entenderse limitadamente para el caso, en que el mismo juez delegante quiera asumirse el conocimiento de aquella, mas no para el efecto de delegarlo á favor de otro; lo que á nadie mas que al Príncipe es permitido, por considerarse hecho en menosprecio del primer delegado; á menos que se hiciera por ausencia de este, en cuyo caso bien podria nombrarse á otro en su lugar, Bart. en la l. 13. §. últ. D. *de vac. muner.*, y esta es, en mi concepto, la opinion mas preferible; bien que, segun Alber. en d. l. 58, no ha sido admitida, antes se entiende generalmente que puede revocarse la delegacion sin causa conocida y á libre voluntad del delegante: y debe notarse aquí que son válidos todos los procedimientos que practicare el delegado, aun despues de revocada la comision, y hasta que la revocacion se le haya notificado, cap. *audita 4. de restit. spol.* y Abb, allí col. penúlt. Bald. en la l. 15. hácia el fin C. *mand.* Rom. sign. 59. vers. *Fuit quœstio Romœ* Anton. y Abb. al cap. *cœterum, de rescript* y arg. l. 17. D. de *offic. prœsid.* sin que bastare el que de dicha revocacion tengan noticia las partes, sino que debe haberse notificado al mismo delegado; arg. l. 5. §. 1. D. *quib. excaus. in posess. eat.* Cardin á la Clement. *quia contingit.* 3. oppos. *de religios. dom.* y cap. *de manifesta* hácia el fin 2. quæst. 1. V. Dec. consil. 295. col. 2. Mas lo contrario deberia decirse, cuando la jurisdiccion del delegado espirase por muerte del delegante, que es otro de los casos previstos en esta ley; y verificándose el cual, serian nulos los procedimientos posteriormente practicados por aquél, aun antes de tener noticia de haber espirado, por dicha causa, su jurisdiccion; segun la Glos. de la l. 41. vers. *ignorasse* D. *de reb. credit.* Bart. y Paul. en la l. 5. D. *de jurisd. omn. jud.* Jas. allí col. 3.

(98) D. l. 58. D. *de judic.*: esto es, segun lo declara Alber. allí *tertio respons.* si el delegado hubiere obtenido algun oficio de igual ó mayor dignidad ó categoría, que el del delegante, y por el cual debiese ejercer jurisdiccion en el mismo territorio que este; mas no si en otro distinto.

re (99), o pierde el oficio (100), aquel que mando oyr el pleyto, en ante que el delegado lo comience a oyr por demanda, e por respuesta. Pero si el pleyto fuesse començado por respuesta (101) ante el, ante que se muriesse, o perdiesse el oficio el que gelo encomendo, estonce non se desataria el poderio del delegado; ante dezimos, que puede yr adelante por el pleyto, e librarlo, segun entendiere que lo deue fazer con derecho; bien assi, como si aquel que gelo encomendo fuesse biuo, o non ouiesse perdido su oficio.

LEY 22. *Que es lo que han de judgar, e de fazer los Juezes, quien sean Delegados, o Ordinarios, quando alguna de las Partes dizen que los han por sospechosos.*

Sospecha nasce a las vegadas en el coraçon del demandado, contra el Juez ante quien le quieren fazer demanda. E porque es mucho peligrosa (102) cosa, de auer ome su pleyto delante del Judgador sospechoso; por ende tuuieron por bien los Sabios antiguos, que si el Juez de quien sospechan, es delegado (103), quel pueden desechar, ante que el pleyto sea començado (104) por demanda, e por respuesta, afrontandolo ante omes buenos, e diziendo ante ellos, como lo ha por sospechoso, e por esta razon non quiere mouer pleyto, nin responder en juizio antel, jurando el que esto dixiere, si le demandaren la jura (105), que lo non dize maliciosamente por alongar el pleyto, mas porque ha miedo, e sospecha del Juez. E despues que lo ouiere assi dicho, e jurado, non le deue el Judgador apremiar de responder antel, maguer non le diga por que razon lo ha (106) por sospechoso. Ca segun es establecimiento de las leyes antiguas, non ha porque lo dezir si, non quisiere. Pero el Juez delegado, a quien sospechassen en esta manera, con todo esto, bien puede apremiar (107) a amas las partes, que se auengan fasta tres dias en algunos omes buenos, sin sospecha, que los oyan, e delibren la con-

(99) Añád. l. 6. D. *de jurisd.* y cap. 19, *de offic. deleg.* debiendo entenderse lo dicho aquí con las ampliaciones y limitaciones que pone Jas. en d. l. 6.

(100) Nótese bien lo dispuesto aquí, sobre lo cual estaban, por derecho comun, muy divididas las opiniones, como puede verse en Specul. tít. *de jud. deleg.* §. *reslat.* col. pens. vers. *quid si delegatus deponitur* y Ab. en la l. 5. col. penúlt. D. *de jurisd.*

(101) O bien por emplazamiento, segun el cap. 20. *de offic. deleg.* y la l. 35. tít. 18. de esta Part. — * En d. l. 35. se dispone que las cartas foreras ó privilegios concedidos por el Rey á los particulares, únicamente se entiendan transmitidas por estos á sus herederos, cuando habiéndolas deducido en juicio, se hubiese, antes de su muerte. emplazado á los demandados en fuerza de las mismas: por lo que, y estableciendo la presente ley terminantemente que no espire la delegacion por la muerte del delegante, cuando al verificarse esta se hubiese ya contestado el pleito ante el delegado, es visto que se refieren dd. dos ll. á casos bien distinto entre sí; y por consiguiente, no existe, al parecer, entre ellas la contradiccion que observa D. Juan Sala en su Derecho Real de España lib. 3. tít. 2. §. 20. donde aplaude, como único medio de conciliarlas, la interpretacion que da á la presente Greg. Lopez, diciendo que debe entenderse ampliada por la citada l. 35. tít. 18.

(102) Añád. cap. *cum inter, de except.*

(103) En el dia, con arreglo á la l. últ. tít. 5. lib. 3. del Orden. [l. 1. tít. 2. lib. 11. Nov. Recop.], lo mismo, sin distincion, se observa, si el juez recusado es delegado, como si es ordinario: y acerca la recusacion de los árbitros, V. l. 32. §. 14. D. *de recept. qui arb.* y l. 31. de este tít.

(104) Concuerda la l. 16. *C. de judic.* pudiendo tambien recusarse al juez, despues de contestado el pleito, por causas que hubieren sobrevenido, ó no hubieren llegado antes á noticia del recusante, segun el cap. *insinuante* 25. *de offic. deleg.* y cap. *pastoralis* 4. de *except.* á menos que antes de dicha contestacion se hubiese espresa ó tácitamente consentido ó aprobado la persona del juez en aquella causa segun la l. 52. D. *de judic.* cap. *inter monasterium, de re judic.* y añád. l. últ. tít. 10. de esta parte pudiendo verse además, sobre esta materia lo anotado por Felin al cap. *Ferrariensis* col. 5. *de Constit.* * V. la adicion á la nota 110.

(105) Nótese, por lo dicho aquí, que el recusante no está obligado absolutamente á prestar el juramento, como opina la glos. de la l. 16. C. *de judic.* sino el caso de que así lo pidiere la parte contraria. En la práctica empero, se exige siempre dicho juramento, aunque no se pida; y así parece confirmarlo la l. 1. tít. 5. Orden. Real; * y lo previene espresamente la l. 1. tít. 2. lib. 11. Nov. Recop.

(106) Concuerda la l. 16. C. *de judic.* y la glos. y los DD. allí: y así procede, en efecto, por derecho civil; mas por derecho canónico deben espresarse y probarse las causas de la recusacion, cap. *suspicionis* 39. *de offic. deleg.* cap. *secundo requiris* 41. cap. *cum speciali* 61. y cap. *legitima, de apell. in* 6. * V. la adic. á la nota 110.

(107) Apruébase aquí la opinion de la glos. de

tienda (108), que es entre ellos. E aquel, o aquellos, en quien las partes se auinieren, pueden, e deuen oyr, e librar el pleyto, en la manera que lo deuira, e pudiera librar el Juez delegado, si non fuesse desechado por sospechoso. E si por auentura acaeciesse desacuerdo entre las partes, de manera que se non pueden auenir, en escoger los omes que los librassen; estonce el Juez ordinario del logar, do fuere esta contienda, deue tomar por su aluedrio algunos omes buenos, sin sospecha, e mandarles, que libren el pleyto, en la manera que fue mandado al primero. Mas si el demandado quisiesse desechar por sospechoso al Judgador ordinario (109), estonce dezimos, que lo non podria fazer: porque despues que tal Juez como este es escogido del Rey por bueno, y le ha otorgado poderio de librar todos los pleytos; de aquel, logar do es puesto, non deue ome auer mala sospecha, que el fiziesse en ningund pleyto que demandassen antel, si non lo mejor. Pero quando alguno lo ouiesse por sospechoso, deue entonce el Juez ordinario, por si mismo (110), escoger

d. l. 16. C. *de judic.*: esto es, la de que el juez delegado puede tambien apremiar á las partes á que nombren los hombres buenos que deben conocer de la causa por la recusacion de aquél. — * V. lo dicho á la nota 110.

(108) Estos árbitros, pues, conocen tambien de la causa principal; conc. d. l. 16. C. *de judic.* — * V. d. nota 110.

(109) Conc. la auth. *si vero contigerit.* C. *de judic.* segun la inteligencia que se da comunmente á la misma, esto es, la de que no puede recusarse al juez ordinario; contra la opinion de Mart. aprobada por el derecho canónico: cap. *si quis contra clericum* 4. *de for. comp.* y cap. *cum speciali* 61. *de apell.* * Adviértase que Greg. Lopez dice aquí no poderse recusar al juez, por no podérsele recusar, para el efecto de que se abstenga totalmente de conocer en la causa, sin escluir por esto la recusacion para el efecto de obligarle á nombrar un acompañado; sobre lo cual V. la adic. á la nota próxima sig.

(110) Segun esto, pues, no será necesario que el acompañado sea el obispo de la diócesis, como lo exigia d. auth. *si vero contifierit* y añád. l. 1. tít. 5. lib. 3. del Orden. Y así lo habia introducido la costumbre, ya antes de publicarse esta nuestra ley, y lo refieren Guillel. Paul. Bald. Salic. y Jas. diciendo haber visto, en la práctica, nombrar por acompañado, á un hombre bueno en lugar del obispo. En algunos casos, ni aun con el acompañado, puede el juez ordinario recusado seguir conociendo de la causa, sino que debe inhibirse absolutamente de su conocimiento; como si antes hubiese sido, en la misma, asesor ó abogado l. 10. y 17. y V. l. 16. D. *de jurisd.* y Salic. despues de la glos. en d. l. 16. C. *de judic.* [bien que en este caso, no habria propiamente recusacion, (la que debe fundarse en sospechas, de las cuales la parte puede prescindir á su placer,) sino incapacidad legal por parte del juez para conocer de aquel negocio, aunque ninguna de las partes lo recusare, l. 10 de este tít. y lo anotado allí] lo propio sucederia en aquellos casos en que, á pesar de haber en el lugar ó territorio varios jueces ordinarios con igual jurisdiccion, pero está el actor obligado, por razon de la continencia de la causa, á entablar su demanda ante uno de ellos en particular, como en el caso que refiere la l. 10. C. *de judic.*: pues entónces, mediando justa causa, por ej. la de enemistad, podria aquél dispensarse de acudir ante dicho juez l. 9. D. *de liber. caus.* y así lo opina tambien Salic. en d. l. 16. C. *de judic.* En la l. 1. C. si *quacunq. prædit. potest.* y en Bald. allí y en la l. 6. tít. 7. de esta Partida puede verse otro de los motivos por los que el juez recusado queda absolutamente inhibido del conocimiento de la causa, lo cual no debe esclusivamente limitarse el caso en que se alegaren las causas especiales que en d. l. se refieren, sino tambien para cualquiera otro motivo de grande enemistad, segun d. l. 9. D. *de liber. caus.*: y fundado en los testos que acaban de citarse pretende Bart. en la l. 4. D. *ad trebell.* que, cuando el juez ordinario fuere enemigo de un litigante podrá este declinar la jurisdiccion de aquél y resistirse á que proceda contra él y contra todos sus domésticos, los cuales deben considerarse igualmente exentos de la potestad de dicho juez; con lo que se conforma Paul. de Castr. en d. l. 16. C. *de judic.*; siendo digno de notarse que, en dicho caso, se admite la recusacion general, y V. Bart. consil. 105. hácia el fin. Por punto general puede decirse que el nombramiento de acompañado que se previene en esta ley, tendrá únicamente lugar, cuando, con él, puedan quedar completamente desvanecidas las sospechas, en que la recusacion se funda; pues otramente deberia el juez recusado abstenerse del todo del conocimiento del negocio, segun Bart. en la l. 2. segunda lectura, hácia el fin D. *si quis in jus voc. non sierit.* y así parece lo entendia tambien Specul. tít. *de recus.* §. 2. donde dice que puede ser removido el juez ordinario, cuando fuere padre ó patrono de algunos de las partes, ó si hubiese dejado sobornar, ó estuviere animado de odio ó de favor hácia alguna de las partes, ó si antes hubiese sido abogado, procurador ó juez en la misma causa; bien que, segun Juan Andr. en sus adiciones á d. Specul. al espresar este allí que, por dichas causas, podia el juez ser *removido*, no quiso de-

un ome bueno, o dos, que oyan aquel pleyto, e lo libren con el en vno derechamente, de manera que ninguna mala sospecha non pueda y nacer.

cir que por ellas se le inhibiese totalmente del conocimiento del negocio, sino simplemente que podia ser *recusado*.

Cuando, en lo criminal, se presentare algun reo ante los jueces de la corte, diciendo que tiene por sospechosos á todos los ordinarios de su territorio, v. lo que deberá entónces practicarse en la l. 13. vers. *Porque somos* tít. 2. lib. 3. del Orden. y en la coleccion de Pragmaticas fol. 38.

Debe advertirse tambien que cuando la sospecha fuere *juris et de jure*, no habrá necesidad de recusacion, segun la l. 6. princ. y Bald. allí col. 2. *de appell.* como, por ej., si se hubiere delegado para el conocimiento de una causa al que antes hubiese sido juez de la misma. [Y por esta razon hemos observado antes que, por la causa aquí espresada y otras análogas, no se entenderá el juez recusado por la parte, sino incapacitado por la ley].

¿Podrá recusarse tambien al acompañado? Parece que no, segun el cap. 4. pr. *Novell.* 53. *calat.* 5. y así deberia observarse, á menos que se espresara y probara la causa de la recusacion. [V. la adicion á esta nota]. Y sobre si habrá necesidad de apelar de los procedimientos practicados por el Juez despues de la recusacion, sin haber nombrado acompañado, v. Bart. en d. l. 4. D. *ad trebell.* en donde, citando á Alex. trata estensamente esta materia; y á Abb. cap. *cum speciali de appell.* y cap. 2. notab. 10. *ut lit. non contest.* Nótese asimismo 1.º que puede recusarse al juez, aunque la parte, por su culpa, haya dado lugar á la causa de la recusacion; V. á Abb. despues de Ant. cap. *ut debitus, de appell.* 2.º que el actor, siendo reconvenido, no puede recusar al juez, para que no conozca de la reconvencion, segun advierten la Glos. y Bald. en la auth. *et consequenter* l. *de sentent.* á menos que lo hiciere por nuevas enemistades ó por cualquier otra causa que hubiere sobrevenido despues de entablada la demanda, como lo advierte Bald. fundándose en la l. 32. §. 14. D. *de recept. qui arb.* 3.º que puede recusarse tambien al escribano, si fuere sospechoso, v. la Glos. del cap. 7. Novell. 18. *collat.* 3. para lo que, no es necesario espresar ni probar la causa de la recusacion, segun Alex. y Pedro de Anchar. vol. 5. consil. 104. col. 2. bastando que se preste el juramento como para recusar al juez: mas ¿deberá removerse absolutamente al escribano recusado, ó lo mismo que al juez, habrá de nombrársele acompañado? V. Juan de Plat. en la l. 10. l. *de numer. actuar.* hácia el fin, donde dice que C. si bien en algunas partes, se acostumbra nombrar adjunto al escribano recusado, pero que los DD. opinan que deberia removersele absolutamente lo mismo que al juez delegado, el cual deberia equipararsele y no al juez ordinario. En la práctica está admitido y se observa generalmente el seguir actuando el mismo escribano recusado con un adjunto [con lo que se aumentan considerablemente los gastos á la parte recusante, á cuyas costas actua el escribano adjunto, y se retrae así á los litigantes de hacer uso de aquel precioso derecho, sin que sepamos, como, no habiendo disposicion legal que lo impida, deja de removerse totalmente al actuario recusado, y de nombrarse á otro en su lugar, y se le hace de condicion igual á la del juez y mejor que la de los asesores; á menos que sea para evitar que, con recusaciones emulatorias, pudiese fácilmente privarse á un escribano de ejercer su oficio, y defraudarle en sus derechos; lo que, sin embargo, apenas nos parece una razon bastante para justificar la practica generalmente recibida. El juez que, siendo oficioso ó parcial, puede perjudicar á los litigantes, fallando contra derecho, se hace en efecto mas difícil que cometa una injusticia, debiendo para fallar ponerse de acuerdo ó declararse en discordia con el acompañado. Mas el escribano actuario, limitado al círculo legal de sus funciones, en lo que mas puede ocasionar algun perjuicio, con su parcialidad, es entorpeciendo el curso del negocio con inútiles dilaciones ó faltando al secreto en aquellos actos que lo exigen por su naturaleza: y nada de esto se evita con la asistencia del acompañado; antes al contrario es esta de por si un obstáculo á la celeridad de los procedimientos, y mas bien facilita que no impide al recusado la violacion del secreto, dividiendo entre dos personas la responsabilidad que antes pesaba sobre una sola. La influencia que pueda tener el actuario en las decisiones del juez tampoco se neutraliza con el nombramiento de acompañado, porque siendo aquella privada y conservando el recusado la misma intervencion en el negocio, tendrá las mismas ocasiones de influir: y tal vez mas deseos de aprovecharlas despues de haber sido recusado. [Sobre la recusacion de los asesores, v. Alex. en d. consil.

y Alber en d. l. 16. col. últ. l. *C de judic.* La recusacion general de todos los sabios ó letrados de una ciudad se entiende hecha fraudulentamente sobre todo si se intentare en un negocio de poca entidad, ó si no pudiese hallarse fácilmente otro asesor fuera del lugar. Bald. en la l. 64. D. *de condit. et demonst.* y Parid en su tratado *syndicatus* fol. 116. col. 3. En órden á la recusacion de todo un colegio v. á Alber. en d. l. 16. col. últ. [La l. 11. tít. 2. lib. 4. Nov. Recop. prohibe á los jueces admitir recusaciones vagas

de asesores, aunque sean bajo el pretesto de admitir al que nombraren el Presidente del Consejo ú otros magistrados superiores: y solo permite á cada una de las partes recusar hasta tres abogados asesores, quedando hábiles para suplirlos todos los demas de la residencia del juzgado.] ¿Podrá recusarse al Juez aun despues de conclusos los autos para definitiva? Montalvo opina por la negativa, fundado en las razones que alega, comentando la presente ley: en mi concepto, empero, deberia admitirse, aun en aquel estado, la recusacion, cuando se fundase en causas que hubiesen sobrevenido despues de la conclusion, arg. cap. *insnuante* 25. *de offic. deleg.* y lo propio opina Abb. en el cap. 1. col. 3. *de mut. pet.* y Domin. y Phillip. Franc. en el cap. *judex ab apostolica de offic. deleg.*; siendo digna de notarse la razon en que se fundan los DD. para decir que no puede recusarse al juez, despues de la conclusion en causa; y consiste en que, no pudiendo admitirse pruebas en tal estado del juicio y siendo necesario ministrarlas para motivar la recusacion, es esta necesariamente inadmisible: pero de esta misma razon se inferiria hoy lo contrario en todos aquellos casos en que, á tenor de la l. 1. tít. 5. lib. 3. del Orden. Real, no es necesario alegar y probar las causas de la recusacion, bastando el que se intente esta, mediante juramento; aunque no se fundase en causas sobrevenidas con posterioridad y tanto mas deberia entenderse así por cuanto, en ninguna parte de los autos puede el juez ocasionar á las partes tan grandes perjuicios, como en la sentencia: de lo cual parece estaban tambien convencidos los DD. antes citados; y así creo se observa en la practica, escepto en las recusaciones de los Oidores de Chancillerías ó de los Señores del Consejo en las cuales debe observarse lo dispuesto en el cap. 22. de las Ordenanzas de Madrid. — * Dicho cap. 22. está comprendido en la l. 6. tít. 2. lib. 11. Nov. Recop., la cual, con las demás del mismo tít.; han modificado, en gran parte, y dejado sin efecto la legislacion de Partidas, en órden á las recusaciones. En el dia puede recusarse á los jueces ordinarios ó de primera instancia, y á los ministros de los Tribunales superiores; quedando estos últimos inhibidos totalmente, por la recusacion, del conocimiento del negocio, y debiendo la parte, que la intentare, alegar especificadamente y probar las causas en que la funda, ll. 9. 10. y 19. de d. tít. Si las causas alegadas no fueren bastantes, en derecho, para la recusacion, incurre el recusante en la pena de seis mil maravedis, y si, declaradas bastantes, no las probase en debida forma, en la de sesenta mil maravedis, siendo el recusado un ministro ú oidor, y ciento veinte mil si fuere el regente ll. 5. 6. y 7. de d. tít. El escrito en que se intente la recusacion debe ir firmado de letrado; y, luego de intentada aquella, debe ofrecerse el depósito de las cantidades espresadas ó afianzar por ellas; á menos que quiera probarse la causa de la recusacion, por medio de respuestas personales del mismo recusado, que este tendrá obligacion de prestar; ó bien si el recusante fuere pobre, en cuyo caso bastará su simple promesa, para cuando venga á mejor fortuna, d. l. 6. y l. 8. La recusacion debe intentarse ante lo misma Sala que conoce del pleito, remitiéndose desde luego, con suspension del punto principal, al Tribunal pleno, á quien esclusivamente corresponde instruir y resolver dichos artículos, con arreglo á las leyes, art. 16. de las Ordenanzas de las Audiencias. Puede recusarse á todos los ministros de una sala y aun á todos los de una Audiencia, en cuyo caso, los ministros recusados deberán nombrar letrados para el conocimiento y decision del punto principal, sin esperar á que se pruebe y determine el artículo de la recusacion, á menos que lo pidiere la parte en cuyo perjuicio se ha intentado aquella, d. l. 6. Podrá tambien recusarse á los letrados nombrados, una sola vez, alegando para ello y probando las causas de la recusacion, bajo pena de quince mil maravedis, que deberá depositar el recusante, no siendo pobre, y á cuyo pago será condenado por cada letrado que, sin justo motivo, hubiere recusado, d. l. 6. La recusacion de los oidores puede intentarse en cualquier estado del juicio, con tal que sea antes de los quince días inmediatos al que se hubiere señalado para la votacion del pleito, l. 26. de d. tít. En el dia, segun el art. 80. del reglam. provisional, debe hacerse la votacion acto continuo despues de la vista, y así parece habrian de contarse dichos quince dias desde el señalado para celebrarse aquella, como oportunamente observa D. Manuel Ortiz de Zúñiga, cap. 4. sec. 1. tít. 2. part. 3. Bibliot. judic. y esta es, en efecto, la única interpretacion admisible de la citada ley, á pesar de hablarse en ella de las recusaciones que se intenten *despues de visto el pleito.* Pasados los quince dias despues del señalamiento, todavía puede recusarse á los ministros, por causas que en dicho estado hubieren sobrevenido, en cuyo caso podrá recusarseles aun despues de la votacion, cuando de ella hubiere resultado discordia, l. 25. y d. l. 26. Contra el transcurso de los términos señalados en las ll. de d. tít. para intentar y probar la recusacion, no disfrutan los privilegiados del beneficio de restitucion, l. 18; pero puede el recusante suplicar de la providencia, en que la recusacion se hubiere desechado, sin permitirsele alegar otras causas en revista que las antes alegadas, á menos que hubieren sobrevenido ó llegado nuevamente á su noticia d. l. 19. Antes que recaiga la decision del

Tribunal pleno, con conocimiento de causa, no puede haberse por recusado al ministro que lo hubiere sido, aunque lo consienta la parte contraria, y tampoco puede retirarse la recusacion, una vez intentada, sin incurrir el recusante en la mitad de la pena señalada para los que recusan sin justa causa, D. Manuel Ortiz de Zúñiga en d. cap. 4. y D. Pedro Gomez Laserna §. 9. sec. 4. tít. 2. lib. 4. Elementos de der. civ. y pen. de España, donde citan la l. 9. de d. tít. la que no encontramos disponga semejante cosa. ¿Qué deberia decirse, empero, si el ministro recusado se inhibiese voluntariamente del conocimiento del pleito, aun antes de recibirse aprueba el artículo de la recusacion? Tampoco hallamos determinado en las leyes este punto, pareciendonos que en tal caso, deberia darse por terminado el artículo, sin necesidad de ulteriores procedimientos, sobre todo no habiendo oposicion de la parte, aunque no deja de haber algunas razones en contrario.

La recusacion de los jueces inferiores puede hacerse sin espresion de causa y sin necesidad de prueba ni otro requisito alguno mas que la prestacion del juramento, no quedando por ella inhibido el juez recusado del conocimiento del negocio, antes debiendo continuar en él, nombrando á un hombre bueno, en calidad de adjunto ó acompañado, para decidir *el pleito ambos de consuno*. l. 1. de d. tít.; á cuyo efecto acostúmbrase nombrar, en la práctica, á otro juez del mismo pueblo ó al del inmediato ó á un abogado de la residencia del juzgado. D. Manuel Ortiz de Zúñiga en el cap. 6. sec. 4. Parte 1.ª de su Bibliot. jud. D. Pedro Gomez de Laserna, §. 5. sec. 4. tít. 2. d. lib. 4. y dd. SS. Goyena y Aguirre §§ 4727, 4728. sec. 6. tít. 66. del Febrero, pretenden que, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley recopilada, pueden las partes recusar *in totum* á los jueces inferiores y conseguir que se abstengan estos absolutamente del conocimiento del negocio; espresando en este caso y ofreciendo probar las causas de la recusacion; en cuyo caso, añaden dd. SS. de Zúñiga y Gomez de Laserna deberá el juez suspender todo procedimiento sobre el punto principal; y *proveer acerca la admision de la recusacion*, remitiendo los autos, despues de admitida aquella, al alcalde que, segun las leyes, deba suplirlo en su incompatibilidad. Mas, á pesar de la opinion de tan respetables escritores nos parece no deja de haber alguna dificultad en que el mismo juez recusado haya de calificar las causas en que su recusacion se funda y las pruebas que sobre aquellas se ministren, y que quede á su arbitrio el admitirla ó dejarla de admitir. Tal vez seria mas conforme á la justicia y al decoro de los mismos jueces el que, siendo recusados *in totum*, debiesen remitir desde luego los autos á su suplente; para que este decidiese sobre el artículo de recusacion, sin perjuicio, de devolverselos para seguir conociendo del negocio principal, en el caso de no ser la recusacion procedente y admisible.

En el caso de simple recusacion, en el cual corresponde nombrar acompañado, podrá suceder que discordaren este y el juez originario en alguna providencia interlocutoria ó definitiva, en cuyo caso no previsto por las leyes, dice el Sr. de Zúñiga en el lugar antes citado, ser la práctica generalmente recibida la de remitir los autos al tribunal superior paraque decida, aunque las partes no hayan apelado respectivamente de las providencias discordes. Pero los Sres. Goyena y Aguirre §. 4739, sec. 6. tít. 67. de su Febrero, pretenden que, habiendo dicha divergencia, deberán el juez y el acompañado consignar en autos su respectiva decision y se ejecutará la mas favorable al reo, menos en los juicios privilegiados, por ej. de alimentos, dotes etc., sin remitir los autos á la superioridad, escepto cuando alguna de las partes lo pidiere. Y esta, en nuestro concepto, seria la práctica mas preferible, si estuviese autorizada por la ley, y no pudiese haber lugar á dudas; porque entónces sabiendo los litigantes ó debiendo saber á qué atenerse; no intentando el recurso de apelacion, se entenderia que consienten de las dos providencias la que es mas favorable al reo. Ahora, empero, que la ley nada declara y cada una de las partes puede decir que no ha reclamado contra la providencia perjudicial, porque ha entendido consentir la que le era favorable, y pretender que no debe perjudicarle el lapso del término legal para apelar, nos parece, por lo menos en las causas civiles, mas equitativa y conciliadora la práctica recomendada por el Sr. Ortiz de Zúñiga, de remitirse á la superioridad las providencias discordes, aunque las partes no lo pidieren, á menos que los discordantes hubieren adoptado el otro medio que indican, allí mismo, dichos Sres. Goyena y Aguirre como el mas justo, y dicen ser recibido en la práctica, de nombrar un tercero paraque dirima la discordia.

Tampoco determinan nuestras leyes si podrá ó no recusarse al acompañado que el juez nombrare; ni los términos en que dicha recusacion podrá intentarse: y en la práctica se admite aquella sin necesidad de alegar ni probar la causa en que se funda, debiendo el juez nombrar á otro en lugar del recusado; y aplicándose, en una palabra, á dichos adjuntos ó acompañados todo lo que en d. l. 27. tít. 2. lib. 11. Nov. Recop. está prevenido relativamente á los asesores, escepto en el caso de haberse recusado á varios oidores de una audiencia, y de no

LEY 23. *Quantas maneras son de Juezes de auenencia, e como deuen ser puestos.*

Arbitros (111) en latin, tanto quiere dezir en romance, como Juezes auenidores (112), que son escogidos, e puestos de las partes, para librar la contienda, que es entrellos. E estos son (113) en dos maneras. La vna es, quando los omes ponen sus pleytos, e sus contiendas, en mano dellos, que los oyan, e los libren (114), segund derecho.

haber quedado sin recusar los necesarios para ver y determinar segun las leyes, el punto principal, pues entónces deben estos nombrar letrados, hasta formar el número suficiente, á los cuales no se les puede recusar, sin espresar y probar las causas, y ni aun probándolas, á los que en su reemplazo, se hubieren nombrado. l. 6. d. tít.

En órden al tiempo en que puede intentarse la recusacion de los jueces ordinarios, es opinion comun y práctica generalmente recibida la de que puede recusarse al juez en cualquier estado del juicio, contra lo espresamente dispuesto en la presente ley y en la l. últ. tít. 10 de esta partida, citada aquí por el glosador, las que lo permiten únicamente antes de la contestacion á la demanda. No vemos que aquellas se hayan espresamente derogado por las ll. 1. y 2. tít. 2. lib. 11. Nov. Recop. únicas que hablan de la recusacion de los jueces ordinarios, sin espresar dentro que término ó en que estado de los autos puede intentarse aquella; cuyo silencio ha sido tal vez el que ha hecho prevalecer la citada opinion, que es la que hoy se observa sin contradiccion.

A los jueces de los tribunales de comercio se les puede recusar en cualquier estado del juicio antes de concluirse para definitiva, jurando no proceder de malicia, y alegando y probando alguna de las causas que se espresan en el art. 97. de la ley de 24 de julio de 1830 en cuyo título 3.° puede verse lo demás especialmente dispuesto, en materia de recusaciones, con respecto á las causas ó negocios mercantíles: siendo de notar que en todos aquellos casos en que segun las leyes, conocen de dichos negocios los tribunales ó jueces ordinarios, debe estarse, en órden á la recusacion de los mismos, á lo dispuesto por derecho comun: y lo propio sucede con la recusacion de los consultores de los consulados, los cuales se equiparan, en esta parte á los asesores de los juzgados ordinarios, salvo que, siendo consultor propietario el recusado, se entiende su remocion sin perjuicio de los honorarios que como á tal le correspondan: artículos, 105. 106 y 107. de d. ley.

El silencio que guardan las leyes recopiladas acerca de cuales sean las justas causas de recusacion, puede ocasionar graves dificultades en la práctica y dar márgen á la arbitrariedad de los jueces al calificar los motivos que se hayan alegado para recusar á los ministros de los tribunales superiores y tambien á los jueces ordinarios, cuando se pida su total inhibicion; y en esta parte nos parece se podria suplir aquella imperfeccion de la ley, aplicando á los casos comunes, lo que está especialmente dispuesto para los negocios de comercio; lo que en tanto podria hacerse relativamente á los jueces ordinarios ó de primera instancia, cuando fuesen recusados *in totum*, (único caso en que deben espresarse y calificarse las causas), en cuanto no siendo la ley sino la práctica la que ha introducido esta especie de recusacion, á ella le toca el sujetarla á reglas fijas é invariables, aunque aplicándolas solo por analogía, como podria hacerse con las de la citada ley de enjuiciamiento.

(111) Espónese aquí la palabra *árbitros* en su propia y genuina significacion, como en los títulos del código y Digesto romanos *de recept. arb.* Algunas veces, empero, se da tambien el nombre de árbitros aunque impropiamente á ciertos magistrados, como en la l. 52. C. *de decur.* en la que se llama así á los llamados *moderatores provinciarum*. y l. 21. C. *mandat.* y otras á los jueces, como en las ll. 9 y 10. D. *qui satisd. cog.*

(112) Bajo la denominacion de árbitros se comprenden, pues, en general, los árbitros propiamente dichos y los arbitradores, como se indica aquí y en la l. 76. vers. *arbitrorum* D. *pro soc.*; menos cuando se usa aquella denominacion para designar precisamente á los árbitros de derecho, segun advierte Abb. en el cap. *uno delegatorum, de offic. deleg.*

(113) Añad. l. 76. vers. *arbitrorum* D. *pro soc.*

(114) Véase, por esta ley, cual es la norma para conocer si los compromisarios nombrados por las partes lo han sido en calidad de árbitros ó en la de arbitradores. Inoc. en el cap. *quintavallis de jurejur.* y Bart. en d. l. 76. D. *pro soc.* pretendian que debia determinarse la calidad de aquellos por la denominacion que hubiesen usado las partes al otorgar el compromiso; y al contrario Abb. en d. cap. *quintavallis* opinaba que debia distinguirse por los términos en que se les hubiese nombrado y por la estension de las facultades que se les hubiesen conferido; cuya última opinion es aprobaba aquí por nuestra ley, declarándose en ella, que se entenderá por árbitro aquel, á quien las partes hubieren nombrado para que procediese y fallase con arreglo á derecho y guardando el órden de enjuiciar, tal como lo entendia y esplicaba tambien Salic. en la l. pen., col. 3. C. *de arbitr.* [No resultando de

E estonce dezimos, que tales Auenidores como estos, desque recibieren, e otorgaren, de librarlos assi, que deuen andar adelante por el pleyto, tambien como si fuessen (115) Juezes ordinarios, faziendolos començar el pleyto ante si por demanda, e por respuesta; e oyendo, e recibiendo las pruebas (116), e las razones, e las defensiones, que ponen cada una de las partes. E sobre todo deuen dar su juyzio afinado (117), segund entendieren que lo deuen fazer de derecho. La otra manera de Juezes de auenencia es, a que llaman en latin Arbitratores, que quieren tanto dezir como aluedriadores (118), e comunales amigos, que son escogidos por auenencia de amas las partes,

compromiso bien claramente si se han querido nombrar árbitros ó arbitradores, se presume lo último, como mas favorable. Cur. filípica, lib. 2. cap. 14. n. 13.] ¿Será válida, empero, la sentencia que profiera un árbitro á quien se haya prevenido que debia proceder *segund derecho*, si aquella fuere injusta? Bart. en la l. 27. §. 2. D. *de arbitr.* está por la negativa, porque aquella sentencia, dice, se habrá proferido contra la forma del compromiso, y lo propio pretende Abb. en d. cap. *quinta vallis*, col. 23. y en el cap. *cum dilecta*, *de rescript.* Mas lo contrario opina, Anton. en d. cap. *quinta-vallis*, y Franc. de Aret. en la l. 43. D. *de verb. oblig.* por la razon de que la obligacion de fallar los árbitros segun derecho, se entiende impuesta, aunque no se haya espresado; y por esto, aun cuando se esprese, no varia la forma del compromiso, cuya opinion por mas que la contradiga Abb. en el lugar citado, me parece la mas verdadera con arreglo á esta nuestra ley, segun la cual constituye la forma del compromiso, aun aquello que, no espresándose se sobreentiende de derecho l. 3. D. *de legat.* 1 pero digno es este punto de mas detenida consideracion, como quiera que la opinion de Bart. ha sido adoptada por Decio consil. 446 y por Alex. consil. 22. vol. 5. col. pen. y últ., donde trae muchas razones en corroboracion de la misma —.* Mas bien, en nuestro entender, deberia decirse que, pues en esta ley de partida se previene espresamente el caso en que se haya impuesto á los árbitros nombrados la obligacion de proceder y fallar *segund derecho*, no se habrá previsto esa circunstancia sin objeto; antes se entenderá que la espresada condicion constituye la forma del compromiso y que será nula la providencia que dichos árbitros profieran contra ella. La dificultad únicamente podria consistir en determinar la fuerza que deba darse á aquellas palabras, ó mejor, cuando deberá entenderse que los árbitros han fallado contra la condicion, que, con ellas, se les ha impuesto. Y esto bien claramente lo tenemos esplicado en nuestra ley, segun la cual los árbitros *segund derecho deuen andar adelante por el pleyto, tambien como si fuesen juezes ordinarios*; siendo, por consiguiente nulo el fallo que profirieren, sin haber observado los trámites judiciales, á diferencia de los arbitradores que todo pueden terminarlo buenamente y sin estrépito de juicio; y tambien cuando hubiesen cometido una injusticia notoria, arrogándose las facultad de resolver el pleito por mera equidad y amigablemente y prescindiendo del todo de las disposiciones de derecho. Pero esto último rara vez deberá atenderse, y por punto general, será válida, á pesar de su injusticia intrínseca, la sentencia que profieran dichos árbitros, sin perjuicio del derecho de apelacion que queda salvo á las partes, á menos que lo hubiesen estos renunciado, como se dirá en la nota última de este tít.

(115) Porque los arbitramientos son considerados como verdaderos juicios, l. 1. D. *de recept. qui arb.*, por donde debe citarse en ellos á las partes, á pesar de no tener los árbitros territorio, segun advierte Bald. *de pace Constantiæ* en la palabra *possessiones*, y en la l. 2. C. *quom. et quand. jud.* y Specul. tít. *de citat.* §. 1. col. 2. vers. *sed numquid arbiter.* hácia el fin: no pueden, empero, los árbitros imponer multas á las partes, en pena de su contumacia, v. Abb. cap. *cum dilectus, de arbitr.*, col. 4 y 5; bien que, segun el mismo allí, podrán hacerlo cuando para ello les haya sido conferida potestad por las partes, segun lo dispone tambien la l. 39. D. *de recept. qui arb.*, pero pueden siempre condenar al pago de las costas á los contumaces, segun el mismo Abb. á quien puede verse en el lug. cit.

(116) Y deben tambien los árbitros señalar un término á las partes para probar, v. Bart. en la l. 13. §. 3. D. *de arb.*

(117) Esto es, su sentencia definitiva; la que, sin embargo, no pueden proferir, estando una de las partes ausente, aunque sea contumaz; á menos que así se haya espresamente estipulado en el compromiso, segun la l. 27. §. 4. D. *de recept. qui arb.*, mas no habiéndose así otorgado, no podrán fallar, aunque se hayan dado los autos por conclusos, segun Abb. en el cap. *cum dilectus*, col. 5. *de arbitr.* y Bald. en la l. 7. C. *de episc. audient.*

(118) Añad. la l. 13. §. 2. D. *de recept. qui arb.* y l. últ. hácia el fin vers. *amicabilem transactionem* C. *de legit. hæred.*, pudiendo notarse, por lo que se dice en esta ley quien sea propiamente el llamado arbitrador; y concuerda la l. 76. vers. *arbitrorum* D. *pro soc.* debiendo advertirse que si alguno promete cumplir el mandato de otro, se entiende que nombra á este por arbitrador, segun el cap. *veniens* 16 *de jurejur.* y

para auenir, e librar las contiendas (119), que ouieren entre si, en qualquier manera que ellos touieren por bien (120). E estos atales, despues que fueren escogidos, e ouieren recebido los pleytos, e las contiendas, desta guisa, en su mano; han poder de oyr las razones de amas las partes (121), e de auenirlas en qual manera quisieren. E maguer non fiziessen (122) ante si començar los pleytos por demanda, e por respuesta, e non catassen aquellas cosas, que los otros Juezes son tenudos de guardar, con todo esso valdria el juizio, o la auenencia que ellos fiziessen entre amas las partes; solo, que sea fecho a buena fe, e sin engaño (123). Ca si maliciosamente, o por engaño fuesse dada la sentencia, deuesse endereçar, e emendar segun aluedrio de algunos omes buenos (124), que sean escogidos para esto de los Juezes ordinarios de aquel lugar (125), do tal cosa acaeciesse. E estos auenidores, que de suso diximos (126), deuen ser puestos en esta guisa (127): que aquellos que el pleyto quisieren meter en su mano, que digan qual es la cosa sobre que contienden; si es vna, o muchas; o si quieren meter en mano dellos todas las contiendas que ouieron fasta aquel dia. E de si deuen dezir, en que manera otorgan poderio a los auenidores, que delibren estos pleytos, que ponen en su mano: porque ellos non han poderio de oyrlos, nin de librarlos, si non de aquellas cosas (128), e en aquella manera,

Abb. hácia el fin col. pen.; pero se entiende que le nombra árbitro, si promete cumplir y guardar lo que aquel sentenciare, y así parece tambien inferirse de la l. próx. sig., donde dice *ansi como el mismo mandasse.*

(119) Con estas palabras se indica que pueden tambien comprometerse en manos de arbitradores cualesquiera negocios, aunque sobre ellos haya pleito pendiente; sobre lo que puede verse á Alberic. en la l. 13. §. 2. D. *de recept. qui arb.*, á Bart. en la l. 76. D. *pro soc.* y á Abb. cap. *quinta-vallis*, col. 4. *de jurejur.*

(120) Porque no está el arbitrador obligado, como el árbitro á fallar con estricta sujecion á la ley: sino que puede hacer, por bien de paz, que una de las partes ceda de su derecho, en beneficio de la otra, segun el cap. *nisi essent* 20. *de præbend*, glos. de la l. 9. §. 2. y de la l. 23. §. 2. D. *de recept. qui arbitr.*, v. Abb. en d. cap. *quinta-vallis* col. 13 y 14.

(121) No podria, pues, proferir su sentencia, antes de oir á las partes, é inmediatamente despues de otorgado el compromiso, v. Bald. en la l. 4. col. pen. vers. *quærit hic. Butric.* C. *de sent.*

(122) Nótese lo dicho aquí, que está conforme con lo que decia Inoc. en el cap. *quinta-vallis*, *de jurejur.* y Abb. allí col. 5. al notar la segunda diferencia entre los árbitros y arbitradores; de lo que se infiere que pueden tambien estos últimos proferir su sentencia de palabra, como lo opina Bald. en la l. últ. col. 4. C. *de contrah. empt.* y en la l. 1. col. últ. C. *de sent. ex peric. recit.*

(123) Por que se entiende siempre continuada en el compromiso la condicion de no haber dolo, l. 31. D. *de recep. qui arb.*, y es nula *ipso jure* la sentencia de árbitros, en que lo hubiere habido, segun Cyn. á la l. 3. C. del mismo tít. y Paul. á la l. 65. §. 2. col. 2. D. *ad Trebel.*

(124) Lo que dispone aquí la ley, no lo he visto observado en la práctica; sino que de los recursos intentados contra semejantes sentencias arbitrales conoce únicamente el juez, sin el nombramiento de esos hombres buenos, v. Bart. en d. l. 76. D. *pro soc.* Abb. en el cap. *quinta-vallis* col. 20. Specul. tít. *de arbitr.* §. 1. vers. *sed quis erit* y sobre lo que deberá hoy observarse, cuando de la sentencia arbitral se interpusiere apelacion, v. las leyes de Madrid, Ordenanza últ. [l. 4. tít. 17. lib. 11. Nov. Recop.] y lo que dice Juan de Imol., refiriéndose al derecho comun, en la l. 1. col. pen. D. *de legat.* 2.—*Y vid. tambien la adicion á la nota últ. de este tít.

(125) Véase aquí cual es el juez que debe conocer del negocio, cuando se pide reduccion de una sentencia arbitral al arbitrio de buen varon; á saber, el que lo sea de aquel lugar en el cual el arbitrador haya proferido su sentencia, ó sea, en mi concepto, el juez ordinario del territorio á que pertenezca el arbitrador, por ser dicha reduccion una especie de apelacion, l. 32. §. 14. D. *de recept. qui arb.* y así deberia entenderse sin duda en el dia por lo mismo que segun las leyes del reino [l. 4. tít. 17. lib. 11. Nov. Recop.] tienen las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva, y lo propio opinan Bart. y Bald. en la l. 2. C. *ubi et apud quem* y Abb. cap. *quinta-vallis*, *de jurejur.* col. 21.— * V. la adicion á la nota últ. de este tít.

(126) Háblase aquí ya indistintamente de los árbitros y arbitradores.

(127) Nótese, por lo dispuesto aquí, la forma en que deben otorgarse los compromisos, y v. Specul. tít. *de arbitr.* §. *ut autem*, y Alberic. en la rubr. D. *de recept. qui arb.*, en donde trae dichas fórmulas en toda su estension: — * y pueden verse tambien en la l. 106. tít. 18. de esta partida.

(128) Infiérese de lo dicho aquí que convienen los árbitros y los arbitradores, en cuanto no pueden absolutamente estender su jurisdiccion á otros puntos, que á los espresados en el com-

que las partes gelo otorgaren (129). E sobre todo deuen prometer de guardar, e de obedecer el mandamiento, e los juyzios, que los auenidores fiziessen sobre aquel pleyto, so cierta pena que peche la parte, que non quisiere estar por ello, a la otra que obedecio el mandamiento de los auenidores. Ca si pena (130) non y fuesse puesta, non serian tenudas las partes de obedecer el mandamiento, nin el juiyzo, que diessen entrellos. Fueras ende si callassen, e lo non contradixessen, desde el dia que fuesse dada la sentencia, fasta diez dias. Ca entonce, maguer non y fuesse puesta pena, tenudas serian las partes de guardar el juyzio, que assi fuesse dado, segun que adelante mostraremos. E de todas estas cosas, que las partes pusieren entre si, quando el pleyto meten en mano de auenidores, deue ende ser fecha carta (131) por mano de Escriuano publico, o otra que sea sellada de sus sellos, porque non pueda y nacer despues ninguna dubda.

promiso, á pesar de haber pretendido lo contrario Specul. tít. *de arbitr.* §. *excipitur* vers. *sed pone quod litigantes,* y v. lo que advierte Abb. en el cap. *quinta-vallis*, col. 12. *different.* 18ª *de jurejur.*; debiendo advertirse que la incapacidad de conocer de otros puntos que los comprometidos, hace que sea nulo el laudo que sobre los mismos, se haya proferido, aunque consentido ú omologado por las partes, segun el testo singular del cap. *examinata*, *de confirm. util. vel inut.*, y lo infiere tambien Bald. de lo dicho en el §. *sententiæ qnoque*, *de pac. Constant.* ¿Podrá, empero, el arbitrador ó amigable componedor determinar, por bien de paz, algunos puntos no comprendidos en el compromiso? V. cap. *nisi essent* 20. *de præbend.* y allí Anton., Juan de Imol. y Abb. y este último en el cap. Constit. hácia el fin, *de relig. dom.*, Socin. consil. 121., Ang. en la l. 46. D. *de recept. qui arb.* y Alex. consil. 79. col. últ. vol. 5. Y cuando las partes hayan controvertido ante los árbitros algun punto ó cuestion no deducido en el compromiso, ¿se entenderán prorogadas sobre lo mismo las facultades ó jurisdiccion de los primeros? V. Alex. consil. 84. vol. 5. en donde se resuelve por la afirmativa, fundado en las razones que pueden verse allí. Y sobre si pueden los árbitros conocer y fallar acerca la compensacion que se haya opuesto á la demanda, v. Alex. consil. 119. col. antepen. vol. 2. y l. 52. §. 2. D. *famil. ercisc.* ¿Podrán tambien prohibir la enagenacion de los bienes sobre los que han proferido sentencia? V. á Bald. en la l. 114. §. 14. D. *de legat.* 1. en donde está por la negativa, y á Dec. consil. 11. col. 3. en donde trata de los puntos ó cuestiones que pueden resolver los árbitros, á pesar de no haberse deducido en el compromiso.

(129) Será nulo, pues, el fallo que los árbitros profirieren, escediendo los términos y condiciones del compromiso, cap. *cum dilectus* 32. *de evict.* y cap. *cum dilectus 6 de arbitr.*, pudiendo verse á Dec. consil. 434. — * Pero, ¿lo será, aunque la nulidad no se reclamare espresamente; ó no se intentare, dentro el término debido, el recurso que las leyes conceden en dicho caso? Parece que, transcurrido dicho término, se entenderia la sentencia arbitral consentida, si fuese dada por árbitros de derecho, por ser todo lo relativo á estos de mas estrecha interpretacion: mas no deberia tal vez decirse lo mismo, tratándose de un laudo de arbitradores ó amigables componedores, aunque siempre el silencio de las partes, despues de publicado aquél, importa, en cierto modo, una tácita acquiescencia.

(130) V. l. últ. de este tít. y l. 32. §. 1. D. *de recept. qui arb.*

(131) ¿Es requisito esencial en las sentencias arbitrales el que sean proferidas por escrito? Parece que lo es en las de los arbitros de derecho; por considerarse estos como verdaderos jueces; el arbitramiento, empero, ó sea el fallo de los arbitradores, no parece indispensable que se reduzca tambien á escritura, sino que, en caso necesario, podria hacerse constar por medio de testigos, segun advierte Ang. en la l. 5. C. *de transact.*, sin que obste lo dispuesto en esta ley, en la cual no se dice que sea la escritura requisito esencial del arbitramiento, sino que se aconseja el formalizarla para evitar ulteriores dudas; y aun podria tal vez sostenerse que no solo la sentencia sino tambien el compromiso ó sean las facultades dadas á los árbitros podrian hacerse constar por medio de testigos, así como se considera tambien suficiente la prueba testimonial para justificar la potestad ó comision conferidas al juez delegado, cap. *nobilissimus*, dist. 97, y Juan de Plat. en la l. 9. C. *de divers. offic.* y v. Ang. en la l. pen. C. *de arbitr.*, en donde trata de la sentencia arbitral. — * Nos parece fuera de duda que se habla aquí en esta ley del modo de otorgar el compromiso, y no de las formalidades con que los árbitros deben proferir su sentencia; para lo primero, dice la ley, *deue seer fecha carta por mano de Escriuano publico, o otra que sea sellada de sus sellos* (de las partes.) Y por estas palabras se ha considerado siempre la escritura como requisito esencial en los compromisos, por mas que, segun Greg. Lopez aquí, deban entenderse estas palabras de la ley, solo por via de consejo y para el efecto evitar de ulteriores dudas. Al nombramiento de árbitros de derecho, sobre todo, no creemos se diese en la práctica valor alguno, á menos de estar formalizado en escritura pública ó privada.

LEY 24. *Quales pleytos, o contiendas pueden ser metidos en manos de auenidores, o non.*

En mano de auenidores puede ser metido todo pleyto, para delibrarlo, sobre qual cosa quier que sea. Fueras ende pleyto en que cayesse justicia de muerte (132) de ome, o de perdimiento de miembro, o de otro escarmiento, o de echamiento de tierra, o que fuesse en razon de seruidumbre de ome, o de libertad del (133); o que fuesse sobre las cosas, que pertenecciessen al pro comunal de algun lugar, o de todo el Reino: las quales, como quier que cada vn ome (134) del Pueblo las pueda demandar, e amparar en juyzio, con todo esso, non las puede ninguno meter en mano de auenidores; e si las metiessse, non valdria nada el juyzio, que el auenidor diesse sobre ellas. Pero si todos los de aquel Pueblo, o la mayor partida dellos, fiziessen un Personero para esto (135), sobre aquellas cosas que les pertenecciessen, e le otorgassen poder, de las meter en

(132) A menos que, á pesar de ser tal, se tratase en él civilmente del interés de la parte agraviada, como advierte la glos. de l. 32. §. 6. *de recept. qui arb.* y Abb. en el c. pen. *de in integr. rest.* y en el c. *litteras, de præsumpt.* y lo mismo parece deberá decirse á tenor de esta ley, cuando se trate de un delito de aquellos que no merecen pena corporal sino pecuniaria, y esta aplicable á la parte agraviada; mas no si debiese aplicarse al fisco, segun la l. 42. D. *de recept. qui arb.* y la Glos. allí, y Alberic. en d. l. 32. §. 6. del mismo tít. Y nótese que reprueba aquí nuestra ley la opinion de Guid. de Susa, quien entendia que por d. §. 6. se declaraban nulos los compromisos otorgados sobre semejantes delitos, únicamente cuando lo hubiesen sido por error, mas no cuando se otorgasen con conocimiento de causa; antes bien, segun dispone aquí nuestra ley, lo mismo deberia decirse aun cuando se hubiese otorgado el compromiso con pleno conocimiento: y la razon de esto es la de estar reservado para los jueces superiores el proceder á la averiguacion y castigo de los espresados delitos; y así no obsta lo dispuesto en la l. 18. C. *de transact.*: mas ¿será válido el compromiso, aunque versare sobre delitos, si por él se hubieren nombrado árbitros en calidad de arbitradores y amigables componedores? Odofredo en d. §. 6. pretende que pueden comprometerse de esta suerte los negocios criminales, opinion que sostiene tambien Alber. diciendo allí, y en la l. 13. §5. D. *de his qui not. infam.*, que así se observa constantemente en la práctica; bien que nuestra ley parece prohibirlo aun en este último sentido. Y sobre si los arbitradores, caso de poder nombrarse en tales negocios, podrán imponer la pena de estrañamiento, v. Alber. en el lug. cit. —* No creemos pueda haber lugar á la ultima cuestion que propone aquí el glosador, ya porque, en efecto, dispone esta ley terminantemente, segun el mismo indica, que no pueda comprometerse en manos de árbitros ni arbitradores sobre negocios criminales ó delitos que merezcan pena corporal y en especial la de estrañamiento; ya tambien porque para imponer esta última pena es necesario tener el mero imperio, el cual, segun la l. 18 de este tít. no puede adquirirse por compromiso; y ya finalmente porque los compromisos ó transacciones en materias ó negocios criminales, no pudiendo tener mas objeto que el interés privado de la parte agraviada, en ningun caso pueden producir el que se imponga una pena al delincuente lo que pertenece esclusivamente á la pública vindicta.

(133) ¿Deberá tambien entenderse prohibido el otorgar compromiso sobre vasallage feudal, ó sobre esclavos adscripticios, y otros negocios semejantes? V. Alberic, y la glos. en la l. 32. §. 7. D. *de recept. qui arb.*, y lo que advierte Abb. en el cap. pen. *de in integr. rest.*, debiendo notarse que la prohibicion de comprometer sobre ciertos y determinados negocios no comprende los articulos ó incidentes que se promuevan en dichos negocios, ó causas prohibidas, l. 6. y Bald. allí C. *de reb. cred.*

(134) V. l. 2. §. 34. D. *ne quid in loc. pub.*, l. 30. §. 3. D. *de jurejur.* y l. 2. D. *de popul. act.*

(135) Segun esta ley, pues, es claro que los síndicos de las universidades no pueden otorgar compromisos, aunque obtengan la libre administracion, si carecen de poderes especiales, v. Socin. consil. 95. col. 2. vol. 3, y tampoco, parece, podrán hacerlo los administradores ó regidores del comun, ni bastará para ello el poder que estos hubieren otorgado; sino que será necesario el consentimiento de todos ó la mayor parte de los vecinos, segun lo dispuesto en esta ley; bien que parece argüir lo contrario el principio de que lo hecho por dichos administradores, se entiende hecho por toda la ciudad, glos. de la l. 169. §. 1. D. *de reg. jur.* y la rúbr. del C. *quæ sit long. consuet.*, infiriéndose lo mismo de la l. 2. §. 9. D. *de orig. jur.* y lo anotado por Bald. allí, á saber, que siendo la vecindad muy numerosa, y muy difícil el convocarla, se han instituido por esta razon los Concejos, y lo hecho por estos últimos se entiende hecho por la vecindad, y así lo entienden tambien Bart. y los DD. en la l. 27. D. *de reb. cred.*, Ang. consil. 63. princ. que empieza *si provisio*, consil. 169. *ex themate*, y consil. 271 *visis* princ., infiriéndose lo propio de la l. 12. C. *de transact.*, y los DD. allí. Y lo dicho

mano de auenidores, estonce (136) bien lo podrian fazer. Otrosi dezimos, que contienda, o pleyto, que naciesse sobre casamiento de algunos, non se podria meter en mano de auenidores. Esso mismo seria del pleyto, que ouiesse un ome contra otro. Ca ninguno dellos non lo puede meter en mano de aquel (137), con quien contiende, que lo libre el mismo como auenidor. E si lo metiesse, non valdria lo que mandasse, nin auiniesse sobre el. Ca non seria guisada cosa, de ser ome Judgador de su pleyto mismo. Empero si acaesciesse, que vn ome ouiesse fecho tuerto, o

debe entenderse de los concejales que se eligen en lugar de los decuriones y que forman el llamado concejo mayor ó general, segun Alberic. despues de Jacob. Butri, en la l. 15. D. *de dol. mal.*

(136) ¿Es necesaria la real licencia para otorgar compromisos sobre negocios comunales? Parece serlo, segun lo que advierte Bart. en la l. 137. §. 6. D. *de verb. oblig.*, donde dice que para enagenar las cosas de la ciudad, se requiere el consentimiento del superior de la misma, por no poder esta vender ni enagenar las cosas destinadas al uso del público, l. 3. tít. 3. lib. 7 del Orden. Real; y por exigirse para comprometer, las mismas solemnidades que para enagenar, segun el cap. *cum tempore* 5, y Abb. allí *de arbitr.* y cap. *per tuas* 9 del mismo tít., Bald. y otros en la l. 12. C. *de transact.* y la glos. de la l. 13. D. del mismo tít. Parece, sin embargo, que para la validez del compromiso, deberia tenerse por suficiente la autorizacion del presidente de la ciudad, constituido allí por el superior, y representante del príncipe, segun d. l. 12. Así parece entenderlo Luc. de Pen. en la l. 1. C. *de expens. lud.* col. 3 hácia el fin, y col. 4. 6 y 7, y en los propios términos lo pretende Socin, consil. 95, vol. 3. col. 3. donde empieza *in causa communis*, á quien puede verse, y tambien lo dispuesto en la l. 9. tít. 11 de esta Part. Tal vez deberia hacerse distincion de negocios, y decir que puede una ciudad otorgar compromiso, sin superior autorizacion, sobre aquellos negocios que son de su interés esclusivo; mas no sobre aquellos en que interesa tambien el rey, como si se tratara de fijar los linderos del territorio, cuyo uso pertenece á la ciudad, pero en el cual tiene el rey jurisdiccion, y puede, por consiguiente perjudicársele, disminuyéndose el territorio sujeto á ella; por cuya razon tendrá tambien interés en el negocio: como en un caso análogo, tratando del nombramiento de síndicos, lo advierte Specul. tít. *de syndic.* vers. *item quod non est constitutus* y Socin. en d. consil. 95. col. 4. vers. 3 y últ., cuya distincion conviene tener muy presente, por promoverse todos los dias dudas en la corte sobre esta materia; y haberse declarado, algunas veces, ser nulos los compromisos por defecto de la real licencia; lo cual debe entenderse en los términos esplicados, esto es, que el compromiso otorgado por una ciudad con el decreto de su presidente, sobre bienes propios, que no son de uso público, y en los que no interesa la jurisdiccion del rey, seria válido, aunque no hubiere precedido real licencia; y así parece confirmarlo la l. últ. C. *de vend. reb. civ.* y el no haber en el derecho disposicion alguna que exija, en semejantes casos, aquel requisito. Lo mismo deberia decirse si se tratara de una cuestion sobre límites de territorio, aunque fuese de uso público ó comun, entre dos ciudades sujetas entrambas á la jurisdiccion del Rey, en cuyo caso no tendria este interés alguno, por no poder perjudicársele su jurisdiccion, y no seria por lo tanto necesaria su licencia: lo que debe tenerse presente: y lo confirma Luc. de Pen. en la l. 1. hácia el fin, C. *de divers. præd. urb.* Acerca las deliberaciones de las universidades, en las cuales se requiera el consentimiento del presidente, v. Socin. en d. consil. 95. y en la l. 1. §. 15. D. *ad Trebel.* — * A propósito de lo anotado aquí por el glosador, dice D. Juan Sala en su Derecho Real de España, lib. 3. tít. 2. §. 35. que « atendida la l. 2. tít. 21. lib. 7. Nov. Recop. que es mas reciente y prohibe la venta y enagenacion de las cosas comunales, deberá decirse que está absolutamente prohibido el compromiso de estas cosas de cualquiera manera que se intente. » Y en efecto, estando por d. ley, terminantemente prohibido á los concejos ó Ayuntamientos el vender y enagenar los bienes propios del comun, y estando dicha prohibicion visiblemente fundada en el interés de los mismos pueblos, y no en el que el Rey podia tener en la enagenacion de aquellos bienes por razon de su jurisdiccion, no parece pudiesen enagenarse sin real licencia, aun en los casos en que no podia resultar perjudicada la jurisdiccion realenga, si es que jamás ha podido esta perjudicarse, por los contratos que, sin conocimiento del Rey, otorgasen los pueblos ó sus ayuntamientos, los cuales es evidente que no podian ceder en perjuicio de tercero. Abolidas, en el dia, las diferentes jurisdicciones, y sujetos á la del Rey todos los pueblos indistintamente, no puede aquel tener interés, por razon de la misma, en los traspasos ó enagenaciones de bienes propios ó comunales: pero subsiste, á pesar de esto, la prohibicion de hacerlo, fundada, como hemos dicho, en el interés de los mismos pueblos.

(137) Concuerda la l. penúlt. D. *de recept. qui arb.*, fundándose en que nadie puede imponerse á sí propio preceptos ni prohibiciones. Nuestra ley de partida da aquí una razon distinta, con las

deshonrra a otro, e se metiesse en su mano, diziendo que gelo queria emendar, assi como el mismo mandasse; sobre tal cosa como esta, bien podria ser auenidor (138) del pleyto, aquel en cuya mano lo metiessen. Mas deue ser muy mesurado en aquello que y mandare, que sea con razon, e guisada cosa; catando qual fue el tuerto, o la deshonrra que recibio. E otrosi, qual es la persona de aquel que se mete en su mano. E librando desta guisa, valdra lo que fiziere. E si cosa desmesurada mandasse, deuese endereçar por aluedrio de omes buenos, e non seria tenudo el otro de fincar por ella; maguer el pleyto ouiesse metido en su mano, e jurado de fazer, lo que el por bien touiesse. Otrosi dezimos, que si alguna cosa fuere demandada en juizio delante del Judgador ordinario (139), que si las partes quisieren meter el pleyto della en mano de aquel Juez, que lo libre por derecho segund auenidor; que lo non pueden fazer (140). Pero si aquel pley-

palabras: *ca non seria guisada cosa de ser ome Judgador en su pleyto mismo:* y en este sentido podria tal vez resolverse la cuestion que, citando á Ubert. de Bobio, propone Alber. en d. l. pen. á saber; la de si puede otorgarse compromiso sobre una cosa vendida en mano y poder del mismo que vendió y está obligado de eviccion por razon de la ella; pues, como el comprador, por el mero hecho de transigir ó comprometer sobre dicha cosa vendida, pierde segun la l. 56. §. 1. D. *de evict.* la accion que le competia contra el eviccionario, ya no puede decirse que tenga este interés en el negocio una vez comprometido, y así, faltando la razon de la ley, deberá cesar tambien la prohibicion de nombrar á dicho vendedor árbitro ó compromisario. Ubert. con todo, segun Alber. en d. l. penúlt. se inclinaba, aunque no decididamente; á la opinion contraria, fundándose en que tal vez seria nulo semejante compromiso, ó que, aun siendo válido, no dejaria por esto el comprador de tener accion contra el vendedor eviccionario, en caso de sucumbencia, á pesar de lo dispuesto en d. l. 56; entendiendo que, por ella, el comprometer el negocio sobre que puede recaer la eviccion, priva al comprador de la accion que le competia, solo cuando se haya comprometido en mano de otro que no fuese el vendedor.

(138) Esto es, en calidad de arbitrador. Y adviértase que no solo puede uno serlo sobre injuria ú ofensa propia, que es el caso propuesto en esta ley; antes debe este entenderse por via de ejemplo; y, pudiendo cualquiera ser arbitrador sobre injurias, en las que sea él el ofendido; *á fortiori*, deberá decirse que puede serlo en cualquiera otro asunto propio: y en el propio sentido lo esplica Specul. tít. *de arbit.* §. 2. vers. *item nullus*, y Alberic. en la l. únic. C. *ne quis in sua causa*, C. col. 1.

(139) Esto es, el juez ordinario que lo sea de la misma causa y de las personas que hacen parte en ella, segun lo declara la glos. del cap. 4. Novel. 86. col. 6, y Bald. en la l. 7. col. 1. C. *de episc. aud.*, debiendo decirse lo mismo, por identidad de razon, respecto del juez delegado, segun Alberic. en la l. 9. §. 2. D. *de recept. qui arb.* despues de Jacob. de Raven. y Ubert. de Bob., bien que, atendidas la palabras de nuestra ley, que habla espresamente del *judgador ordinario*, parece debe entenderse no estar comprendidos en la prohibicion de la misma los jueces delegados, tanto mas, en cuanto no concurren en ellos las mismas razones que en los ordinarios, y esta creo ser la opinion mas verdadera; pudiendo verse la Glos. del cap. *infames* 3, vers. *judex*, q. 7. — * V. la adicion á la nota 141.

(140) Terminante es esta prohibicion de nuestra ley, difiriendo, en esta parte, de la l. 9. §. 2. D. *de recept. qui arb.* la que no lo disponia así bien claramente, y habia dado, con esto ocasion á diferentes opiniones, pretendiendo unos que podian las partes voluntariamente comprometer sus diferencias en manos del juez ordinario que conocia de ellas, mientras aquel no les obligase á hacerlo. Así se decia en cierta glos. del cap. *infames* 3. vers. *judex.* en lo que hubo de ser esta adicionada; pues la primitiva glos. de Joan. sostenia lo contrario, fundándose en las bellas llas razones que pueden verse allí, y de las cuales se infiere que no pueden las partes renunciar á lo dispuesto en esta ley: V. Alber. en d. §. 3. —* Concuerdan la l. 4. tít. 35. lib. 11. y l. 5. tít. 11. lib. 5. Nov. Recop. por la primera de las cuales se prohibe á los Asistentes, Corregidores y Gobernadores (hoy equivale á los Jueces de primera instancia) *el recibir compromisos de ningunos pleitos que ante ellos estuvieren pendientes y de los que pudieren conocer;* y por la segunda á los Alcaldes y Oidores de las Audiencias *el recibir y aceptar arbitramientos de los pleitos que ante ellos hubieren comenzado;* en cuyos términos, y atendidas las palabras de que usan dd. ll. podria tal vez entenderse ampliada, por las mismas, la prohibicion de la de partida é inhibidos los jueces inferiores, como superiores de ser compromisarios, no solo en calidad de árbitros de derecho, sino tambien en la de arbitradores ó amigables componedores; por comprenderse las dos especies en la palabra general de *compromiso*, de que se vale la ley al hablar de los jueces inferiores; y porque, si bien la de *arbitramiento*, no siempre se toma en aquella significacion tan lata, pero, en su sentido mas estricto, comprende únicamente á los ar-

to le quisiessen meter en poder del, en tal manera que lo librasse por auenencia de las partes, o en otra guisa qual el touiesse por bien, assi como amigo (141) comunal; estonce dezimos, que lo podria recebir el Juez ordinario, maguer fuesse primero demandado antel en juyzio: e valdra todo lo que el dixere, o mandare en razon de aquel pleyto. Mas si por auentura las partes lo quisiessen meter en mano de otri, puedenlo fazer en qual manera quier, maguer sobre aquella cosa fuesse mouido pleyto en juyzio.

LEY 25. *Quien son aquellos, que pueden meter sus pleytos en mano de Auenidores.*

Metiendo las partes sus pleytos en manos de auenidores, pueden yr adelante por ellos, si fueren de aquellas personas, ue por si pueden estar en juyzio (142) delante del Judgador ordinario; mas si fuesen de las otras, a quien es defendido, non lo podrian fazer. E porende dezimos, que si alguno fuesse menor (143) de veynte e cinco años, e metiesse su pleyto en mano de auenidores sin mandado, e sin otorgamiento (144) de su Guardador; maguer de fiadores, que estara por quanto los auenidores mandaren; si despues que la sentencia dieren contra el, non la quisiere auer por firme, puedelo fazer, e non caera porende en pena ninguna. Empero los fiadores que dio, son tenudos de pechar la pena a que se obligaron, si el huerfano non quisiesse estar por el jui-

bitradores; y jamás se usa para designar á los árbitros de derecho esclusivamente: de donde se sigue que en la citada l. 5. se tomó aquella palabra en la primera de dichas acepciones esto es en la mas general por no poderse creer que á los ministros de las audiencias quisiese prohibirseles tan solo el ser arbitradores, y ser forzoso adoptar esta última suposicion ó concluir que la prohibicion es general y comprende toda clase de compromisos.

(141) Apruébase aquí la opinion de la Glos. en la l. 9. §. 2. D. *de recept. qui arb.* contra lo que, segun Alber. allí, pretendia Jacob. de Rav. citando á Cyn., á saber, que no podia nombrarse compromisario al juez ordinario, ni aun en calidad de arbitrador, por militar, en este caso, las mismas razones que en el de nombrársele árbitro de derecho; lo cual no es exacto, puesto que de las sentencias de los arbitradores puede pedirse reduccion al albedrio de buen varon. —* No vemos sin embargo, que esto último sea una razon de haberse permitido á los jueces ordinarios el ser arbitradores, pues, si como parece significar aquí el Glos., les está prohibido el ser árbitros de derecho, porque, siéndolo, vendrian á ser jueces de apelacion de sus propios fallos, por deber interponerse ante ellos los recursos de apelacion ó nulidad, que contra las sentencias de los árbitros pueden intentarse; ni esto es bastante exacto, toda vez que el juez, á quien corresponde conocer de aquellos recursos, es el que lo sea superior del árbitro que ha proferido la sentencia, y así, en el caso de ser este el juez ordinario, deberian dichos recursos intentarse por ante la audiencia respectiva; ni, aun cuando así no fuese, dejaria de haber el mismo motivo para prohibir tambien á los ordinarios el ser arbitradores; como quiera que, por haber caido en desuso el nombramiento de hombres buenos ó comunes amigos para reducir á equidad los fallos injustos de los arbitradores, el juez ordinario es tambien quien debe conocer de las reducciones el albedrío de buen varon, como lo dice el mismo Greg. Lopez en las notas 124 y 125 de este tít. y se observa, hoy dia, en la práctica. La verdadera razon de prohibirse á los jueces ordinarios el ser árbitros de derecho parece ser mas bien la de que, debiendo, en calidad de tales, conocer del negocio comprometido con estricta sujecion á las leyes, así al resolverlo en definitiva, como al sustanciar el procedimiento, no podria la voluntad de los compromitentes tribuirles mas ni menos potestad sobre aquel negocio de la que ya les compete por razon de su oficio, y el entender en él como compromisarios y por voluntad de las partes cederia en menoscabo de la jurisdiccion que obtienen como jueces y que ejercen en nombre del Rey. De otra parte el juez de un territorio conviene de todos modos que conserve su voto íntegro é imparcial sobre todos los negocios, que, por cualquier motivo, pueden sujetarse á su decision judicial; razon por la que ni aun conviene, en nuestro concepto, que puedan los ordinarios ser arbitradores, sobre lo cual véase la adic. á la nota que antecede.

(142) —* De lo dispuesto aquí se infiere que tampoco podrá otorgar compromiso la muger casada sin licencia ó autorizacion de su marido, ó, en su defecto, sin la del juez, porque no puede, sin este requisito, estar legítimamente en juicio. V. la nota 31. tít. 2. de esta Part.

(143) Tuvo esta disposicion su orígen de la l. 3. pr. y l. 35. D. *de recept. qui arb.* y de lo que advierten Specul. tít. *de arbitris,* §. *restat.* vers. *sed quid. de minore,* y Azon en la suma §. *sub arbitro* de d. tít.

(144) Porque, segun indica nuestra ley, si el menor hubiese otorgado el compromiso con la autoridad de su tutor ó curador, incurriria en la pena estipulada en el mismo, separándose de lo arbitrado, á menos que probase haber sufrido lesion, segun á continuacion se añade, y v. Bald. en la l. 35. D. *de recept. qui arb.*

zio, seyendo mayor (145) de catorze años. Mas si el huerfano fuesse mayor de catorze años, e metiesse su pleyto en mano de auenidores, e non ouiesse estonce Guardador (146); dezimos, que conuiene que este, por lo que los auenidores mandaren, e que lo aya por firme. E si non, caera en la pena por ende, a que se obligo. Fueras ende (147), si pudiesse prouar, que fizieran algun engaño en el pleyto, o que se le empeorara por mengua del, o de su Abogado, o que a grand su daño judgaron contra el. Ca prouando alguna destas cosas, non caeria en la pena, maguer non quisiesse guardar la auenencia, o el mandamiento de los auenidores.

LEY 26. *Que es lo que deuen fazer, e guardar los Juezes de auenencia, quando las partes quieren meter algun pleyto en su mano.*

Auenencia es cosa que los omes deuen mucho cobdiciar de auer entre si (148); e mayormente aquellos que han pleyto, o contienda sobre alguna razon, en que cuidan auer derecho. E porende dezimos, que quando algunos meten sus pleytos en mano de auenidores, que aquellos que lo reciben (149), mucho se deuen trabajar de los auenir, judgandolos, e librandolos, de manera que finquen en paz. E para poder bien fazer esto, deuen prime-

(145) Pero, ¿deberá decirse lo mismo respecto de los que se constituyen fiadores de un pupilo salido de la infancia, el cual se obliga naturalmente, ya tenga tutor ó no lo tenga? Así lo indica la Glos. mejor del cuerpo de derecho en la l. 189. D. *de reg. jur.*, y Bart. en la l. 1. D. *de novat.*, y así parece deberia ser, atendido que semejante obligacion natural admite la accesion de la fianza, l. 15. D. *de fidejuss.*: en cuyo sentido parece resolverse tambien el caso propuesto en la l. 35, D. *de recept. qui arb.*, en donde se dice, que queda obligado el que se constituye fiador de un pupilo que otorga compromiso, lo que entienden los DD. de un pupilo mayor de la infancia, y próximo á la pubertad, el cual, como se ha dicho, se obliga naturalmente. Lo contrario, empero, indica nuestra ley aquí con estas palabras, *seyendo mayor de catorce años*, con las que espresamente viene á declarar, que no queda obligado el fiador de un menor que otorga compromiso antes de llegar á la pubertad; pareciendo seguir, con esto, la opinion de los DD. antiguos quienes segun refiere la glos. de d. l. 35, pretendian que los contratos celebrados por el pupilo, aunque próximo á la pubertad, sin la autoridad de su tutor, no producian obligacion natural siquiera: atendido lo que, no sin razon se dispone aquí, que tampoco el fiador quede obligado; pero digno es este punto de mas detenida reflexion.

(146) Porque si lo tuviese, y otorgase compromiso sin su autoridad, no quedaria obligado; segun la l. 3. C. *de in integr. restit.*

(147) No se entenderá, pues, que haya lesion por el mero hecho de haberse otorgado compromiso: sino que deberá justificarse, al pedir la restitucion, todo lo que en esta ley se espresa. Por derecho comun se entendia, al contrario, que el menor padecia lesion, por el solo hecho de comprometer, como lo declara la l. 34. §. 1. D. *de minor. 25 an.*; lo que tenia lugar, en sentir de Bart., cuando en el compromiso se nombraban árbitros de derecho, pues como contra la sentencia de estos no habia recurso, ni aun el de pedir reduccion al arbitrio de buen varon, parecia que el menor quedaba perjudicado, renunciando el derecho de apelacion, segun lo esplica Paul. de Castr. en la l. 9. §. 4. D. *de jurejur.*; pero nombrándose en el compromiso arbitradores, no se entendia el menor perjudicado, porque podia serle favorable la resolucion de aquellos, y en caso de serle gravosa, podia usar del remedio de la reduccion al arbitrio de buen varon: y así lo opina Juan de Imol. en la l. 36. D. *ad Trebel.* Mas nuestra ley no distingue aquí, como se ve, entre los árbitros y arbitradores, sino que habla indistintamente; por lo que tal vez deberá decirse lo mismo en entrambos casos, esto es, que por el mero hecho de otorgar compromiso, no se entiende perjudicado el menor, aunque haya nombrado árbitros de derecho, pues como decia Jacob. de Raven. cit. por Alberic. en d. l. 25. §. 1, los hombres sabios y diligentes comprometen todos los dias sus negocios, y por lo tanto no parece que perjudique á un menor el hacer lo propio, l. 9. C. *de in integr. restit.* debiendo entenderse, en sentir de dicho autor, que el espresado §. 1. l. 34, habla únicamente del caso en que el árbitro nombrado fuese enemigo del menor, ó en otra manera sospechoso, como lo indica tambien la Glos. y puede añadirse la l. prox. sig., que dice, en su principio, ser la avenencia, una cosa que todos deben desear, mayormente aquellos que tienen pleito ó contienda.

(148) V. el cap. *studendum* 7, y cap. *placuit* 9, dist. 90, y, como dice el vers. 10. cap. 28 del Eclesiast. *abstine te à lite, et minues peccata.* y v. la glos. de la Clement. *dudum*, vers. *actibus*, *de sepult.*

(149) Mas, ¿podrá obligárseles á aceptar? Parece, que no, segun la l. 3. §. 1. D. *de recept. qui arb.* y la l. 29 de este tít., lo que procede así en los árbitros, como en los arbitradores, glos. de la l. últ. D. *de contrah. empt.* y v. sobre esto á Specult. tít. *de arbitr.* §. últ. vers. *sed numquid arbitrator*, donde esplica los casos en que se en-

ramente catar, que el pleyto que quieren meter en su mano, sea de tal natura la (150) que se pueda librar por Juezes de auenencia. Ca si tal non fuesse, no lo deuen, nin pueden recebir en ninguna manera. Otrosi deuen guardar, que quando las partes metieren el pleyto en su mano, que las fagan obligar so cierta pena, que esten por quanto ellos mandaren. E si pena non y fuesse (151) puesta, non serian tenudos de obedecer su mandamiento, si non quisiessen, como de suso mostramos. E asi el trabajo que ouiessen passado en oyendolas, tornarseles ya en escarnio e en verguença. E si por auentura acaesciesse, que la vna parte se obligasse tan solamente a la pena, e la otra metiesse alguna cosa señalada en poder de los auenidores (152), a tal pleyto, que si non quisiesse auer por firme lo que ellos le mandassen, que la perdiesse, e que la ganasse la otra parte que fuesse obediente; dezimos, que esta postura, o otra semejante della, que es valedera e deue ser guardada. E pueden yr adelante por el pleyto; bien assi como si las partes ouiessen puesto entre si ygual pena. Otrosi dezimos, que deuen mucho guardar, que non judguen (153), nin libren los pleytos que pusieren en su mano, si non en aquella manera, que les fuere otorgado de las partes. Ca de otra guisa non valdria lo que fiziessen. E aun dezimos, que si las partes quisiessen meter sus pleytos en mano de los Juezes de auenencià, en tal manera que ellos fuessen tenudos de dar tal juyzio, qual les dixesse (154) algun otro ome, que las partes señalassen, e que non pudiessen dar otro; que non lo deuen desta guisa recebir. Porque el juyzio, que despues assi fuesse dado, non seria valedero. E esto touieron por bien los Sabios antiguos, por esta razon: Porque el aluedrio de juzgar, debe ser en poder de los Judgadores, que han a librar los pleytos de qual manera quier que sean, e non en voluntad (155) de otri. Como quier que ellos puedan,

tiende que aquellos han aceptado, y como se les obliga á dar sentencia despues de su aceptacion. v. Bald. en la l. 1. D. *ubi pupil. educ. deb.*, de cuyo texto infiere, que, cuando el árbitro nombrado fuere pariente de los comprometentes, podrá obligársele á aceptar el compromiso, pudiendo añadirse la glos. del cap. *sicut enim* 11, q. 1, donde dice, citando á Arch., que peca el árbitro ó arbitrador que, pudiendo hacerlo, no dirime las diferencias de las partes. Mas puede pactarse en el compromiso que no se pueda obligar á los árbitros á dar su fallo contra su voluntad, segun Alberic. en d. l. 3. §. 1. V. Specul. tít. *de arbit.* § últ. vers. *quid si actum sit.*

(150) Véase la l. 24 de este tít.

(151) Véase la l. 23 de este tít., l. 1. C. *de arb.* y cap. *dilecti*, d. tít. debiendo notarse, que tambien el fallo de los arbitradores produce accion *ex arbitramento*, siendo omologado, por espreso consentimiento, ó tácitamente por el trascurso de los diez dias, segun la l. últ. de este tít., y cap. últ. de las Ordenanzas de Madrid, por mas que dispusiese otra cosa el derecho comun; sobre el cual véase á Bart. en la l. 76. vers. *arbitrorum*, D. *pro soc.* y lo anotado por Abb. al cap. *quintavallis*, *differentia 8*, *de jurejur*: debiendo notarse que, si bien las leyes que hablan de la estipulacion de pena para el caso de separarse los comprometentes de lo fallado, se refieren á los fallos de los árbitros de derecho, pero tambien puede aquella estipularse, por voluntad de las partes, en el caso de nombrarse arbitradores ó amigables componedores; y el fallo de estos deberá llevarse á ejecucion, cuando alguna de las partes haya reclamado contra él ó pedido reduccion á albedrío de buen varon, sea que resulte confirmado ó que se enmiende por via de equidad; segun advierte Abb. en d. cap. *quintavallis*, y está hoy espresamente mandado por d. cap. de las Ordenanzas de Madrid. — * V. l. 4. tít. 17. lib. 11. Nov. Recop. y lo que se dirá á la nota últ. de este tít.

(152) Añád. la l. 11. §. 2. D. *de recept. qui arb.* y v. en la Glos. allí, lo que deberá practicarse, cuando, al otorgar el compromiso, se haya depositado una prenda, sin espresar á favor de quien deba aplicarse en caso de incumplimiento, y añád. Alber. l. pen. C. d. tít.

(153) Añád. l. 32. §. 15. D. *de recept. qui arb.*

(154) Añád. l. 17. §. 3. D. d. tít.

(155) Nótese bien que, por esta ley, se declara nulo únicamente el compromiso en que se hubiese dejado el arbitramento á la voluntad de un tercero, como lo disponia tambien d. l. 17. §. 3. D. *de recept. qui arb.* ¿Seria válido, empero, el en que se previniese por las partes á los árbitros cierta y determinadamente la sentencia que debian proferir? Parece que no lo seria, segun el testo terminante de la l. 19. D. d. tít. y Bart. y Bald. allí. Este último, sin embargo, en la l. 26. D. *de re jud.* pretende que, produciendo en el dia accion la sentencia de los árbitros cuando es omologada, segun l. pen. C. *de arb.* se entenderá ser esta derogatoria de la citada l. 19; puesto que, en el caso propuesto, la sentencia prescrita á los árbitros, llevaria ya en sí misma el consentimiento de las partes; opinion que no me parece infundada, por mas que Ang. y Juan de Imol. opinen que está vigente todavía d. l. 19; antes bien, y no encontrándola confirmada por ninguna de las de Partidas, me inclino al parecer de Bartolo, atendiendo sobre todo á la mu-

e deuan tomar consejo con omes buenos, quando alguna dubda les acaesciere, en los pleytos que han de librar. Pero si las partes quisiessen meter su pleyto en manos de auenidores, en tal manera, que si ellos non pudiessen accordarse, que tomassen otro que las partes señalassen (156), que fuesse y con ellos; estonce dezimos, que bien lo pueden rescebir. E si aquel ome con quien los auenidores se auian de acordar, non lo señalassen las partes (157), estonce los Juezes mismos lo

cha utilidad que importan hoy dia los laudos ó sentencias arbitrales, desde que, por las leyes del reino traen aparejada ejecucion, como elegantemente lo esplica Marian. Socin. consil. 27. en donde dilucida estensamente el sentido ó inteligencia que debe darse á d. l. 19. — * Creemos en efecto, que el compromiso en que se hubiere nombrado á uno ó mas árbitros, con la condicion de haber de proferir una cierta y determinada sentencia, obligará á los que lo hayan otorgado á pasar por la sentencia referida; pero solo en el caso de haberla los árbitros sancionado usando de la potestad que con, su nombramiento se les habia conferido, la cual deberá tambien considerarse estensiva á poder aquellos dejar de aprobar la sentencia que se les hubiere prescrito, pero no á proferir otra distinta: es decir que será este un compromiso condicional y obligatorio, solo en el caso de obtener la aprobacion de los compromisarios nombrados, la decision que las partes mismas habian formado, de comun acuerdo. De otro modo no concebimos como á semejante compromiso podria dársele legalmente algun efecto; porque la sentencia en el mismo contenido no seria verdadera sentencia arbitral, si los árbitros estuviesen obligados á aprobarla, en cuyo caso no serian ellos, sino las partes los que la habrian dictado; y tampoco podria considerarse, como una simple transaccion y como tal obligatoria, puesto que los comprometentes no habrian consentido en pasar por su sentencia absolutamente, sino solo en cuanto resultase aprobada por los árbitros nombrados.

(156) Entiéndase cuando las partes hubiesen designado al tercero desde un principio, y en el acto de otorgar el compromiso, segun se dispone tambien en la l. 17 §. 5 D. *de recept. qui arb.*; mas no cuando las partes se hubiesen reservado la facultad de nombrar por sí mismas el tercero en caso de discordia; porque entonces seria incierto el nombramiento de aquél, y podrian las partes discordar tambien en su eleccion, y quedar el compromiso sin resultado, cap. *innotuit* 12, *de arbit.*

(157) Esto es, cuando nada se ha previsto en esta parte, sino que simplemente se ha otorgado compromiso, sin hablar del nombramiento de tercero, de cuyo caso habla la l. 17 §. 6. D. *de recept. qui arb.* ¿Que deberá decirse, empero, cuando la eleccion del tercero se hubiere dejado espresamente por las partes á la voluntad de los árbitros nombrados? En dicho caso no seria valido el compromiso, segun d. l. 17 §. 5, y lo mismo parece inferirse de lo que se dice aquí en nuestra ley sobre el tercero nombrado señaladamente por las partes. [Lo que nuestra ley declara es que será nulo el compromiso, en que se imponga á los árbitros la condicion de haber de proferir el fallo que les prescriba un tercero designado por las partes; sin que veamos, como de esto pueda inferirse, como parece hacerlo el glosador, la prohibicion de facultar á los arbitros, en el compromiso, para que nombren un tercero en caso de discordia: antes bien creemos que semejante prohibicion consignada en el derecho comun, no ha sido adoptada por las leyes de partida, como se dirá en la adicion final á la presente nota.] Mas la disposicion de d. §. 15 no se ha continuado espresamente en las leyes de Part., tal vez por la variedad de opiniones que habia entre los DD. acerca su inteligencia. Franc. Acurs., segun refiere Juan Andr. en sus adiciones al Specul. tít. *de arbit.* §. últ. vers. *sed ei addit.* mag. vers. *nihil*, pretendia que era válido el compromiso otorgado á favor de dos árbitros, con facultad de elegir tercero en caso de discordia: sin que obstase, en su opinion, lo dispuesto en d. §. 5. l. 17, porque como en él se delara nulo, semejante compromiso, por la razon de que podian los árbitros discordar en el nombramiento de tercero, segun lo demuestran aquellas palabras *nam in assumendo*, etc., claro es que en el caso de no haber discordancia en dicho nombramiento, falta la razon de la ley, y cesa por consiguiente la prohibicion de la misma: con lo que se conforman Jacob. de Raven. allí cit. por Alberic. el cual. parece pensar de mismo modo, y Bald. allí, donde esplicando en el propio sentido, la inteligencia que debe darse á la espresada ley, opina que, segun ella, no será válido el compromiso en el caso propuesto, en la parte que se refiere al nombramiento de tercero, pero si en cuanto al de los dos primeros compromisarios, de suerte que, pudieren si estos conformarse en la sentencia, será válida la que profieran de comun acuerdo: y si discordaren podrá obligárseles á nombrar un tercero, el cual, en sentir de dicho Bald. no será propiamente árbitro ó compromisario, sino una especie de hombre bueno, con facultad de dirimir la discordia por la autoridad que le conferirá entonces el derecho, y no la condicion del compromiso: á diferencia del caso en que se haya nombrado determinadamente á este tercero en el compromiso, pues entonces obrará en fuerza de

deuen tomar, e pueden escoger (158) qual ellos quisieren. E si assi non lo quisieren fazer, puedelos apremiar el Juez ordinario, que lo fagan, si amas las partes (159) lo pidieren, o alguna dellas.

LEY 27. *Que es lo que han de fazer, e guardar los Juezes de auenencia, quando las partes han metido su pleyto en mano dellos, en tal manera que lo libren a tiempo cierto.*

Dia cierto señalando las partes, a que puedan los auenidores, librar por juyzio los pleytos, que meten en mano dellos, dezimos que fasta aquel dia lo pueden fazer. Mas si el plazo passasse, den-

las facultades que en aquel se le confieran, y en calidad de árbitro: en cuyos términos opinaba tambien la glos. de la cit. l. que seria válido aquel compromiso, ó la sentencia que, en fuerza del mismo hubiesen proferido, de comun acuerdo, los dos árbitros primeros nombrados. Pero esta opinion, en sentir de Bart. allí, es contraria á la dispuesta por el cap. *innotuit, de arbit.* y lo mismo pretende la glos. de d. cap. y Abb. allí, despues de Innoc. y Juan Andr. en sus adiciones, dando por razon de ello, que, al nombrar las partes á los árbitros con facultad de fallar, ó de nombrar un tercero en caso de discordia, se crea la posibilidad de que el compromiso no produzca resultado alguno, porque, quedando repuestos los árbitros en el lugar y condicion de las partes, y no pudiendo obligarse á estas á comprometer ó á transigir, segun la l. 3 D. *de recept. qui arb.*, tampoco podria obligarse á aquellos en el caso de discordia á que nombrasen el tercero, de donde infieren que á fin de no esponer á las partes á tener que litigar y sufrir gastos indebidos por razon del mismo compromiso, habia establecido la ley que aquél fuese nulo desde un principio.

Por lo dicho puede verse la grande variedad de opiniones que produjo, por derecho comun, el cit. § 5. de d. l. 17, y tal vez al objeto de decidir aquel punto tan dudoso, se adoptó únicamente en nuestra ley de Part. la primera parte de dicho §. en la cláusula que empieza *pero si las partes* etc., y aunque á continuacion adopta tambien la ley de Part. la disposicion del §. 6 de la romana, y la segunda parte del §. 5, pero no lo hace en los mismos términos que el derecho comun, antes bien se dispone aquí que, ya se haya ó no convenido en el compromiso el nombramiento de tercero, en caso de discordia, sean obligados á nombrarlo en entrambos casos los árbitros discordantes; y como, pudiendo estos ser compelidos, cesa la razon antes esplicada y el peligro de nuevos gastos y litigios en que se fundaban Innoc., Juan Andr., Abb. y demás, segun se ha dicho; es evidente que con esta condicion, será válido el compromiso; pudiendo objetarse únicamente la terminante disposicion de d. cap. *innotuit*; la cual, empero, puede decirse que prevalecerá únicamente en el fuero eclesiástico, y que este sea en efecto, el espíritu de nuestra ley, se infiere de lo que dice Azon tít. *de arb.* vers. *si autem à principio*, col, 5, en donde se dice que si se hubiere otorgado compromiso á favor de dos árbitres, facultándoles para nombrar tercero en caso de discordia, valdrá el compromiso, cuando las partes hubiesen designado en el acto y señaladamente á dicho tercero, pero que otramente seria nulo, á menos que se sostuviese por el remedio pretorio antes espresado, esto es, por el de compeler el juez á los árbitros á que nombren el tercero: cuyo remedio aparece tambien adoptado aquí por nuestra ley, conforme á la opinion de Azon, que tambien sostenia la glos. del §. 6 de d. l. 17. Nótese, de otra parte, que la disposicion de d. cap. *innotuit.* está en cierto modo derogada por la del cap. que inmediatamente le subrigue, el cual, segun pretende Ostiense, despues de la Glos. allí, debe entenderse que habla de los arbitradores, aunque no es fácil conocer la razon de esta diferencia; siendo, sin embargo, digna de meditarse esta nueva consideracion del indicado autor. * — La gran divergencia, que pondera aquí el glosador, entre los intérpretes de derecho comun, en orden al nombramiento de árbitro tercero, proviene, sin duda, de la ambigüedad, con que, sobre este particular, se espresaba d. l. 17. D. *de recept. qui arb.*, declarando en su §. 5 que no era válido el compromiso en que las partes hubiesen facultado á los árbitros para elegir tercero en caso de discordia, y disponiendo á continuacion en su §. 6. que siendo dos los árbitros nombrados y discordando al dictar un fallo, debiese el pretor obligarles á tomar un tercero para dirimir el empate: esta última disposicion es la espresamente adoptada por nuestra ley de partida: pudiendo inferirse de ella que, pues tribuye á los árbitros la facultad de nombrar tercero en discordia, y aun les obliga á verificarlo, *si las partes non lo señalassen*, sin prohibir, de otra parte, á los comprometentes, como lo hacia la ley romana, el que dejen, en el compromiso, el nombramiento de dicho tercero á la eleccion de los mismos árbitros, debe entenderse esto último permitido: y asi se observa constantemente en la párctica.

(158) V. lo anotado á la l. 29 de este tít.

(159) Nótese esta palabra; pues, por ella, parece dispuesto que, solo pidiéndolo las partes,

de adelante non podrian judgar. Fueras ende (160); si les ouiessen otorgado poder, que si les acaesciesse algund embargo, por que non pudiessen dar juyzio fasta aquel dia que señalaron, que ellos pudiessen alongar el tiempo. Ca en tal caso como este dezimos, que cuando los auenidores quisiessen, por razon de algund embargo que les acaesciesse, alongar el tiempo, para judgar aquel pleyto que les fue metido en mano; que si estonce ambas las partes (161) lo contradizen, que despues non lo pueden alongar. E si a este dia non quisiessen, o non pudiessen dar la sentencia, dende adelante non lo podrian fazer, nin se deuen trabajar despues, de ninguna cosa, en el pleyto. Mas si por auentura (162), la vna parte tan solamente contradixesse a los auenidores, que non alongassen el tiempo, e la otra non, aquella parte que lo contradize, cae en la pena que fue puesta, quando metieron el pleyto en mano de los auenidores. E aun dezimos, que se desata el poder, porende, que ellos auian para librar el pleyto, e non deuen, nin pueden despues fazer ninguna cosa en el. E si acaesciesse, que ambas las partes quisiessen que se alongasse el plazo, si los auenidores (163) non quisieren consentir, o por alguna razon derecha, que se alongasse; estonce non son tenudos de lo alongar. E porende, despues del plazo non podrian dar la sentencia, porque se desata por y el poderio que auian sobre el pleyto, que les metieron en mano. Mas si las partes non señalassen plazo, nin dia cierto, a que los Judgadores librassen el pleyto; estonce dezimos, que lo deuen librar, lo mas ayna que podieren: de manera, que no se aluenguen, desde el dia que lo recibieron (164), (ñ) mas de a tres años. Ca si deste tiempo adelante quisiessen vsar de su oficio, non lo podrian fazer. Otrosi dezimos, que si las partes señalaren logar a los auenidores, en que delibren el pleyto, que alli lo deuen librar, e oyr, e non en otro. E si señalado non fuesse dellas, estonce deuen yr adelante por el pleyto, en aquella villa (165), o en aquel logar, do fue metido en mano dellos. Pero quando los auenidores andouieren por el

(ñ) mas de tres meses. Esc. 3.

podrá compeler el juez á los árbitros á que nombren el tercero; y con razon se dispone asi, por no poder interponer el juez su oficio en negocios de interés privado, sino á instancia de las partes, l. 4 §. 8 D. *de damn. infect.*

(160) Concuerd. la l. 32 §. últ. D. *de recept. qui arb.*, pudiendo hacerse la prorogacion del término en ausencia de las partes, mientras se les notifique, segun la l. 27 princ. D. d. tít. y Bald. en la l. 1 col. últ. C. *de sent. ex peric. recit.* Puede hacerse tambien fuera del lugar del compromiso, Bald. en la auth. *ei qui appellat* C. *de temp. appel.* col. pen.: y acerca el tiempo por el cual puede prorogarse el primer plazo, v. Alex. consil. 70. vol. 2. col. 2. Debe notarse aquí que si el compromiso fuere nulo, lo será tambien la prorogacion del plazo, Bald. y Paul. en la l. 19 D. *de legat.* 1, de donde se infiere que si alguno fundare un mayorazgo sin facultades para hacerlo, careciendo por ejemplo de real licencia; no será válido aquél, aunque despues lo haya ampliado el fundador con alguna nueva disposicion en tiempo en que podia fundarlo validamente.

(161) Concuerd. la l. 33 D. *de recept. qui arb.*

(162) Tambien esto está conforme con lo anotado por la glos. á d. l. 33.

(163) Añád. l. 32. §. 11 y la glos. alli D. de d. tít.

(164) Apruébase aquí lo anotado por Specul. tít. *de arbit.* §. *differt.* col. últ. vers. *item*, *ut infra triennium*, siendo muy notable la espresion de que se vale aquí la ley, diciendo *que non se aluenguen*, por la cual parece poder sostenerse que solo espirará la potestad de los árbitros por el trascurso de los tres años, cuando antes de espirar dicho término, haya quedado, radicado el pleito ante ellos, por haber mediado demanda y contestacion; mas no cuando el pleito no hubiere empezado, en cuyo caso no perderán aquellos sus facultades, hasta que hayan pasado treinta años, como lo opinaba tambien Azon, Jacob. de Rav. y Alberic. en la l. 14 D. *de recept. qui arb.*, y lo mismo pretendia Bald., siendo esta, por derecho comun, la mas válida opinion, segun Jas. en la l. 13 princ. col. 4. C. *de jud.* Esto no obstante, no parece que esté aquel punto tan espresamente declarado aquí por nuestra ley, que no pueda decirse que corre indistintamente el término de los tres años, bien se haya contestado el pleyto ó no, y aun parece deberia empezar á contarse desde el dia en que los árbitros hubiesen aceptado el cargo, segun aquellas palabras *desde el dia que lo recibieron*. pareciendo indudable, que lo dispuesto en esta ley es aplicable igualmente á los arbitradores nombrados para terminar un pleito ya empezado, por hablarse, en ella, de estos y de los árbitros, sin distincion alguna; habiéndose derogado en esta parte el derecho comun, que hacia entre ellos algunas diferencias, segun lo anotado por los DD. en la l. 43 D. *de verb. oblig.* 1 donde puede verse esta materia tratada estensamente por Alex. y Jas. col. 12.

(165 Concuerda la l. 21 §. 10 D. *de recept. qui arb.*, debiendo decirse lo mismo del juez ordinario que, habiendo sido nombrado arbitrador,

pleyto, deuen ser las partes emplaçadas, que sean delante (166) y: ca de otra guisa, non lo podrian fazer. Fueras ende, si a la sazon que fueron escogidos por auenidores, les fue otorgado, que pudiessen librar el pleyto, maguer las partes non fuessen emplazadas.

LEY 28. *Que es lo que deuen fazer los Auenidores, quando alguno dellos muere, en ante que libren el pleyto, que les fue metido en mano, o entra en Orden de Religion: o porque razones se desata el poderio dellos.*

Muriendo (167) alguno de los Juezes de auenencia, ante que el pleyto que fuesse metido en su mano, fuesse librado por juyzio, los otros que fincan biuos, non pueden despues yr adelante por el: porque el poderio que auian de judgar, es desatado en la muerte del compañero. Pero si a la sazon que recibieron el pleyto, les fue otorgado de las partes señaladamente, que si alguno de los auenidores finasse, que los otros lo pudiessen librar; estonce dezimos, que los que fincaron, que lo pueden fazer. Esso mismo dezimos, si muriesse alguna de las partes (168) principales, que metieron el pleyto en mano de los auenidores, que despues non lo podrian delibrar por juyzio, por essa misma razon que de suso diximos. Fueras ende, si al tiempo que fueron puestos, les fuesse otorgado de las partes, que maguer muriesse alguno dellos, que los otros pudiessen delibrar aquel pleyto. Ca estonce bien lo podrian fazer, aplazando primeramente los herederos (169) del finado. Otrosi dezimos, que si alguno de los auenidores tomasse Orden (170) de Religion, ante que fuesse librado el pleyto, o por alguna derecha razon perdiesse libertad (171), o tornasse sieruo, o fuesse desterrado (172) por siempre; que esso mismo deue ser guardado, que de suso diximos, quando muriesse alguno dellos. E aun dezimos, que si aquella cosa, sobre que era la contienda delante de los auenidores, se perdiesse (173), o muriesse; o si la parte que la demandaua, la quitasse a la otra, faziendole pleyto, de nunca gela demandar; que ellos despues non se deuen entremeter, de librar aquel pleyto. Ca por qualquier destas razones se desata el poderio, que ellos auian de judgar.

LEY 29. *Como los Juezes de auenencia deuen ser apremiados, de librar el pleyto que tomaron en su mano, quando lo quisieren librar.*

De su grado (174), e sin ninguna premia, reciben en su mano los Juezes de auenencia, los pleytos, e las contiendas de los omes, para librarlas. E bien assi como es en poder dellos, quando los escogen, de non tomar este oficio, si non quisieren; e otrosi despues que lo ouieren recebido, son tenudos de librarlos, maguer non quieran. E porende dezimos, que quando alguna de las partes viniere delante del Juez ordinario, e dixere, que los auenidores le aluengan el pleyto, e non lo quieren librar, podiendolo fazer; que estonce deue el Ordinario embiar por ellos, e ponerles plazo, a que lo libren. E si ellos

se ha ausentado del lugar del compromiso, por haber cesado en su oficio, el cual estará tambien obligado á volver á dicho lugar para proferir sentencia arbitral, segun Alberic. en la l. 9 §. 2 hacia el fin D. d. tít.

(166) Concuerd. la l. 27 §. 4. D. *de recept. qui arb.* y v. Glos. y Paul. de Castr. en la l. 2 cap. *ex quib. caus. maj.*

(167) V. Glos. de la l. 49, D. *de recept. qui arb.*

(168) Concuerd. la l. 32 §. 3 y l. 27 §. 1 D. d. tít. cap. *ex parte* 10 d. tít. y Specul. tít. *de arbit.* § *finitur* y v. cap. últ. *de arbit.*, en donde Abb. pretende, contra la opinion de Specul., que lo mismo debe decirse de los arbitradores; y asi queda declarado aquí por nuestra ley, la que habla de estos y de los árbitros indistintamente.

(169) Mas así como puede convenirse en el compromiso, que estén obligados á ratificarle los herederos de los comprometientes; ¿podrá pactarse tambien que muriendo los comprometidos, trasmitan á los suyos su jurisdiccion? V. Alberic. despues de Ubert. de Bov. en la l. 32 §. 19 D. *de recept. qui arb.* donde opina por la afirmativa, con tal que el heredero del árbitro sea idóneo, esto es, varon y mayor de edad.

(170) Concuerda d. l. 32 §. 4 y sig., siendo de advertir que habla aquí la l. limitadamente del caso en que el árbitro se hiciere religioso, porque si se hiciere clérigo regular, podrá si quiere, proferir sentencia, sin que por ello se rescinda el compromiso, segun Alberic. en d. §. 4 donde dice, ser esta la comun opinion, y aún añade allí, que lo mismo que el secular, podria el clérigo religioso fallar, con licencia de su superior; bien que nuestra ley indica lo contrario aquí, cuando concluye, *por cualquier destas razones se desata el poderío que ellos habian de judgar.*

(171) Añad. l. 7. D. *de recept qui arb.*

(172) V. cap. *præsentata* 50 y Abb. allí 3 notab. *de test.*

(173) V. l. 32 §. 5 D. *de recept. qui arb.*

(174) Véase lo anotado en la l. 26.

fuessen tan porfiados, que non lo quisiessen fazer, deuenlos despues apremiar, teniendolos encerrados (175) en vna casa, fasta que delibren aquel pleyto. Pero si acaesciesse que los auenidores fuessen eguales, assi como dos, o quatro, e los vnos quisiessen dar vn juyzio, e los otros otro, seyendo tantos los de la vna parte, como los de la otra; estonce dezimos (176), que deuen los Juezes ordinarios apremiar tambien a las partes (177), como a los auenidores, que tomen un home bueno (178), que sea comunal, en querer el derecho para ambas las partes, e mandar-

(175) Nótese el medio eficaz que se establece aquí para compeler á los árbitros á dar su sentencia, y añád. á Bald. en el cap. *cum speciali* 61 *de appel.* col. 2, donde dice, que puede tambien privárseles de los alimentos hasta que se hayan puesto de acuerdo ó elejido el tercero: añád. Alberic. l. 17 §. 7 D. *de recept. qui arb.*.

(176) Porque no puede nombrarse tercero, hasta que conste que ha habido discordia, v. Alex. consil. 124, col. últ. vol. 2 y Dec. consil. 430 col. pen.

(177) Segun estas palabras de la ley, el nombramiento de tercero, por discordia de los árbitros, no solamente corresponde á estos, como se dispone en la l. 26. de este tít., sino tambien á las mismas partes; lo contrario, empero, parece inferirse de d. l. 26 y de la l. 17 § 6 D. *de recept. qui arb.* Lo que sí es fuera de duda, que discordando los árbitros en la eleccion de tercero, puede nombrarlo el juez, tomando en cuenta la voluntad de las partes, mas bien que la de los árbitros discordantes, segun Alberic. despues de Guid. de Suza en d. l. 17 § 6. Por lo demás, no parece disponerse aquí que las partes puedan verificar el nombramiento del tercero; sino que puede obligárseles por el juez á pasar por el que los árbitros hayan nombrado, y cumplir el fallo que este profiriere: en cuyo sentido estaria nuestra ley en oposicion con lo que pretende Specul. tít. *de arbit.* §. últ. col. 7 vers. *sed quid si arbitri*, donde dice, que no aprobando las partes el nombramiento de tercero hecho por los árbitros, y resistiéndose estos á nombrar otro, no podrán, contra la voluntad de aquellas, proferir sentencia con el que hubieren elegido, porque, como á nadie puede obligarse á transigir, tampoco podrá imponerse á los litigantes la decision de un tercero, cuyo nombramiento no hayan ellos aprobado: todo lo que procederia tal vez, cuando las partes alegasen algun motivo racional para no aquietarse al nombramiento de aquel tercero: no álegandolo, empero, tendria lugar lo dispuesto por esta ley, cuando dice, *que tomen un home bueno, que sea comunal, en querer el derecho para ambas las partes.*

(178) ¿Tendrá así mismo lugar lo que se dispone aquí, con respecto á los arbitradores, de suerte que, discordando estos al proferir el arbitramiento, puedan nombrar tercero ó pueda obligárseles á nombrarlo, si no lo verificaren? Bald. en el cap. 1, col. últ. *de invest. in mari fact.*, refiere que, habiendo, de hecho, ocurrido semejante caso, declararon algunos sabios, (y fue su opinion adoptada por Abb. cap. últ. *de re judic* y cap. *suspicionis*, *de offic. deleg.*) que no debia obligarse á los arbitradores á que nombrasen tercero; por considerárseles, segun la l. 13 §. 2. D. *de recept. qui arb.* en calidad de *proxenetas*, los cuales no están obligados á hacerlo, aun que haya entre ellos discordia. Y no deja aquella decision de ser equitativa, atendido que las partes no tendrian tal vez, en el tercero elegido, la misma confianza que tuvieron en los arbitradores nombrados, al darles la potestad de dirimir amigablemente sus diferencias, y hasta de perjudicar, por bien de paz, el derecho del uno en beneficio del otro. [Llamábanse *proxenetas*, por derecho romano, una especie de corredores por decirlo así, que intervenian en los contratos, en calidad de mediadores y en caso necesario de intérpretes, ll. 1, 2 y 3 D. de *proxenet.* No creemos, empero, que en ningun caso se equiparasen á dichos *proxenetas*, los arbitradores propiamente tales; antes bien, al declarar la citada l. 13. § 2. cuando se entienda que uno ha aceptado un compromiso, *(recepisse arbitrium)*, dice que, esto se entenderá, cuando uno se haya asumido las veces de juez ó haya prometido terminar las controversias de las partes, dictando una sentencia; y no cuando haya intervenido únicamente para ver sí, con sus consejos ó autoridad, podria conseguirlo, Greg. Lopez aquí y Gotofr. en la glos. de d. l. entienden que este último será un verdadero arbitrador, y el primero un árbitro de derecho, en cuyo sentido esplican el *videtur recepisse arbitrium* de d. ley. Mas parece no ser este el espíritu de aquella, sino que se usa en la misma la palabra *arbitrium* en su mas lata significacion, que es la de *compromiso*, bien sea otorgado en poder de árbitros ó de arbitradores; los cuales, aunque se diferencian en el modo con que deben y pueden ejercer su potestad, pero convienen en estar igualmente facultados y obligados, en su caso, á terminar todas las diferencias suscitadas, con su decision arbitral, llámese ó no sentencia; sin cuya condicion, esto es, la de decidir definitivamente todos los puntos comprometidos, no puede haber no solamente árbitros, pero ni aun arbitradores propiamente tales, ó amigables componedores. Por lo demás, y á pesar de que el nombramiento de estos últimos supone mayor confianza, de parte de los interesados, por las facultades discrecionales y casi indefinidas que se

les (179), que se acuerden en vno para librar aquel pleyto. E si por auentura non se acordaren, lo que judgare la mayor (180) parte, aquello deue valer.

les conceden, no obligándoles á fallar segun derecho; pero tampoco es hacer agravio á los compromitentes el facultar y compeler á los arbitradores á que nombren tercero en discordia, por la sencilla razon de que la sentencia ó arbitramiento del tercero, no es obligatoria de por sí, sino en cuanto lo es de la mayoría ó está conforme con la de uno ú otro de los arbitradores discordantes, en quienes está depositada la confianza de los que otorgaron el compromiso. De todos modos, empero, y aunque no está esto último fuera de cuestion, como se dirá en la nota 180, se observa constantemente en la práctica el nombramiento de tercero, en caso de haber discordia entre los arbitradores, y así lo dispone esta nuestra ley de partida, segun lo esplica el mismo Greg. Lopez á continuacion.]=

No obstante lo dicho, las leyes de este título, que hablan indistintamente de los árbitros y de los arbitradores, hacen especial distincion entre unos y otros, siempre que disponen alguna cosa acerca de los primeros que no es aplicable á los segundos ó al contrario; por donde se ve que no debe hacerse entre ellos diferencia, en los casos en que no la hace la ley espresamente; y hablando aquí la nuestra en términos absolutos y sin distincion, tendrá lugar lo dispuesto en ella, en órden al nombramiento de tercero, así en los arbitradores como en los árbitros de derecho, segun lo opinaba Abb. en el cap. pen. y cap. *quintavallis*, *de jurejur.*: mayormente atendiendo que á los primeros se les comprende muchas veces bajo la denominacion general de árbitros como en la l. 76. D. *pro soc.* vers. *arbitrorum*; y claro es, de otra parte, que nuestro legislador entendió hablar tambien de los amigables componedores, cuando dispuso que el tercero elegido hubiese de ser un amigo comun de entrambas partes. Pero digno es este punto de mas detenida reflexion; y V. á Barb. en d. cap. *suspicionis* en donde impugna la referida opinion de Bald.

(179) Parece inferirse de aquí que podrá el juez obligar al tercero nombrado á que profiera la sentencia, como lo pretende tambien la Glos. y Bart. en la l. 17. §. 6. D. *de recept. qui arb.* contra la opinion de Alber. despues de Jacob. de Raven. allí.

(180) No debe cumplirse, pues, esclusivamente la decision del tercero; antes bien, si llegasen á ponerse de acuerdo los dos árbitros discordantes, prevalecerá la sentencia que los mismos profiriesen, segun Alber. despues de Franc. Accurs. en d. l. 17. §. 6.; opinando lo propio Bald. allí, donde dice que en el caso de haber discordia entre los tres, sin que llegase á haber dos votos conformes, deberá estarse á la decision del tercero: y así lo entiende igualmente la glos. allí, cuando dice hablando del tercero, *cujus auctoritati pareatur*. No parece ser este, empero, el espíritu de nuestra ley, antes bien se exige en ella la decision de la mayoría, de lo que se sigue que no deberia tal vez estarse á lo fallado por el tercero, no siendo su fallo conforme con el de uno ú otro de los dos árbitros discordantes, opinion que habian ya adoptado varios intérpretes, segun refiere Alber. en d. §. 6. y Bald. allí y en el cap. *cum speciali* col. 1. *de apell.* y Lanfranc. de Orian. en su tratad. *de arbitris.* *charta 5.* col. 3. donde dice que así se observa comunmente en la práctica. Y sobre si deberá considerarse que el tercero en discordia tiene tambien el carácter de árbitro, de suerte que incurra en la pena del compromiso, la parte que no quiera cumplir la sentencia que aquél hubiere proferido, V. á Bart., Bald. y Alber. allí: debiendo, en mi concepto resolverse por la afirmativa; mayormente si se adopta la opinion de que, para la validez de dicha sentencia, es necesario que concurra el voto de alguno de los compromisarios; acerca lo cual puede verse señaladamente á Bald. en la l. 1. col. 1. C. *de his quæ pen. nom.* y á Marian. Socin. consil. 54. parte 1. — * Aunque la ley dispone aquí terminantemente que, en caso de nombrarse tercero, *aquello deue valer que judgare la mayor parte;* en la práctica, sin embargo, se está generalmente á la sentencia de dicho tercero, sea ó no conforme con alguna de las proferidas por los dos compromisarios discordantes, sin distinguir entre si son estos árbitros de derecho ó arbitradores, como deberia tal vez distinguirse, atendido lo que se ha dicho en la nota 178: y aun nos inclinamos á creer que así se observaria, en el caso de haber discordia entre dos árbitros ó arbitradores nombrados en un compromiso, en el cual no se hubiese hablado del nombramiento de tercero; sin que pueda tomarse en cuenta la práctica contraria que acabamos de indicar, la que se funda tal vez en que apenas se otorga en el dia compromiso alguno sin que se prevenga en él, el caso de haber discordia, y sin que se faculte á los compromisarios para nombrar tercero; no viniendo por consiguiente el caso á que se refiere esta nuestra ley, que es evidentemente el de no haberse así prevenido en el compromiso: si así, empero, se verificase y se nombrase tercero de oficio, deberia en nuestro concepto observarse lo dispuesto aquí en la ley de partida, y el fallo del tercero nombrado no se-

LEY 30. *Por que razones non deuen ser apremiados los Juezes de auenencia, para librar los pleytos que les metieren en mano, si non quisieren.*

Razones ciertas pusieron los Sabios antiguos, que escusan derechamente a los auenidores, de non librar los pleytos que rescibieron en su mano, si non quisieren. E son estas: si los contendores, despues que ouiessen metido el pleyto en mano dellos, començassen aquel mismo pleyto antel Juez ordinario (181) por demanda, e por respuesta. Ca si ellos quisiessen tornar despues a juyzio de los auenidores, non los pueden apremiar de oyrlo, si non quisieren. Esso mismo dezimos que seria, si despues que el pleyto ouiessen metido en mano de vnos auenidores, lo metiessen en mano de otros. Ca estonce, maguer que quisiessen tornar a los primeros, non han porque oyr el pleyto, si non quisieren, nin los deuen apremiar, que lo oyan. Pero si una de las partes, despues que ouiessen metido el pleyto en mano de auenidores, mouiesse aquel mismo pleyto en juyzio delante el Ordinario contra voluntad de la otra, caeria porende en la pena (182), que fuesse puesta sobre aquel pleyto, cuando lo metieron en mano de los auenidores. E non deuen despues ser apremiados de librarlo. E aun dezimos, que si las partes, o alguna dellas, denostassen (183), o maltraxessen a los auenidores, que non deuen ser apremiados despues, de los oyr, maguer se arrepintiessen, e les quisiessen despues fazer emienda. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, quando alguno de los auenidores ouiesse de yr en romeria, o en mandaderia del Rey, o de su Concejo; o si ouiesse de veer alguna cosa de su fazienda (184), que non pudiesse escusarlo; o le acaesciesse enfermedad, o otro gran embargo, por que non pudiesse entender en aquel pleyto. Ca por qualquier destas razones que mostrasse el Juez de auenencia, deue ser escusado; de manera que non lo deuen apremiar, en yr adelante por el pleyto que recibiera en su mano, si non quisiere.

ria obligatorio sino en cuanto, siendo conforme con el de uno de los árbitros discordantes, lo fuese de la mayoría.

(181) Concuerda la l. 9. §. últ. y ll. 10. y 11. D. *de recept. qui arb.*

(182) Concuerda la l. 30. D. d. tít. ¿Tendrá, empero, esto indistintamente lugar, ya se trate de una sentencia de árbitros ó de un arbitramiento de amigables componedores? Bald. en d. l. 30. opina por la negativa, fundándose en que el compromiso, siendo hecho su poder de arbitradores, se considera como una especie de transaccion, de la que á nadie es lícito separarse; y del mismo parecer es Ang. en la l. 17. D. d. tít. y V. Paul. allí donde opina que á la demanda judicial que proponga una de las partes, separándose del amigable compromiso, puede la otra oponerle, por via de escepcion, la pendencia del arbitramiento, y conseguir así, que el demandante, ni aun pagando la pena estipulada, pueda separarse de lo convenido: pero que, si intentada la demanda, no se opone dicha escepcion, deberá estarse á lo dispuesto en la presente ley, y podrá cualquiera de las partes separarse del compromiso, aunque sea este de arbitradores, sin otra responsabilidad que la de incurrir en la pena para aquel caso estipulada. Y V. sobre esto á Lanfranc de Orian. en su trat. *de arbitris* fol. 8. col. 1. donde dice, contra la opinion de los citados Paul., Alber. y Bald., que ninguna diferencia debe hacerse, en esta parte, entre los árbitros y arbitradores, fundándolo en las razones que pueden verse allí; y tal vez sea esta la opinion mas verdadera, atendido que en esta ley, no se hace distincion entre unos y otros, y que el compromiso no puede calificarse propiamente de transaccion, hasta que se haya proferido sentencia. — *V. la nota últ. de este tít.

(183) No bastará, empero, que, de hecho, haya sido el árbitro injuriado, antes será necesario que así se declare con previo conocimiento de causa, segun la l. 9. §. últ. y la Glos. allí D. *de recept. qui arb.* y V. la Glos. y mas señaladamente Alber. en la l. 17. §. 1. D. d. tít.; debiendo notarse aquí que cuando un árbitro ha sido infamado por los compromitentes, en ningun tiempo podrá obligársele á entender en el negocio, aunque aquellos se arrepientan despues y le den satisfaccion. Mas ¿deberá decirse lo mismo, cuando el árbitro haya dado, por su culpa, motivo para que se le infamase? Alber. en la l. 15. D. d. tít. responde por la negativa, fundándose en la l. 25. §. 4. D. *locat*, y añade allí mismo que, cuando sea uno solo de los compromitentes el que haya injuriado á los árbitros, podrá obligarse á estos á proferir sentencia, á instancia de la otra parte: opinion que está espresamente desechada por nuestra ley con las palabras de: *si las partes ó alguna de ellas:* no obstante lo cual, no dejaria tal vez de observarse lo que pretende Alber. cuando la parte que hubiese injuriado á los árbitros, constase que lo habia hecho maliciosamente, y con la intencion de separarse, por este medio del compromiso; en cuyos términos podria entenderse limitado lo que aquí dispone nuestra ley.

(184) L. 15. D. *de recept. qui arb.*

LEY 31. *Por que razones pueden vedar á los Juezes de auenencia, que non se entremetan de los pleytos que les metieren en mano, maguer ellos los quisiessen librar.*

Enemistad (185), es cosa de que se deuen todos rezelar. E por ende, quando alguno de los auenidores se descubriesse (186) por enemigo de alguna de las partes, despues que el pleyto fuesse metido en su mano, puedele e deuele afrontar ante omes buenos, que non se trabaje de yr adelante por aquel pleyto, porque lo ha por sospechoso: por la razon que de suso diximos. E si por auentura el non lo quisiesse dexar por esso, la parte que se temia del, lo deue mostrar al Juez ordinario. E el, despues que esto le fuere aueriguado, deue vedar al auenidor, que de alli adelante non se entremeta de aquel pleyto. Esso mismo dezimos, que deue fazer la parte que ouiere sospecha de los auenidores, por precio, o por don (187), que dize que la otra parte les ha dado, o prometido. E si el auenidor fuesse tan porfiado, que despues que el Juez ordinario le vedasse de oyr este pleyto, non lo dexasse por esso; dezimos, que juyzio, o mandamiento, que el fiziesse despues en razon deste pleyto, que non deue valer (188). E por ende, la parte que non lo obedesciese, non deue caer en pena por esso.

LEY 32. *Que es lo que deuen guardar, e fazer los auenidores, quando quieren dar juizio.*

Otorgan poder las partes a los auenidores, quando meten su pleyto en mano dellos, que maguer non se acertassen todos en uno, quando quisiesen dar juizio, los que y fuessen, lo pudiessen fazer (189). Estonce dezimos, que en aquella manera que les fue otorgado de las partes, el poder de librar el pleyto, que assi deuen vsar dello, e non en otra manera. Mas (*o*) si a la sazon que el pleyto metieron en su mano, non lo dixeren; dezimos, que todos los auenidores deuen y ser, quando ouieren a dar el juyzio, e lo que dixeren todos a aquella sazon, o la mayor partida dellos, esso deue valer. E si estonce (190)

(*o*). mas si desta guisa non les fuese otorgado de las partes del poderio de librar el pleito, dezimos, Acad.

(185) V. l. 32. §. 14. D. d. tít.

(186) Y así deberá decirse que puede tambien recusarse á los árbitros por razon de enemistad anterior á la otorgacion del compromiso, si el recusante no tuvo de ella noticia hasta despues, como se infiere de la l. 13. §. pen. D. *de vacat. mumer.* y así lo entiende tambien Alber., despues de Guid. de Suza, en d. l. 32. §. 14. y sobre lo que debe practicarse, cuando semejante enemistad hubiese nacido por culpa de alguna de las partes, V. lo que dice Bart. en d. l.

(187) Añád. l. 9. §. 3. y la Glos. allí D. *de recept. qui arb.*: segun la cual no podia obligarse al árbitro sobornado á que profiriese sentencia: cuya disposicion amplia nuestra l. de partida, queriendo que, en el caso de haber mediado soborno, no pueda el árbitro fallar, aunque quiera hacerlo, habiendo instancia de parte para que se le inhiba. Pero bien pueden los árbitros admitir dinero, en calidad de salario, para proferir su sentencia, como lo dispone tambien la l. 3.ª §. 2. D. y Alber. allí d. tít. V. l. 12. §. 1. C. *de proxim. sacr. scrin.* y Bald. en la l. 2. C. *de sent. ex peric. recit.*

(188) Nótense bien estas palabras: *non deue valer*; pues, á tenor del cit. §. 14. l. 32. D. tampoco era nula en este caso, la sentencia arbitral, sino que, por la escepcion de dolo podia la parte que la impugnase escusarse de pagar la pena estipulada; y aun parece se añadia, que hasta era válida la sentencia que el árbitro profiriese, despues de haber sido recusado, sin perjuicio de la escepcion de dolo que competia contra la misma, como, citando d. l., lo pretende Abb. en el cap. *non sine*, col. 4. *de arbitr.* Mas de lo dispuesto en esta nuestra ley se infiere que será nula, sin necesidad de oponer escepcion, la sentencia proferida por el árbitro despues de su recusacion, si esta se hubiese intentado ante el juez ordinario, pidiéndole el recusante, con arreglo á lo dispuesto en esta ley, que inhiba del negocio al recusado, en cuyo caso estará libre aquél de pagar la pena estipulada, sin necesidad de oponer escepcion alguna: Si, empero, la recusacion se hubiere intentado simplemente ante el mismo árbitro y sin acudir al juez ordinario, tendrá lugar entónces lo establecido en el § 14. y lo que pretende Abb. en el cap. *non sine.* O podria tambien entenderse que, al decir nuestra ley que la sentencia *non deue valer*, lo dice en el sentido de que puede impedirse su ejecucion por medio de la escepcion de dolo, segun estaba dispuesto por el derecho comun; y esta es tal vez la opinion mas verdadera, pudiendo añadirse la l. 17. hácia el fin, tít. 23. de esta partida.

(189) Concuerda la l. 32. §. 13. D. *de recep. qui arb.*

(190) Concuerda la l. 17. §. 5. y l. 18. D. d. tít. donde advierte la Glos. que no pueden los árbitros comisionarse unos á otros para votar en el acto de proferir la sentencia; ni, en opinion de

todos non fuessen y presentes, el juyzio que diessen non seria valedero; maguer fuessen mas, e mejores, que los otros, que non se ouiessen y acertado. E esto touieron por bien los Sabios antiguos, por esta razon. Porque pues que en mano de todos fue puesto el pleyto simplemente, el sentido de cada uno deue y ser mostrado, ante que y den su juyzio. Porque, por auentura, tales razones pudieran y auer dicho, si ouiessen estado presentes, que por ellas seria dada la sentencia de otra manera. E otrosi dezimos, que se deuen guardar los Juezes, de auenencia, de non dar juyzio en ninguno de aquellos dias, que son defendidos (191) de judgar, de que diximos en el Titulo de los Demandadores; si non fuesse por aquellas mismas razones, por que lo pueden fazer los Juezes ordinarios. Pero si los auenidores (192) fuessen en tal manera puestos de las partes, que ellos pudiessen librar todas las contiendas, que eran entre ellos por auenencia, en qualquier guisa que ellos touiessen por bien; estonce dezimos, que valdra su juyzio, maguer lo diessen en dia de los que son a los otros defendidos de judgar. E aun dezimos, que se deuen mucho guardar, que non se entremetan de librar otro pleyto (193), si non aquel que les fue encomendado. Fueras ende en razon de los frutos (194), o de la renta, que salio de

Bart. allí, puede proferirse aquella, estando alguno de los árbitros ausente, aunque haya este revelado su voto á los demás, ó se lo haya comunicado por escrito. ¿Podrá, empero, fallar uno solo de los nombrados, en presencia y sin contradiccion de los demás, y será válida la sentencia que así profiriere? La Glos. de d. l. 17. opina por la afirmativa; y tambien Lanfran. de Orian. en su tratado *de arbitris.* fol. 5. col. 4., citando á Signoro en sus cuestiones, bien que para ello dice aquél ser necesaria otra circunstancia, á saber, no solo la de que los demás arbitros estén presentes y no lo contradigan, sino tambien que se hayan puesto ya previamente de acuerdo, sobre los términos en que debia proferirse la sentencia, V. Juan Andr. cap. *cum ab uno*, *de re judic.*; debiendo notarse, empero, que nuestra ley aquí mas bien probaria lo contrario, cuando dice: *e lo que dixeren todos*: bien que no dejan estas palabras de admitir una interpretacion favorable á la citada opinion de la Glos., ya por lo que se dice al principio de la misma ley, ya por lo que se añade en seguida, *el sentido de cada uno deue y ser mostrado, ante que den su juyzio*: sobre lo cual V. á Specul. tít. *de arbit.* §. últ. vers. *postremo ad sententias*, y siguientes, y añád. Alber. en d. l. 18. D. d. tít. donde pretende que, estando uno de los árbitros ausente, no pueden los demás fallar, aunque haya manifestado aquel con juramento que no estaba bien enterado del negocio para darsu fallo. Mas ¿qué deberá decirse cuando alguno de los árbitros se hubiese ausentado maliciosamente? V. lo que para este caso se dispone en el cap. 2. *de arb.* el cual, empero, segun advierte la Glos. allí, no está vigente en el fuero ordinario ó secular en los paises no sujetos á la jurisdiccion temporal del Papa.

(191) Tampoco, pues, podrán los árbitros fallar en dias feriados que lo sean por razon de regocijos públicos ó por las necesidades de los hombres, aunque á ello les obligare el pretor, contra lo establecido en la l. 36. D. *de recept. qui arb.* Mas si estuviese para espirar el término señalado en el compromiso, y no pudiese ya prorogarse mas, podrian los árbitros fallar en dias feriados, aun en aquellos que lo son establecidos en honor de Dios; por exigirlo así la necesidad y persuadirlo la conveniencia. Véase, no obstante, á Alber. en la l. 13. §. últ. d. *tít.* donde pretende que, ni aun por necesidad, pueden los árbitros fallar en dias feriados que lo sean en honor de Dios; y en este sentido podria tal vez decirse que lo dispuesto en d. l. 36. acerca la potestad que tiene el pretor de obligar á los árbitros, á proferir sentencia en dias feriados tendria tal vez únicamente lugar, cuando lo exigiese así la necesidad y los feriados no lo fuesen por motivos religiosos. La sentencia proferida en dia feriado, fuera de los casos referidos, ni aun puede sostenerse en opinion de Bald., por el espreso ó tácito consentimiento de las partes, manifestado despues de proferida aquella, bien que esto lo dice hablando de las sentencias del juez ordinario, en la l. 5. col. 3. C. *de arbit.*; y así indudablemente tendria lugar, recayendo en dias feriados de aquellos á los cuales no es permitido á las partes renunciar: en los demás, empero, como en los introducidos para la recoleccion de los frutos, valdria la sentencia que se profiriese segun el mismo Bald. allí, ó por lo menos quedaria ratificada con el consentimiento de los interesados, segun Lanfran. de Orian. á quien puede verse en su trat. *de arbit.* parte últ. q. 31. Mas la opinion de Bald. parece, de derecho, la mas verdadera.

(192) Añád. Specul. tít. *de arbit.* §. últ. col. pen. vers. *sed numquid amicabilis compositor*, pudiendo verse lo que, sobre lo dispuesto en esta ley, se dice allí y en el §. precedente.

(193) Véase lo dicho en la nota 138 de este tít. á Lanfran. en su trat. *de arbit.* fol. 5. col. 4. hácia el fin y siguientes, Ang. en la l. 5. D. *de transact.* y Alberic. en la l. 32. §. 15. D. *de recept. qui arb.*

(194) Añád. la Glos. de d. l. 32. §. 15, debien-

aquella cosa, sobre que es la contienda entre las partes. Ca bien como ellos pueden dar juyzio sobre la cosa principal; otrosi lo pueden fazer en razon de los frutos, o de las otras cosas (195), que nascieren, o salieren della. Otrosi dezimos, que si muchos fueren los pleytos, o las contiendas, que son metidas en mano de los auenidores, que sobre cada vna dellas (196) deuen, e pueden dar su juyzio. Fueras ende, si a la sazon que el pleyto fue puesto en su mano, dixeron las partes,

do entenderse que se habla aquí de los frutos percibidos despues de la contestacion del pleito, y no antes, como se dispone tambien en la ley 25. §. 8. D. *de edilit. edict.* y conforme lo advierten Jacob. de Raven. y Alberic. en el cit. §. 15; á menos que versare el compromiso sobre peticion de herencia, en cuyo caso los frutos percibidos aumentan el cuerpo hereditario y vienen comprendidos en la demanda, l. 20 §. 3. vers. *fructus* D. *de petit. hæred.*

(195) De los intereses, por ej. en los casos en que estos son permitidos, y de las demás accesiones.

(196) Tuvo su orígen lo dispuesto aquí de la l. 19. §. 1. y l. 21. D. *de recep. qui arb.* donde propone la Glos. una cuestion que aparece resuelta por nuestra ley; á saber, la de si, en caso de duda y de no haberse bien claramente espresasado en el compromiso, deben los árbitros fallar en una sola sentencia todos los puntos comprometidos ó cada uno de ellos con separacion. Sobre este particular, segun refiere la Glos. allí, ha habido muy diversas opiniones, pretendiendo unos, que debian decidirse todos los puntos en una sola sentencia, por presumirse que así lo habian querido las partes, Azon en la Suma, Ostiens. *in summ. de arbitr.* §. *qualiter*, y Jacob. de Rav. Alber. y Bald. en d. l. 21., opinion que parecia ser la mas válida por derecho comun y para el caso de haberse otorgado compromiso á un mismo tiempo sobre todos los puntos en cuestion. Bart., empero, pretendia allí que cuando se hubiesen comprometido todas las pretensiones, aunque fuesen varias, que una sola de las partes tenia deducidas contra la otra, podia decidirse cada una de ellas por separado, á menos que se hubiese convenido lo contrario, arg. l. 29. §. 1. D. *de minor.* Mas que en el caso de haberse comprometido promiscuamente las recíprocas pretensiones que tenian las dos partes entre sí, exigia, entónces, la calidad del negocio, por haber en él demanda y reconvencion, que se fallasen todos los puntos en una sola sentencia: y esta opinion de Bart. parece aprobada, en su primera parte, por nuestra ley de partida, en cuanto dispone que pueda el árbitro decidir con separacion los puntos comprometidos, á menos de haberse espresamente convenido que debiesen fallarse en una sola sentencia; mas no puede decirse tal vez otro tanto de la segunda, por la razon de no admitirse la reconvencion en los juicios arbitrales, segun el cap. *cum dilectus* del mismo tít.; á no ser que, como lo entiende Lanfran. de Orian. en su trat. *de arbitr.*, hubiesen las partes otorgado el compromiso sobre la demanda y reconvencion, despues de haberlas deducido ante el juez ordinario, y habiendo ya sobre ellas pleito pendiente, ó lo hubiesen hecho sobre todas las pretensiones, en general, que pudiese la una parte deducir contra la otra. Y quizás deba entenderse tambien que por d. cap. *cum dilectus* se prohibe únicamente intentar la reconvencion en los juicios arbitrales, cuando al otorgarse el compromiso, nada se dijo acerca de ella, y la parte que la opone se reservó intentarla ante los árbitros; en cuyo sentido quedaria notablemente limitado lo dispuesto aquí en nuestra ley. Paréceme, empero, que hablando esta, como habla, en términos generales y absolutos, debe tambien entenderse absolutamente y sin restriccion alguna lo que en la misma se establece, y que, ya sean deducidas por uno solo de los comprometentes contra el otro, ya por todos ellos entre sí, las demandas ó pretensiones comprendidas en el compromiso, podrán los árbitros decidirlas por separado, á menos que en el acto de comprometer se les hubiese prevenido lo contrario: porque, en entrambos casos, militan las mismas razones, y no puede esceptuarse el caso de haberse intentado reconvencíon, porque esta, en los juicios arbitrales, no puede ser admitida: y las demandas, aunque sean recíprocas, contenidas en el compromiso se consideran todas igualmente principales; y así lo entiende tambien Alber. cuando dice en el lugar citado, que habiendo por cada una de las partes, demanda principal, puede decirse que hay otros tantos juicios; y entónces cada uno de ellos puede fallarse por separado. — *La citada l. 21. D. *de recept. qui arb.*, á propósito de la cual parece haber habido tanta diversidad de opiniones, disponia, en último resultado lo mismo exactamente que la nuestra de partida, esto es, que en el caso de haberse comprometido sobre diversas pretensiones, no se entenderia que debiesen decidirse todas en una sola sentencia á menos que se hubiese así espresamente convenido: *si de omnibus simul ut dicat sententiam, compromissum est*, siendo digno de notarse el motivo por el cual, segun d. l. en su pr., se ha dado á esta cuestion tan grande importancia, y es el depender de su resolucion otra de mucho interés; á saber, la de si podrá el árbitro variar el fallo que hubiere proferido sobre uno de los puntos comprometidos, y antes de haber decidido los demás; de-

que todo lo librassen en un juyzio. Ca estonce non lo podrian fazer, si non en aquella guisa (197) que de comienço les fue otorgado, quando los escogieron.

LEY 33. *Como los Juezes de auenencia pueden poner plazo a las Partes en su Juyzio, a que sea pagado, e cumplido, lo que mandaren fazer en el.*

Mandan los Judgadores de auenencia a las partes en su juyzio, que den, o fagan alguna cosa, e ponen plazo a que lo cumplan. E por ende dezimos, que las partes deuen cumplir su mandamiento, fasta aquel plazo que les fue puesto. E la parte que lo non fiziesse, debe pechar a la otra, la pena que pusiessen entre si, quando metieron el pleyto en mano de amigos. E non se puede escusar, diciendo que los Juezes non pueden dar este plazo, pues non les fue otorgado poderio de lo fazer. Ca maguer (198) assi fuesse, bien lo pueden poner por razon de su oficio. E si por auentura diessen juyzio, non señalando tiempo en que lo cumpliessen; estonce dezimos, que han las partes (199) plazo, para cumplirlo, fasta quatro meses (200). E de aquel tiempo adelante cae en pena la parte, que non quiere fazer lo que le mandaron. Pero si demandasse la pena despues de quatro meses, por razon que non fuera complido el mandamiento de los auenidores, si la parte a quien la demandassen, quiere cumplir luego el mandamiento dellos, non es tenudo de pechar la pena, cumpliendolo (201) assi como dize. Como quier que si despues del plazo (202), que pusie-

clarándose en d. l. que podrá hacerlo únicamente, cuando se entienda que debia decidir todas las pretensiones en una sola sentencia, porque entónces no se entiende que esta se haya proferido, hasta que todos los capítulos están decididos; y, no habiendo formal sentencia puede variarse el concepto que, sobre cada una de las cuestiones se hubiere formado, y V. tambien la l. 19. §. 1. d. tít. en la cual se dice, es verdad, que el árbitro nombrado para fallar varios puntos, no se entiende que haya proferido sentencia, hasta que los haya decidido todos; pero no se hace allí esta declaracion en el sentido de que hayan de decidirse todas las cuestiones en una sola sentencia, de suerte que puedan alterarse las decisiones parciales despues de proferidas; sino para significar que el árbitro hasta haber fallado todos los puntos de una sola vez ó por separado no habrá cumplido con su oficio y podrá obligarle el juez á completar el arbitramiento; *si de pluribus rebus sit arbitrium receptum nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia; sed adhuc erit á Prætore cogendus.*

(197) Acerca lo que deberá decirse, cuando en el compromiso se hubiere continuado la cláusula de que pudiesen los árbitros proferir dos ó mas sentencias, V. Bart. y Bald. en d. l. 21., en donde pretenden que, á pesar de haberse pactado así en el compromiso, no podrán los árbitros corregir ó alterar la sentencia que hubiesen proferido, lo cual debe entenderse en el mismo sentido en que lo dice la cit. l. 21. — * Esto es, que podrán decidirse separadamente y en distintos fallos las pretensiones ó diferencias comprometidas, cuando estas ninguna relacion tengan entre si, ni pueda influir la decision de la una en las de las demás, *(nihil sibi communibus)*; pues no siendo así, deberian considerarse todas las decisiones parciales, como una sola sentencia, y podrian alterarse ó corregirse, mientras no se hubiese proferido y publicado resolucion sobre todas ellas, segun parece inferirse de la citada l. 21. pr.

(198) Añád. d. l. 21. §. 2. é Innocenc. cap. *cum dilectus* tít. *de arbitris*.

(199) Nótese aquí que el término de cuatro meses señalado para cumplir ó pagar lo juzgado es aplicable tambien á las sentencias arbitrales y añád. d. l. 21. §. últ. y lo anotado por Bald. allí, * y en la Glos. de Godofr.

(200) Y si los árbitros hubiesen prefijado espresamente el término de cuatro meses para el cumplimiento de la sentencia, opina Ang. en la l. 8. col. 1. D. *si quis caution.* que no podria purgarse la mora. V. la nota 202.

(201) Así pues, podrá purgarse la mora, en cualquier tiempo, mientras no se haya contestado la demanda ejecutiva, y hasta despues de dicha contestacion no incurrirá en la pena del compromiso, d. l. 21. §. últ.; á menos que pruebe el que pide la ejecucion, que se le ha seguido perjuicio de no haberse cumplido antes lo juzgado; en cuyo caso se le debe indemnizar, y, solo, resarciéndole los perjuicios, puede purgarse la mora, segun la Glos. allí, y V. lo anotado á la l. 35. tít. 11. P.ª 3ª.

(202) Cuando el árbitro hubiere prefijado para el cumplimiento de la sentencia el término legal, pero no espresamente el de cuatro meses, propone Alber. en d. l. 21. §. últ. y mas estensamente en la l. 22. col. 8 y 9. D. *de adopt.* despues de Jacob. de Rav. la cuestion, de si podrá tambien, entónces purgarse la mora lo mismo que si no se hubiese prefijado término alguno; infiriéndose de lo que dice allí, ser la mas comun opinion la de que no podrá en dicho caso purgarse la mora; lo mismo que sucederia si se hubiese prefijado otro término cualquiera,

ron estos Judgadores en su juyzio, gela demandassen, non se escusaria della; maguer dixesse (203), que queria complir el mandamiento dellos. Esto touieron por bien los Sabios antiguos, por esta razon. Porque mas fuerte cosa es, despreciar el mandamiento de los Judgadores (204), quel de la ley por que juzgan. Porque mas ligeramente puede ome estorcer de la pena de la ley, quando cayere en ella, que de la que ponen los Judgadores en su juyzio.

LEY 34. *Por que razones se puede escusar la Parte de non pechar la pena, maguer non obedezca mandamiento de los Judgadores de auenencia.*

Escusada (205) puede ser la parte, de non caer en la pena que prometio, quando metieron el pleyto en mano de auenidores, maguer non obedesciesse el mandamiento, o el juyzio dellos. E seria esto estonce, cuando non pudiesse complir su mandado, por embargo de gran enfermedad quel acaecio aquella sazon; o porque auia de yr a seruicio del Rey, o de su Concejo, cuyo mandamiento non podria escusar; o si le aueniesse algun embargo otro qualquier, por ocasion, que lo embargasse de lo complir, tal que entendiessen que era derecho para escusarle. Empero si despues que fuesse librado de qualquier de los embargos sobredichos, non quisiesse complir (206)

que no fuese el de la ley. Bald. trata tambien esta cuestion en d. l. 23 D. *de recept. qui arb.*; pareciéndome, aunque está mal escrito el libro que tengo á la vista, [refiérese aquí el glosador á algun manuscrito, segun se desprende del texto latino: *in meo libro est vitios é scriptum*; que en esta inteligencia hemos traducido literalmente] que, en opinion de d. Bald. el prefijar el árbitro simplemente el término legal, para el cumplimiento de la sentencia, es lo mismo que si no prefijare ninguno: pero que si señala espresamente el de cuatro meses, se dará á este señalamiento toda la fuerza, como puesto *ab homine*; á diferencia del que se hubiere prefijado indeterminadamente con la cláusula de costumbre de *dentro el término legal*. Mas las palabras con que nuestra ley se espresa, al decir *non señalando tiempo* etc. parecen mas bien favorecer la opinion comun, que seguian tambien Petr. Jacob. Butri y Cyn.

(203) Concuerda la l. 23. D. *de recept. qui arb.* Si, empero, no se limitase el deudor á ofrecer el pago, sino que lo verificase de hecho, y el acreedor lo aceptara, sin protestar que le quedase á salvo el derecho de reclamar la pena, no podria este despues pedirla, segun d. l. 23. vers. *si autem*. En el caso de haberse admitido el pago con la indicada protesta, segun advierte Specul. tít. *de arbitr.* §. últ. fol. pen. vers. *sed pone arg.* l. 4. §. 1. D. *quib. mod. pign. vel hypot.* podrá el acreedor exijir la pena, solo en cuanto no escediere el capital que á tenor de la sentencia deba hacerse efectivo, l. 4. §. 7. D. *de dol. except.*: á menos que se hubiese dicha pena estipulado con la condicion de que, sin perjuicio de pagarla en su caso, quedase subsistente el compromiso, ó si se hubiese otorgado este con juramento él cual tiene la misma fuerza que la cláusula espresada, l. 41. y Bart. y Bald. allí C. *de transact.* en cuyo caso podria exijirse la pena estipulada, aunque escediese al capital; y mediando aquella cláusula, aun cuando se hubiese admitido el pago, sin hacer protesta alguna segun Specul. d. tít. §. *excipitur*, vers. *item quod pœna* y Alber. en d. l. 23. Sobre si podrá la mora purgarse en el caso de que, habiéndose estipulado la pena sin perjuicio de quedar subsistente el compromiso, no hubieren los árbitros señalado término alguno para el cumplimiento, V. Bald. en d. l. 23. y Bart. en la l. 84. D. col. 4. versic. 2. *quæro, de verbor oblig.* donde pretenden, de acuerdo con Ang. Juan de Imola y Alex., que, en dicho caso, habria lugar tambien á la purgacion de la mora: opinion que parece la mas equitativa, á pesar de sostener la contraria Jason citando á Bald. Salic. Fulg. y el mismo Ang. contra lo que él antes habia opinado y tambien Pedro de Besu. en d. l. 84. donde puede verse al citado Jas. col. 10.

(204) Entiéndase lo dicho aquí en el sentido en que lo esplica Bart. en la l. 16. D. *de jur. petr.* y l. 15. D. *rem rat. hab.* y l. 84. D. *de verb. oblig.*

(205) Concuerda la l. 23. §. 1. D. *de recept. qui arb.* debiendo notarse que en nuestra ley aquí se habla únicamente del caso en que haya sobrevenido algun impedimento de parte del deudor; á diferencia de d. l. 23. que prevenia tambien el caso en que no hubiese podido cumplirse por impedimento del acreedor; sobre el cual puede verse á Specul. tít. *de arb.* §. últ. fol. pen. col. 3. vers. *pone igitur* donde trata la cuestion de si deberá concederse un nuevo plazo y por cuanto tiempo, al que gastare el capital, despues de haber ofrecido el pago al acreedor y no haber este querido aceptarlo.

(206) ¿Será, empero, necesario un segundo requirimiento para poder exigir la pena? Así lo pretende la Glos. de d. l. 23. D. *de recept. qui arb.* en el caso de haberse dejado de cumplir la sentencia por impedimento ocurrido de parte del acreedor, no declarando d. Glos. ni los DD. allí si deberia decirse lo mismo en el caso de haber

el mandamiento, caeria estonce en la pena. Otrosi dezimos (207), que si el mandamiento, o el juyzio de los auenidores fuesse contra nuestra Ley, o contra natura, o contra buenas costumbres; o fuesse tan desaguisado, que non se pudiesse cumplir; o si fuesse dado por engaño, o por falsas prueuas, o por dineros (208); o sobre cosa que las partes non ouiessen metido en mano de los auenidores; por qualquier destas razones, que fuesse aueriguada, non valdria lo que assi mandassen, nin la parte que assi non lo quisiesse obedecer, non caeria porende en pena.

LEY 35. *Que del juyzio de los Auenidores ñon se puede ninguno alçar.*

Despaganse a las vegadas algunas de las partes, del juyzio que dan los Judgadores de auenencia contra ellas, e alçanse, cuydando que lo pueden fazer. E porende dezimos, que ninguno non puede tomar alçada del juyzio destos (209). Mas quien non se pagare del, peche la pena (210) que fue puesta, e despues non sera tenudo de obedescerle. E si por auentura pena non fuesse y puesta, a la sazon que fueren escogidos los auenidores;

ocurrido el impedimento de parte del deudor: bien que así lo persuade la identidad de razon en entrambos casos, y las palabras de esta ley *si non quisiere,* las que presuponen, al parecer, la necesidad de un segundo requirimiento, siendo tambien aplicable á lo que aquí se acaba de decir, lo que declaran los DD. en el cap *cum dilecti, de dol. et contum.*, acerca el que, por legítimo impedimento, deja de comparecer ante el juez dentro el término debido.

(207) Añád. l. 21. §. 7. y l. 31. D. *de recept qui arb.*, l. 3. C. *de arbit.*, cap. *non sine* 2. d. tít., l. 33. D. *de re jud.* ll. del C. tít. *si ex fals. instrum.* y cap. *quinta vallis* 23. *de jurejur.*

(208) Es válida, empero, en todos estos casos la sentencia, aunque puede escepcionarse contra la ejecucion de la misma, segun Specul. tít. *de arbit.* §. *differt.* princ. * — Así procederia por derecho romano; mas nuestra ley dice aquí que semejante sentencia *non valdria,* con lo que parece significar, que seria nula: y así efectivamente deberia entenderse de la que fuese dada contra ley, contra la naturaleza ó contra buenas costumbres l. 3. tít. 26. de esta Part. y tambien de la que fuese dada por dinero l. 24. tít. 22. de esta Part. pero no de la que se hubiese fundado en error ó falsas pruebas. l. 2. d. tít. 26.

(209) Concuerd. la l. 1. C. *de arbit.*; mas á pesar de lo dispuesto aquí, despues de publicada la ley de Madrid [es la ley 4. tít. 17. lib. 11. Nov. Recop.] y la nueva Ordenanza hecha en las córtes de Toledo del año 1539 petic. 8.ª por la que se declaró que d. l. de Madrid tuviese lugar tambien con respecto á las sentencias arbitrales, parece podrá interponerse contra estas el recurso de apelacion, segun se infiere de lo anotado por Bart. y Bald. en d. l. 1., diciendo que en donde, con arreglo á las ll., puede accionarse en virtud de las sentencias arbitrales aunque no estén omologadas, y aunque lo contradiga el que hubiere sucumbido en el arbitramiento, puede apelarse de las mismas: en cuyo sentido debe entenderse d. l. de Madrid en cuanto dispone que se lleve á ejecucion la sentencia arbitral y la cit. Ordenanza, á tenor de la cual puede accionarse, en virtud de semejante sentencia; y así lo opina tambien Abb. en el cap. *cum dilectus* col. 7 y 8. *de arb.*, añadiendo espresamente en la col. últ. que debe interponerse la apelacion por ante el superior del árbitro que hubiese proferido la sentencia. — * V. la adic. á la nota últ.

(210) ¿Tendrá, empero, lugar lo dispuesto aquí aun despues de publicada la ley de Madrid y la Ordenanza de que se hace mérito en la nota que antecede? Así parece deberia creerse, cuando en el compromiso no se hubiese estipulado la pena, sin perjuicio de cumplir con lo que resolviesen los árbitros; pues, fuera de este caso, es condicion inherente á todo compromiso, que pagándose la pena estipulada, se adquiere el derecho de apartarse de lo arbitrado, segun la auth. *decernimus jus novum* C. *de arbit.* y á tenor de lo dispuesto aquí en nuestra ley, que en esta parte, no ha sido derogada por la de Madrid. Mas cuando se hubiese continuado aquella cláusula en el compromiso, y se apelase de la sentencia arbitral, no bastaria que se pagase la pena estipulada, sino que deberia cumplirse lo dispuesto por dd. ll. posteriores, segun lo anotado por Specul. tít. *de arbit.* §. *excipitur* vers. *item quod pœna* y lo que, sobre este particular, trae estensamente Alberic. en la l. 2. D. y la Glos. últ. del cap. *dilicti* de d. tít. Cuando, al estipularse la pena en el compromiso, no se ha continuado la cláusula de *sin perjuicio,* si la parte que ha sucumbido reclamare contra la sentencia, sin querer pagar dicha pena y se hubiere la sentencia llevado á ejecucion bajo fianza, con arreglo á la l. de Madrid, procediéndose adelante sobre el punto principal en instancia de apelacion, y resultare confirmada la sentencia; parece que, en este caso podrá la parte condenada eximirse de cumplir la condena y conseguir que se deje sin efecto lo ejecutado, mediante el pago de la pena estipulada por ser, como antes se ha dicho, condicion inherente al compromiso, el que, pagándose la pena, puedan las partes apartarse de lo arbitrado; lo

estonce dezimos, que quien non se pagare del juyzio dellos, que lo deue dezir luego, e non sera despues (211) tenudo de obedecerlo. Mas si lo touiessen las partes por bueno (212), diziendo, quando auian judgado, que se pagauan (213) del juyzio; o escriuiendo por sus manos la carta de

que se infiere tambien de la l. 44. §. últ. D. *de act. et oblig.*, l. 4. §. 7. D. *de dol. except.*, l. 115. D. *de verb. oblig.* y lo anotado por Jas. allí col. 17: y esta opinion es la mas equitativa y la mas conforme con nuestra ley de Part. que exime aquí de cumplir el fallo arbitral á la parte que pagare la pena del compromiso, y autorizada además por el derecho canónico en el cap. *dilecti* con su glos. últ. *de arbit.*; á pesar de que parece resistirla el testo de d. l. de Madrid. * — Vid. la adic. á la nota últ.

(211) Podrá, empero, accionarse, cuando en el compromiso se hubiese convenido que se cumpliria la sentencia de los árbitros, bajo estipulacion de una cierta cantidad, no en calidad de pena, sino para indemnizar á la parte vencedora de los perjuicios que se le irrogasen por la falta de cumplimiento, segun la l. 27. §. últ. D. *de recept. qui arb.*, y así tendria lugar, hoy dia, por derecho del *Ordenam.* aun en el caso de no haber mediado formal estipulacion, sino una simple promesa, como estaba dispuesto tambien por derecho canónico cap. *per tuas* y Abb. allí col. 2. *de arbit.* Pero ¿cómo deberian estimarse los perjuicios en el caso propuesto? ¿Deberian regularse por el valor de las cosas reclamadas, ó se comprenderian en ellos tambien las costas del pleito? Los DD. en d. l. 27. §. últ. no declararon esta duda, y segun Innoc. cap. *per tuas*, *de arbit.*, no deberian regularse los espresados perjuicios por el valor de las cosas reclamadas, porque estas ó bien antes del compromiso, no eran ya de aquel á quien se han adjudicado y en este caso, ningun perjuicio se le sigue de que no se le hayan antes entregado; ó bien le pertenecian ya en propiedad, y entónces le compete todavía la accion para pedirlas, l. 30. D. de d. tít. Lo contrario pretendia Ostiens., esto es, que debian comprenderse tambien en la estimacion de los perjuicios, el valor de las cosas reclamadas, y las costas del pleito. Juan Andr. refiere simplemente las opiniones sin adoptar definitivamente alguna. Abb. en el lug. cit. pretende que deberá observarse la opinion de Ostiens., cuando por el compromiso hayan adquirido las partes accion para pedir el cumplimiento de la sentencia, por haberse otorgado aquel bajo juramento, y por haber sido esta omologada; pero cree que será preferible la de Innoc. en el caso en que dicha sentencia carezca de fuerza ejecutiva: con arreglo á lo cual y como en el dia las sentencias arbitrales tengan siempre aparejada ejecucion, aunque no sean omologadas, segun las mas recientes leyes del reino, parece que insiguiendo lo dicho por Abb., deberá constantemente observarse la opinion de Ostiens.; esto es, la de que deba comprenderse, en la estimacion de los perjuicios, el valor de las cosas ó derechos sobre que versare el compromiso, y trabarse la ejecucion en las mismas, para cumplir la sentencia de los árbitros; lo que es tanto mas plausible, por cuanto la nueva disposicion de nuestro derecho, por la que se da mayor fuerza á los fallos arbitrales, aparece fundada en el consentimiento de los propios interesados ó compromitentes: sin que obste á lo dicho la cit. l. de Madrid, por referirse la letra de la misma á los compromisos en que se haya estipulado pena; pues de semejante circunstancia solo se hace mencion en ella por incidencia; infiriéndose de esto, que su parte dispositiva comprende igualmente los compromisos en que las partes hubieren prometido simplemente, y sin imposicion de pena, guardar y cumplir la sentencia que los árbitros profirieren. * — V. la adic. á la nota últ.

(212) Infiérese de estas palabras de la ley, refiriéndolas á las que las preceden, que la sentencia de los árbitros puede quedar tambien omologada, aunque en el compromiso se haya estipulado pena para el caso de incumplimiento; sobre lo que estaban, por derecho comun, divididas las opiniones, siendo la mas general y recibida, la de que los compromisos penales únicamente eran susceptibles de omologacion, cuando la pena se hubiese estipulado, sin perjuicio de quedar subsistente la obligacion compromisal, segun la glos. de la l. 2. D. *de recept. qui arb.* y Alberic. allí y Bart. en la l. 5. D. *de re jud.* y Bald. en la l. 1. C. *de recept. arb.* mas no cuando la pena se hubiese estipulado simplemente: cuestion que no quedaria resuelta por lo que dice aquí nuestra l. de Part., si las palabras que estamos comentando, se refiriesen esclusivamente á la cláusula que las precede, y en la cual se habla espresamente del compromiso en el que no se ha impuesto pena: mas en el dia, despues de publicadas las leyes de Madrid [d. l. 4. tít. 17. lib. 11. Nov. Recop.] no puede dudarse que los compromisos penales son tambien susceptibles de omologacion, puesto que las sentencias que en virtud de los mismos, se hubieren proferido, producen accion y deben llevarse á efecto; con lo que quedan absolutamente orilladas las cuestiones, que por derecho comun, habian los intérpretes promovido. * — V. la adicion á la nota últ.

(213) Bastará, pues, para omologar la sentencia el simple asentimiento de las partes, aunque no la hayan suscrito, segun se lee en el cap.

la sentencia, que la confirmauan, o si se callassen (214) fasta diez dias, despues que fuesse dada, que la non contradixessen; tal sentencia como esta deue valer. E si alguna de las partes pidiesse despues al Juez ordinario (215) del lugar, que la fiziesse cumplir, deuelo fazer tambien como si fuesse dada por otro Juez, de aquellos que han poder de oyr, e librar todos los pleytos (216)

per tuas y en Abb. allí *de arbit.* Mas ¿qué deberá decirse cuando las partes hayan manifestado simplemente que no contradicen la sentencia? V. l. 4. C. *de recept. arb.* y Bald. allí, y en el cap. *quinta vallis*, *de jurejur*.

(214) ¿Bastaria, empero, para que la sentencia no se entendiese omologada, el que se reclamare contra ella dentro los diez dias, pero clandestinamente y sin dar al árbitro noticia de la reclamacion? V. Salic. en la l. 5. C. *de arbit.*, en donde dice que, para que los recursos interpuestos produzcan su efecto, debe darse noticia de ellos, al mismo árbitro, ó á la otra parte interesada: mas, en mi concepto, bastaria tambien, con arreglo á las nuevas leyes del reino el que se intentase la reclamacion ó recurso ante el juez ordinario que debe conocer de ellos.

(215) Concuerda d. l. 5 C. *de recept. arb.*, y debe especialmente advertirse que nuestra ley de Part. habla aquí esclusivamente de los árbitros de derecho, á pesar de haber pretendido Rodrig. Suar. en la l. 11 D. *de transact.* ó sea la 56 D. *de re jud.*, fol. 116. col. 4, que hablaba tambien de los arbitradores, añadiendo que era esta nuestra ley muy notable, en cuanto se declaraba, por ella, que la sentencia de los arbitradores espresa ó tácitamente omologada por el trascurso de los diez dias, debia ser puesta en ejecucion por el juez ordinario, contra la opinion de Bart. en la l. 76 vers. *arbitrorum* D. *pro soc.* Lo dicho por Suar. es, sin embargo, cierto; mas no lo es, que pueda fundarse en la presente ley, sino en la l. 23 de este mismo tít. en donde, hablándose de los arbitradores, se dice *valdra el juyzio, ó auenencia que ellos fiziessen entre ambas las partes*, [y no deja de poder inferirse tambien de la presente ley, por hablarse en esta de los *Judgadores de auenencia* en general, bajo cuya denominacion comprenden las demás de este título, en especial la l. 23 y tambien la 23, á los árbitros de derecho y á los arbitradores; lo que, empero, no es aplicable á estos últimos es lo dispuesto aquí de no poderse tomar alzada de las sentencias arbitrales pues que de las de los amigables componedores segun d. l. 23. puede pedirse reduccion á albedrío de buen varon;] sin que en el dia pueda haber, sobre lo dicho la menor duda, despues de publicada la ley de Madrid, que da tambien á las sentencias de los arbitradores fuerza ejecutiva, de donde se infiere que hoy dia no seria válida, por derecho de España la sentencia que profiriese un arbitrador públicamente escomulgado, puesto que es el mismo derecho el que da fuerza ejecutiva á las sentencias de los arbitradores, como lo prueba lo que dice el adicionador de Bart. en la l. 43 col. últ. D. *de verb. oblig.* citando á Ang. disputat *duo ad invicem litigantes*. [No comprendemos como pueda inferirse de lo que dice aquí el glosador, la consecuencia que el mismo infiere; á menos que entienda decir, que, cuando la sentencia arbitral solo adquiria fuerza por el consentimiento de las partes, podia este tribuirsela, aunque fuese proferida por un árbitro incapaz, como seria el escomulgado: pero que siendo en el dia, dicha sentencia obligatoria, por disposicion de la ley; no podria considerarse que lo fue, se en dicho caso, puesto que la ley no reconoce los actos de los escomulgados; mas aun así nos parece, que sin tener dicha sentencia fuerza ejecutiva, que es la que le da la ley, no dejaria de ser obligatoria, por el consentimiento de las partes]. Si pudiese entenderse que esta nuestra ley de Part. habla tambien de los arbitradores, quedaria con esto resuelta la difícil é importante cuestion promovida, por derecho comun, entre los intérpretes, á saber, la de cual sea el término en que puede pedirse reduccion al albedrío de buen varon de las sentencias de los arbitradores. Bart. y Alberic. en d. l. 76 y Lanfran de Orian. en su trat. *de arbit.* q. 20 parte últ., pretendian ser la comun opinion la de que podia dicha reduccion pedirse hasta despues de trascurridos treinta años. Al contrario Specul. tít. *de arbit.* § *sequitur* fol. 2 vers. *sed infra quod tempus* pretendia que debia pedirse dentro de diez años y lo propio opinaba, segun Juan Andr. en sus adiciones, Guillelm. de Susa *in summa* y Abb. en el cap. *quinta vallis* col. 7 *de jurejur.*, fundándose en las razones que pueden verse allí, y en especial. la de que la espresada opinion es la mas equitativa, por ser la mas á próposito para evitar pleitos.

(216) *— Segun lo dispuesto en la presente ley y en las demás de este título, reconocia el derecho de Partidas dos distintas especies de compromiso, que producian tambien diversos efectos, segun los términos en que estaban otorgados. Cuando los comprometentes habian prometido simplemente guardar y cumplir la sentencia arbitral; no tenia esta fuerza alguna, hasta que las partes la habian consentido espresa ó tacitamente no impugnándola dentro al término de los diez dias siguientes al de la notifica-

cion. Cuando habian estipulado reciprocamente una pena, exijidera del que no quisiese estar á la sentencia; tenian tambien los comprometentes la libre facultad de separarse de lo arbtirado, pero pagando el que lo hiciese la pena estipulada; de suerte que la obligacion de pagarla se entendia subrogada á la de cumplir el compromiso: y solo quedaba, en este caso, la duda de, si por el transcurso de los diez dias sin impugnar la sentencia, caducaba la eleccion ó alternativa de cumplir la sentencia ó pagar la pena; que es la cuestion que propone el Glos. en la nota 212 de este tít., y no es muy fácil de resolver, atendido que, entendiéndose, en los compromisos penales, subrogada la obligacion de pagar la pena á la de cumplir lo arbitrado, parece debian tener aquellos menos fuerza que los simples compromisos; lo que solo se hubiera verificado, concediéndose á los comprometentes la facultad de separarse pagando la pena, aun despues de transcurridos los diez dias. Y finalmente, cuando en el compromiso se habia estipulado pena para el caso de incumplimiento, y espresadose que debiese pagarse aquella sin perjuicio de quedar subsistente la sentencia de los árbitros; se entendia ser aquel pacto obligatorio, de suerte que, ni aun pagando la pena, podian las partes separarse de lo arbitrado; y lo mismo tenia lugar, cuando se hubiese prometido cumplir la sentencia bajo juramento.

Las leyes recopiládas que, con el fin de dar mas fuerza, por punto general, á las sentencias arbitrarias, han introducido algunas nuevas disposiciones en esta parte, no espresan si son ó no derogatorias de las de partidas, y han producido bastante confusion en la materia, por no ser fácil resolver, en ciertos casos, si aquellas nuevas disposiciones son ó no incompatibles con las contenidas en el presente título, en cuya única parte deberian estas considerarse derogadas, no habiendose así espresamente declarado. La l. 4 tít. 17. lib. 11. Nov. Recop., que estaba ya publicada en tiempo de Greg. Lopez y es la designada en la glosa por la l. de Madrid, reconoce desde luego que podia interponerse de las sentencias arbitrales el recurso de apelacion; lo que estaba espresamente prohibido por la presente de Part. la cual dispone espresamente que si bien el que no se conformare con lo arbitrado *non es tenudo de obedecerlo*, pero, una vez omologado *el juyzio de los Judgadores de auenencia, ninguno podia tomar de él alçada*. Entónces, pues no podia interponerse apelacion de la sentencia, mas podia dejarse esta sin efecto, por el simple disentimiento; y el que lo hacia así debia pagar la pena, caso de haberse estipulado en el compromiso. Ahora, empero, que, por el recurso de apelacion, puede conseguirse la revocacion de lo arbitrado, siendo injusto, y que por la constante práctica, se ha consignado el no poderse interponer aquél recurso, sino dentro el término legal, pasado el mal se entiende la sentencia omologada, podrá haber duda sobre si, en los compromisos penales, podrán todavía las partes separarse de lo arbitrado libremente y por su voluntad, sin perjuicio de poder interponer apelacion y sin deber, en este caso, pagar la pena, por parecer injusto que haya de pagarla el que se aparte del compromiso, no por su simple voluntad, sino por pretenderse agraviado; ó si deberá considerarse que deba pagarse la pena por el mero hecho de haber apelado, y que queda subrogada la facultad de interponer este recurso, á la de disentir y separarse libremente de lo arbitrado.

Esta cuestion podria considerarse resuelta, en órden á los simples compromisos, en los que no se haya estipulado pena, por la l. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop. la que declara obligado á todo el que conste, de cualquier manera, haber querido obligarse. Mas por lo que hace á los compromisos penales dispone la citada l. 4. espresamente, que en ellos *la sentencia arbitraria se execute libremente, pareciendo y presentándose signada de Escribano público*, y siendo *dada dentro el término del compromiso* y *sobre las cosas sobre que fue comprometido*, *dando fianzas* la parte vencedora *de tornar* y *restituir* lo juzgado, *si la tal sentencia fuere revocada*, mediante *recurso de apelacion, nulidad, reduccion ú otro alguno:* disposicion con la cual viene á declararse que la sentencia arbitral, aun en los compromisos penales, es obligatoria, salvos empero, los recursos de derecho, puesto que, á pesar y sin perjuicio de estos, cuando se intentaren, debe aquella ser llevada á ejecucion, luego despues de proferida, y así lo esplica Greg. Lopez en la nota 210, bien que parece, en la misma inclinarse á la opinion contraria, y lo propio pretende D. Joaquin Escriche, Diccion. de Legisl. y Jurisp. en la palabra *arbitro;* donde dice que, á pesar de ser ejecutiva la sentencia arbitral, segun la ley recopilada, y á pesar de de que causará ejecutoria, si en meritos de los recursos intentados, resultare confirmada; mas que no queda por esto derogada absolutamente la l. de partida, sino que, en lugar de interponer los recursos, pueden todavía los comprometentes, separarse libremente de lo arbitrado, pagando la pena estipulada; esceptuando únicamente el caso en que se hubiese esta estipulado con la cláusula de *sin perjuicio* ó se hubiese comprometido bajo juramento. En la práctica, sin embargo, aunque se haya estipulado la pena simplemente, jamás se considera que tengan las partes semejante facultad, antes se les obliga á cumplir la sentencia de que no hayan legalmente reclamado, sin perjuicio de pagar la pena si se resisten y tal vez esto proceda de que se pacta así, en el

dia, espresamente casi en todos los compromisos sin ninguna escepcion. Dudamos, empero, que, aun no pactándose, se entiéndese y observase de otra manera.

En lo que puede haber así mismo dificultad es en determinar, si aun despues de publicada d. l. 4, dejarán en algunos casos, de ser ejecutivas las sentencias arbitrales, y si, en otros, serán además ejecutoriales, de suerte que no puedan admitirse contra ellas los recursos de derecho, ni aun al solo efecto devolutivo. Lo primero podria dudarse tal vez si tendria lugar en los simples compromisos, por cuanto la citada l. 4. que da á los laudos fuerza ejecutiva, se refiere en su preambulo esclusivamente á los compromisos penales: en la práctica, empero, se hace estensiva á todos sin distincion alguna, y en realidad son á todos igualmente aplicables las razones en que d. l. se funda: pudiendo creerse, con Greg. Lopez en la nota 211. de este tít. hácia el fin, que solo por incidencia se hace en aquella mencion especial de los compromisos penales y no al objeto de escluir á los que no lo son. Cuando, empero, los compromitentes se hubieren reservado muy espresamente el derecho de apelar, no nos atrevemos á resolver si entónces será tambien ejecutivo el laudo que se profiriere, supuesto que las partes parece que pueden renunciar libremente á lo dispuesto en la ley recopilada; equivaliendo á una tácita renuncia la espresa reserva del derecho de apelacion. Nos confirma en la misma opinion el art. 281. de la Const. de 1812, (revalidado por Decreto de Cortes de 16 setiembre 1837) por el cual se dispone que «la sentencia que dieren los árbi» tros se ejecutará, si las partes, al hacer el com» promiso, no se hubieren reservado el derecho » de apelar»: de lo que parece inferirse que dejará de ejecutarse ó no será dicha sentencia ejecutiva, cuando se haya otorgado el compromiso con semejante reserva; consecuencia que no á todos parecerá legítima, pues no falta quien entienda el citado art.° en otro sentido, esto es, en el de que, no se ha querido dar, por él, á las sentencias arbitrales fuerza meramente ejecutitiva, la que ya tenian con arreglo á la ley recopilada, sino fuerza ejecutorial; de suerte que únicamente cuando se haya reservado en el compromiso el derecho de apelar, pueda admitirse la apelacion, y entonces en un solo efecto. Esta es la opinion de los SS. Goyena y Aguirre en el tom. 5. pág. 146 de su Febrero y lo es tambien de D. Manuel Ortiz de Zúniga en cap. 3. tit. 6. tom. 1. sus elementos de práctica Forense y de D. Pedro Gomez de la Serna en la sec. 6. tit. 2. lib. 1. t. 3. de sus elementos de derecho civ. y pen. de España, fundándola los primeros en las razones siguientes: 1.ª la de que no entiéndose así, podrian convertirse los compromisos en un lázo tendido á la buena fé, tal vez uno de los compromitentes, confiado en que el otro, por delicadeza, no apelaria, no habiéndose reservado el derecho de hacerlo; llevaria la doble intencion de usar el mismo de la apelacion, sino fuesen atendidas sus pretenciones: 2ª en que siendo uno de los motivos en que se funda el derecho de apelar, el de que los litigantes no pueden elegirse el juez en los juicios ordinarios, cesa esta razon en los compromisos en que los árbitros son de libre eleccion de los compromitentes: 3ª que al discutirse en las Cortes constituyentes de 1812. el art.° de cuya intelijencia se trata, y que fué aprobado por las mismas, tal como lo habia propuesto la Comision, se dijo y se procedió bajo el supuesto de que la mente ó intencion de dicha Comision, al proponerlo, habia sido la de declarar que las sentencias arbitrales serian ejecutoriales, cuando las partes no se hubiesen reservado el derecho de apelar. A cuyas razones hemos oido añadirse otra no despreciable ciertamente, y es la de que; habiéndose querido por d. art. 281. dar á las sentencias arbitrales mayor fuerza de la que tenian, segun las leyes entónces vigentes, como se infiere de la letra y espíritu del art.° precedente 280; no se habria conseguido aquel objeto sino declarando dichas sentencias ejecutoriales, puesto que, á tenor de la ley recopilada, eran ya entónces ejecutivas. Sin tratar, empero, de desconocer la fuerza de las espresadas razones en que se apoya la opinion de los AA. antes citados observarémos que no dejan aquellos de claudicar en algunas de sus partes: 1º porque en la suposicion de que fuesen legalmente apelables las sentencias arbitrales en el caso propuesto en el art.°, ninguno de los compromitentes podria resultar engañado por escesiva delicadeza, la cual estaria muy fuera de su lugar, tratándose de ejercer un derecho que la ley, en aquella hipótesis, concederia, y que por la propia razon, fuere temerario esperarla del otro contrayente: 2º porque, aun dando por sentado que el derecho de apelacion en los juicios ordinarios se funde en la circunstancia de serles fozoso á los litigantes acudir á un juez determinado; el ser los árbitros de libre eleccion, hubiera debido ser un motivo tambien para prohibir á los compromitentes el reservarse espresamente aquel derecho, porque tambien en este caso, obraria la idéntica razon; y sin embargo las leyes autorizan semejante reserva ó á lo menos nadie duda de su validez y eficacia: 3º porque no quedó bien formalmente consignado en la discusion del art. en las Córtes, el que la mente de la comision hubiese sido la de dar á las sentancias arbitrales fuerza ejecutoria; y, aun así, tampoco se seguiría que el Congreso hubiese tenido igual intencion al aprobar el art.°; supuesto que la letra del mismo no escluye, antes bien favorece la opinion contraria, como

mas adelante demostrarémos: 4º y finalmente, porque ni el art.º 280 revela en los autores de la Constitucion la intencion de dar á los fallos compromisales mas fuerza de la que tenian al publicarse aquella, ni el favor con que en ella se miran los juicios de árbitros al efecto de terminar los pleitos, arguiria que las Cortes constituyentes no hubiesen querido limitarse á recordar las disposiciones ya bastante favorables de las leyes recopiladas, las que de otra parte parece no se aplicaban, en la práctica, con la debida puntualidad. Agrégase á esto que en el lenguaje jurídico están admitidas y consagradas las dos espresiones de ser ejecutivas ó deber ejecutarse y la de ser ejecutoriadas ó causar ejecutoria las sentencias, espresiones con que siempre se han formulado las dos distintas ideas que con ellas vienen anunciadas; y que se habrian lastimosamente confundido en el art.º 281., si en él se hubiesen usado las palabras *se ejecutará* por las de *causará ejecutoria*: sin que pueda suponerse tan legos á la Comision y Congreso, que al proponer y aprobar respectivamente aquel art.º, no hubiesen sabido acomodar su letra á su espíritu, si este hubiese sido, en efecto, el de dar á las sentencias arbitrales fuerza ejecutoria. Finalmente es tan notable y significativa la cláusula que acostumbra continuarse en los compromisos, de renunciar las partes espresamente al *recurso de apelacion*, que parece no puede dudarse que, con ella, quieren los que comprometen dar á su recíproca obligacion, mayor fuerza de la que, sin aquella cláusula, tendria; así como al reservarse espresamente dicha facultad de apelar, parecen tratar de reservarsela en toda su plenitud, y que renuncian á las leyes que, en beneficio de las mismas partes, dan á las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva. Mas la espresada renuncia seria completamente inútil y sin objeto, si, aun sin ella causaban las sentencias arbitrales ejecutoria; en cuyo caso se daria tanta fuerza á un compromiso en que nada se hubiese dicho de los recursos, como al en que se hubiesen estos espresamente renunciado: lo cual no nos parece justo y sí lo que se desprende de la letra clara y terminante del citado art.º 281. á saber: que la sentencia arbitral sea ejecutiva, esto es, deba ejecutarse, cuando las partes en el compromiso no se hubiesen reservado el derecho de apelar, el cual sin embargo puedan utilizar, en dicho caso sin perjuicio de la ejecucion y al solo efecto devolutivo: á lo que es consiguiente que si las partes se han reservado aquél derecho espresamente, no sea ejecutiva la sentencia arbitral, sino apelable en los dos efectos; y que sea ejecutoriada en e caso de haberse, en el compromiso, renunciado espresamente el derecho de apelacion. La ley de enjuiciamento sobre los negocios y causas de comercio, en las que, por punto general, y en iguales circunstancias, se observa mayor rigorismo que en las leyes comunes, y que naturalmente debia respirarlo mayor tratándose de robustecer los juicios de árbitros que las leyes mercantiles miran muy favorablemente, dispone en su art.º 262. que «contra las sentencias arbitrales se en» tienden reservados los remedios de derecho, »cuando en el compromiso no se hizo pacto espreso en contrario» lo mismo puntualmente que está establecido por la letra del art.º 281. de la Constitucion de 1812. Hemos espuesto los fundamentos en que se apoyan una y otra de las dos encontradas opiniones. De todos modos debe considerarse como muy transitoria la ley ó art.º de la Constitucion que ha dado lugar á esa cuestion: en la cual, entre tanto, nos inclinariamos mas bien á la opinion que se funda en la letra terminante del espresado artículo.

El recurso de nulidad puede interponerse contra las sentencias arbitrales, aun cuando en el compromiso se hayan renunciado los remedios de derecho, dd. SS. Goyena y Aguirre en el lugar antes citado y lo mismo dispone respecto de los negocios mercantiles el art. 292 de la citada l. de enjuiciamiento.

Por lo que mira á los términos dentro de los cuales deban interponerse contra los laudos arbitrales los recursos de nulidad, reduccion á albedrío de buen varon ó el de apelacion, en los casos en que sea, este admisible, es difícil sentar una regla fija, atendido el silencio que han observado las leyes en esta parte. El primero de dichos recursos parece lo mas conforme, y así se observa, que pueda interponerse hasta pasados los sesenta dias siguientes al de la notificacion, lo mismo que está dispuesto relativamente á las sentencias judiciales. El de reduccion á albedrío de buen varon, es opinion comun, la de que puede intentarse dentro el término de diez dias, y así parece inferirse de las leyes de este título, esto es, de la 35 que declara omologado el laudo de los arbitradores por el transcurso de dicho término, sin que las partes le hayan impugnado; y de la 23. que sin señalar término para intentarlo reconoce y autoriza dicho recurso. A tenor de la citada ley 35, parece deberia decirse que el recurso de apelacion tiene tambien el mismo término de diez dias: mas el derecho de Partidas no puede servir de norma para resolver esta cuestion, puesto que partia del principio de que no eran apelables las sentencias de los árbitros de derecho: y mas bien de la l. 23. de este título, que considera á estos como verdaderos *judgadores ordinarios*, deberia inferirse que, para apelar de sus sentencias, solo se concede el término fatal de cinco dias, segun la l. 1 tít. 20 lib. 11. Nov. Recop. y esto es lo que mas generalmente se observa en la práctica.

Relativamente á los negocios mercantiles, hay establecidas varias disposiciones especiales que pueden verse en la l. de enjuiciamento: y de algunas harémos especial mencion; porque resolviéndose, por ellas, varios de los puntos, que el derecho comun no ha definido, y no creyéndolas emanadas de consideraciones esclusivamente aplicables al comercio, nos parece pueden aplicarse tambien á los casos comunes en que, se ofrezca alguna de las dificultades y cuestiones propuestas al comentar las leyes del presente título, ú otras que podrian ocurrir. Tales son: 1º las disposiciones contenidas en los art. 260. 263. 265. 267. 268. 269. 290. y 291. de d. ley. Y tal vez puedan aducirse como una razon de congruencia en la cuestion de si en los compromisos penales, subsiste ó no la obligacion absoluta de conformarse con lo arbitrado, ó si se entiende alternativamente con la de pagar la pena en el caso de reclamar ó separarse de la sentencia, los art. 259 en sus disposiciones 6ª y 7ª que habla, sobre este particular, delos árbitros de derecho, y los art. 297 y 299 que hablan de los arbitradores.

APÉNDICE.

Organizacion de los tribunales; estension de sus facultades y relacion de unos y otros entre sí.

Difícil sino imposible seria formarse ideas fijas y exactas sobre cada una de estas interesantes materias, al que quisiese buscarlas en nuestros Códigos, así en el de Partidas, como en los *Ordenamientos* y leyes de Toro, publicadas posteriormente, y que despues han venido, casi en su totalidad, á formar parte de la nueva, hoy de la novísima Recopilacion. Los modernos sistemas de gobierno y las doctrinas del siglo han hecho cambios radicales, en esta parte, y han reducido á principios mas generales y exactos lo perteneciente á la administracion de justicia: de suerte que para no complicar con repetidas notas la glosa de las 18 primeras leyes de este título, hemos preferido reservar para este apéndice la esposicion del derecho que rige hoy en la materia; haciendo al propio tiempo una reseña de nuestra antigua organizacion judicial, que habiéndose conservado en las leyes recopiladas hasta nuestros dias, no debe mirarse como un objeto puramente histórico; antes es de frecuente aplicacion en la práctica, mientras haya, como hay todavía, varios negocios que penden de la decision de los tribunales y que empezaron á ventilarse en juicio, antes de plantearse, las reformas que fueron establecidas en 1812, desaparecieron despues con el sistema representativo, y han seguido constantemente la suerte política del Estado.

La jurisdiccion, en lo temporal, es única y universal: y reside en la persona del Rey, en cuyo nombre se administra la justicia, y á quien corresponde eclusivamente la potestad de hacer ejecutar las leyes, por medio de los jueces ó tribunales, que son sus delegados. Este principio, aunque limitado por los señoríos feudales, estaba ya consignado en el derecho de Partidas, ll. 2. y 18 de este tít.; de donde se transcribió en el Ordenamiento y de allí en la Recopilacion, l. 1. tít. 1. lib. 11. D. Francisco Martinez Marina cap. 21. parte 2ª Teoría de las Córtes pretende y cree probarlo, con abundancia de curiosos documentos, que «la justicia civil y criminal se administraba antiguamènte en 1.ª inst.ª por la nacion » y sus pueblos, es decir por los jurados, jueces » ó alcaldes ordinarios de los cuerpos municipales, concejos ó ayuntamientos: los cuales elegian anualmente, de entre sí mismos, oficiales » para el gobierno económico de los pueblos, para terminar las diferencias y pleytos de los ciudadanos y ejecutar la justicia con arreglo á sus » fueros y leyes contenidas en los ordenamientos » del Reyno, hechos y publicados en córtes generales»: todo lo cual no sabrémos decidir si es exacto en los términos generales y absolutos, en que lo afirma aquel ilustrado escritor, ó si tal vez eran solo algunas municipalidades las que, por fuero y privilegio especial, tenian adquirida la facultad de nombrar sus jueces; sin que por esto hubiese estado jamás desterrado de nuestro

derecho el principio de la jurisdiccion esclusiva del Monarca, que consignaron ya nuestros mas antiguos legisladores en el Fuero Juzgo en cuya ley 13 tít. 3. lib. 2. bajo el epígrafe; *los pleytos deben ser terminados por Jueces ó árbitros*, se leen las siguientes palabras; *Nenguno non debe juzgar pleyto, sinon aquel á quien es mandado por el Príncipe, o que es escogido por Juiz, de voluntad de las partes con testimonia de dos omes bonos ó tres.* Por otro lado, los documentos transcritos por Martinez Marina en el lugar antes citado, consisten, en su mayor parte, en quejas y peticiones que, en diferentes épocas, elevaron los pueblos á los Reyes porque no se respetaba, al parecer, el derecho que tenian de ser juzgados privativamente por los alcaldes ordinarios de sus respetivos territorios; antes se les enviaban con frecuencia corregidores ó jueces especiales, y avocábanse las causas, en primera instancia, á los tribunales de la Corte: lo cual no probaria que dichos alcaldes fuesen de eleccion popular ó á lo menos que lo fuesen en todos los pueblos; toda vez que, aun suponiéndolos nombrados por el Rey, habria habido de parte de las municipalidades, igual razon para reclamar contra los referidos abusos, y para protestar que querian conservar el derecho ó prerogativa de no ser estraidos de su fuero ordinario, es decir del de los jueces de sus respectivos territorios.

Mas, como quiera que no es de nuestro intento engolfarnos en investigaciones históricas ni en profundas cuestiones de derecho público, no nos detendrémos en averiguar hasta que punto sean exactas las aserciones del Martinez Marina; y sí observarémos que bien fuese general á toda la Nacion, ó bien que solo algunas municipalidades, por privilegios y concesiones especiales, tuviesen y hubiesen ejercido la facultad de elegirse sus jueces en primera instancia, consérvanse de ello algunos vestigios en las leyes recopiladas, como en la 1. 1. tít. 1. lib. 11. Nov. Rec. en la que se lee: *y los Alcaldes que fueren puestos por Nos y por los pueblos, habiendo privilegio para ello*,.... y en la l. 1. tít. 1. lib. 4: y *otros qualesquier quisiesen alzasse y apelar sintiéndose agraviados de los Señores de ellos ó de sus Alcaldes y Jueces para ante Nos en nuestras Audiencias.* Por lo demás, y volviendo á nuestro intento, está en el dia fuera de cuestion, que la justicia se administra esclusivamente en el nombre del Rey y que no hay otros jueces que sus delegados: y ni aun el Rey puede administrarla por sí, sino por medio de los jueces ó magistrados de su nombramiento: siendo esta, y la de indultar á los delincuentes, con arreglo á las leyes, las únicas prerogativas que aquellas le conceden, en fuerza de la jurisdiccion, que solo *in hábitu*, por decirlo así reside en su persona, como dijimos en la nota 18. de este tít. art. 44 y 45 art. 47 §§. 3º y 9º y art. 68 de la Constitucion de 1837. La jurisdiccion forera ó municipal, abolida por el desuso, lo ha sido mas espresa y formalmente por la voluntad de la Nacion manifestada en la ley fundamental; y las jurisdicciones señoriales, que existieron hasta los últimos tiempos, fueron abolidas tambien por las leyes de 6 de agosto de 1811 y la de 3 de mayo 1823 restablecidas por la de 20 enero de 1837, derogatorias de todas las de Partidas y Recopilacion que reconocian la jurisdiccion feudal y la adquisicion de la misma por prescripcion ú otros títulos, como lo hacian entre otras, las ll. 4. y 18 del presente tit.º y V. la nota 6 del mismo.

En segundo lugar, ha sufrido tambien variacion la organizacion judicial en cuanto á las facultades que á los tribunales están conferidas. A tenor de las leyes recopiladas casi todos los tribunales y magistrados tenian, á la par que la judicial, la autoridad gubernativa, siendo los corregidores los principales y casi los únicos agentes de gobierno que habia en los pueblos; de los cuales eran á un tiempo jueces ordinarios y gobernadores políticos y á veces militares; siendo legos, por lo general, y necesitando, en consecuencia, de Asesores, como se dirá mas adelante. Los altos Consejos del Estado, como el llamado propiamente así, el Real ó de Castilla, y los supremos Consejos de guerra, Hacienda y el de Indias, tenian, cada uno en su ramo, una mezcla de atribuciones judiciales, económicas y gubernativas, que lo mismo que las de los jueces ordinarios, y las de las Audiencias y Chancillerías, producian los males y confusion que hemos lamentado en la nota 44 de este tít. Por Reales decretos de 24 marzo de 1834, al efecto de deslindar las facultades propias de los distintos poderes del Estado se crearon los Tribunales supremos de España é Indias, el de Hacienda y el de Guerra y Marina, para conocer de los negocios judiciales, cada uno en su ramo respectivo; dejándose los asuntos administrativos á cargo del que, desde estónces, debió llamarse *Consejo Real de España é Indias*: que tambien á su vez, fué suprimido por Real decreto de 28 setiembre de 1836; pasándose todos los negocios en él pendientes á las respectivas Secretarías del Despacho. Así mismo lo fué el tribunal supremo de Hacienda, por otro Real decreto de 13 setiembre de 1835, incorporándose las atribuciones, que le estaban asignadas, al Tribunal supremo de justicia, establecido por el tít. 5º de la Constitucion de 1812, que restableció á su vez el decreto de Córtes de 16 setiembre 1837 y subsiste en el dia y del cual se hablará en su lugar. El Consejo de Estado que parece ya existia en 1380 y si bien no siempre se habia conocido con este nombre; pero, con él mismo, se hallaban compuestos é inventariados sus papeles en el archivo de Si-

mancas desde el año 1380. (D. Joaquin Escriche, Diccion. de Jurisp. y Legisl. palabra *Consejo de Estado*), quedó casi reducido á la nulidad por la creacion de la Junta Suprema de Estado en 8 de Julio de 1787, y, disuelta esta, fué restablecido por otro Real Decreto de 28 febrero de 1792., (es la l. 1. tít. 7. lib. 3. Nov. Recop.) quedó despues sin ejercicio y le sustituyó el Consejo de gobierno creado por Fernando VII en su testamento; habiéndose declarado suspenso durante la menor edad de la Reina Doña Isabel II, por Real decreto de 24 marzo de 1834.; sin que se le haya restablecido despues de la estincion del Consejo de gobierno, á pesar de haberse diferentes veces proyectado. El Consejo de Estado cuyas atribuciones no es de nuestro propósito, ni muy fácil tarea el deslindar, puede asegurarse, sin embargo, que aun considerado bajo un carácter meramente consultivo, participaria de los dos poderes ejecutivo y judicial, que en la persona del Rey se hallaban confundidos; y no sabemos si su creacion bajo este ú otro título es anterior á la publicacion de las Partidas, ni si seria referente á los miembros del mismo lo que se dice en la l. 3. tít. 9. P.ª 2. en la cual se habla de los Consejeros como otros de los oficiales del Rey: bástenos, empero, para nuestro intento, lo que hasta aquí llevamos dicho.

Al tratar de deslindar las facultades que las leyes confieren á los Tribunales, dirémos dos palabras de los dos principios consignados en la Constitucion, el de la *independencia* y el de la *responsabilidad judicial*, de los cuales no nos cumple hablar como publicistas, sino como á simples espositores del derecho constituido vigente, comparándolo, de paso, con el de nuestro Código de las Partidas. La independencia de los jueces descansa en la inamovilidad de los mismos, esto es, en la seguridad de no poder ser removidos mientras no hayan dado justo motivo para ello, previo siempre conocimiento de causa y demás formalidades necesarias; y esta inamovilidad está espresamente consignada en el art.º 66 de la Constitucion de 1837. recomendado infinitas veces, y perpetuamente infringido por los mismos que mas lo recomendaban, á pretesto de faltar leyes orgánicas que nunca vienen y vendrán tarde; contraviniéndose así á una ley vigente, que si obliga á los gobernantes á obedecerla y ejecutarla, no les obliga menos á procurar y establecer los medios, que ellos dicen indispensables para su debida y puntual ejecucion. De todos modos debe procurarse no confundir la inamovilidad de los jueces, con su perpetuidad; lo que advertimos á proposito de lo dispuesto en varias leyes de Partida y Recopilacion, á tenor de las que, los jueces ordinarios solo debián servir sus destinos por determinado tiempo, l. 29. art. 4. l. 30 art. 5. tít. 11. lib. 7. Nov. Rec. l. 6 del presente tít. y V. la nota 36 allí: pues tambien en los jueces temporales cabe la seguridad de no ser removidos sino con justa causa.

El art.º 67 de la Constitucion declara que «los Jueces son responsables personalmente de toda infraccion de ley que cometan.» El modo, empero, como esa responsabilidad pueda y deba hacerse efectiva, no hay ley alguna que lo determine: y debería haberla ya, si fuesen tan vivos los deseos de establecerla, como urgente es la necesidad de que se haga, y si se apreciasen, en su justo valor, los males y perjuicios que se siguen de acostumbrar á los pueblos á ver indefinidamente aplazada la formacion de las leyes que deben servir de freno á los encargados de administrar justicia y acaso de formar esas mismas leyes. Entretanto, empero, ahí están escritas y no derogadas las del presente título de Partidas y Recopilacion que establecen la residencia de todos los jueces, al cesar en sus oficios, y les mandan prestar fianza además del juramento, antes de entrar en el desempeño de los mismos, y permanecer en el territorio despues de su separacion, para responder de sus actos á todos los que reclamen contra ellos, como se ha indicado en la nota 31. de este tít.: leyes que han caducado ya por un inveterado desuso, y sobre cuya justicia y oportunidad no discurriremos; contentándonos con observar que, por muy defectuosas que sean, habrian de ser mejores que el no haber ninguna.

Por lo que hace á la organizacion que á los Tribunales entónces establecidos daban nuestras leyes de Partida, hemos dicho ya al principio no ser fácil el formarse una idea exacta de la misma pudiendo verse, sobre el particular, al citado Martinez Marina, Teoría de las Córtes cap. 23. 24. y 25. Parte 2.ª. Por la l. 1. de este tít. se enumeran y establecen cuatro órdenes de tribunales ó magistrados; á saber: 1º *los que son puestos en logares señalados, así como en las cibdades e en las villas o allí do conviene que se judguen los pleitos*: 2º los que son *puestos sobre Reynos* ó *sobre otras tierras señaladas*, ó sean los *Adelantados*, llamados así, porque *el Rey los adelanta para judgar sobre los juezes de aquellos logares*, 3º *los que judgan en la Corte del Rey, que es cabeza de toda la tierra, e oyen todos los pleitos de aquellos omes que se agravian. Otros y ha*, añade d. l., *aun sin aquestos, que son puestos señaladamente para oyr las alçadas de los Juezes sobredichos*, á quienes llamaron los antiguos *Sobrejuezes*. A tenor de esta ley, pues, los juezes ordinarios de las ciudades ó pueblos estaban subordinados á los de Provincia ó Adelantados, y estos á los de la Corte, de los cuales podia reclamarse todavía por ante los Sobrejueces ó superiores (*Mayorales*) de quienes habla tambien la l. 19. tít. 23 de esta partida. Martinez Marina, á pesar de disponerlo así tan

claramente la citada l. 1. y tambien la l. 22. tít. 9 Part. 2., ha tratado de poner en duda la jurisdiccion que tenian los Adelantados sobre los demás jueces ordinarios de sus territorios, con facultad y poder de revocar, en grado de apelacion, las sentencias que estos últimos hubiesen proferido; á cuyo propósito añade que esto hubo de ser una mera opinion de los compiladores de las Partidas, acerca de la autoridad que debia conferirse á aquellos oficiales públicos; no de la que tenian y ejercian en realidad. Pretende tambien el citado escritor que los Adelantados no ejercian siquiera de hecho autoridad judiciaria; ciaria; y al efecto de demostrar que no eran jueces de apelacion de los alcaldes ordinarios, cita entre otros textos, la l. 110. tít. 18. Part.ª 3.ª que al proponer la formula á tenor de la cual, debian estender los jueces superiores sus sentencias de vista, refiérese esclusivamente al Rey y en su nombre á los oidores ó jueces de su Casa y Corte, como jueces de apelacion de los alcaldes ordinarios de los pueblos, y no á los Adelantados. Mas débese, sobre esto, advertir que, si bien las leyes de Partidas establecian, (y prohibian espresamente el que se invirtiese) el órden riguroso que debia seguirse en las alçadas; pero permitian á los litigantes *tomar la primera alçada para el Rey, ante que pasasse por los otros juezes: porque el Rey ha señorío sobre todos e puede los judgar*. l. 18. tít. 23. Part.ª 3.ª. La formula, pues, de la citada l. 110 no prueba, en nuestro juicio, que los jueces de la Corte debiesen conocer ó conociesen de las apelaciones de los ordinarios, con esclusion de los Adelantados; así como, si se hubiese hecho mencion de estos, en dicha fórmula, no probaria contra d. l. 18. que los Adelantados fuesen, en las segundas instancias, jueces privativos, con esclusion de los de la Corte: porque el objeto de aquella ley, claramente se ve que era el de establecer los términos precisos y uniformes en que las sentencias de vista debian estenderse y no el determinar los jueces que tenian facultades para proferirlas, los cuales se nombran allí tan solo al acaso y como por incidencia.

La institucion de los Adelantados, que tenian á su cargo el gobierno de toda una provincia y las apelaciones de los fallos de los jueces ó alcaldes ordinarios de sus respectivos territorios demuestra que las leyes de Partidas no conocieron los tribunales colegiados ó Audiencias; á lo menos para las segundas instancias, afirmando Martinez Marina en el lugar antes citado que no se conocieron aquellos hasta fines del siglo décimo cuarto; mucho despues, por consiguiente, de publicadas las Partidas, y quizás tambien despues de compiladas, en los muchos años que mediaron hasta su publicacion. Creemos exacta esta opinion por lo que respecta á los tribunales ordinarios de apelacion que los formaban, como se ha dicho, los Adelantados: no diriamos, empero, otro tanto de los jueces superiores de la Corte, los cuales es dudoso, en nuestro concepto, si, ya por derecho de Partidas, juzgaban tambien individualmente, ó si constituian un tribunal colectivo. Hácenos opinar así la ya citada formula de d. l. 110, por estar encabezada y concebida en estos términos: *Nos Fernand Juañes, el Gallego é Domingo Juañes, Oidores e Judgadores de las alçadas de Casa del Rey, visto el juizio de..... dezimos que D. Marin judgo bien, e Gonçalo Ruiz se alço mal, e confirmamos la sentencia sobredicha de D. Marin*. Esta pluralidad de Jueces en una misma sentencia, prueba, á nuestro entender, dos cosas: 1ª que, pues la encontramos en una minuta ó modelo propuesto por la ley, para que, á su tenor se estendiesen los fallos en grado de apelacion, no debe suponerse aquella circunstancia accidental, antes bien hubo de formarse el modelo por lo que tenia lugar ordinariamente y con mas frecuencia; 2ª que la citada pluralidad de los jueces, al dictar una sentencia, estaria ya admitida, al compilarse las leyes de Partidas, pues la encontramos en la citada fórmula, sin que las mismas leyes la establezcan de intento, en otra parte alguna. Sin tratar, pues, de poner en duda lo dicho por Martinez Marina de que D. Enrique I en las Córtes de Toledo de 1371. fué quien organizó la llamada audiencia del Rey ó tribunal de la Córte, y de que no se habia este conocido antes de publicarse las Partidas; observarémos, empero que tal vez, antes del dicho año, existiría ya en la Córte algun supremo tribunal colegiado, en el cual debiesen reunirse dos votos por lo menos, en cada pleito para formar acuerdo: como se estableció tambien porteriormente en las citadas Córtes de Toledo: *que los juizios e cartas que dieren e libraren estos Oidores de nuestra audiencia, los juzguen e las den todos en uno, ó la mayor parte dellos, ó á los menos los dos dellos*; y en las de Segovia y Valladolid por D. Cárlos I y D.ª Juana, V. l. 28 tít. 1. lib. 5. Nov. Rec. La denominacion de *Oidores* que se da, en la ley de Partida, á los jueces de la Córte, es seguramente muy significativa; y posible era qué D. Enrique II hubiese tratado solamente de organizar ese superior tribunal colegiado, encontrándole ya establecido por el uso, aun antes de compilarse las Partidas que fueron *tomadas*, a su vez, *de los buenos fueros e de las buenas costumbres de Castiella e de Leon*. Quizas esos Oidores de la Casa del Rey fuesen los llamados *Sobrejuezes*, quienes, segun la l. 1. tít, 4 de esta Partida, eran puestos para oir las alçadas de los Jueces de la Corte, y quizás tambien fuesen ellos los que podian admitir las apelaciones, que podian intentarse inmediatamente por ante el Rey, de las sentencias de los Alcaldes ú ordinarios, sin acudir previamente al Adelantado y por una especie de avocacion, d. l. 18. tít. 23. P. 3.

Mas sea de todo esto lo que quiera, y fuese ó no

anterior á las Partidas, con este ó aquel nombre, el tribunal colegiado llamado la Audiencia del Rey; he aquí como, en pos de ella, fueron estableciéndose y organizándose las demás que bajo aquel propio título se han conservado hasta nuestros días. Por mucho tiempo anduvo la audiencia del Rey errante y siguiendo siempre á la Corte, cuando ejercia la jurisdiccion universal, y estensiva á los negocios de todo el Reino. Trasladóse despues de varias alternativas á Valladolid en el año 1489, en cuya época se le daba ya el nombre de Chancillería; y en el citado año, no solamente recibió una nueva organizacion, sinó que, por las Ordenanzas que publicaron los Reyes Católicos, quedaron considerablemente reducidas sus atribuciones. Creada la nueva Chancillería de Ciudad Real, fué trasladada esta á Granada por los mismos Reyes Católicos en 1505, y así fueron creándose despues las demás audiencias en donde no las habia y organizándose las que ya existian en los diversos Estados antes independientes, que se agregaron á la monarquía; como puede verse en los diez primeros títulos del lib. 5. Nov. Recop., hasta que en el año 1800 se publicaban ya disposiciones generales á todas las audiencias y chancillerías del reino. Así se iban uniformando estos tribunales superiores colegiados de las diferentes provincias, si bien conservaban aun cierta supremacía las dos chancillerías, que eran las sucesoras de la antigua y primitiva audiencia del Rey; y así (salvos los dos intervalos de 1812 y 1820) hubo de llegarse á 1835, en que se hizo la importante é indispensable reforma de todos los tribunales inferiores y superiores.

Hasta entónces, he aquí como se ejercia en todo el reino la jurisdiccion ordinaria; empezando por los alcaldes de barrio, quienes, además de la autoridad gubernativa que ejercian en sus distritos, eran una especie de jueces pedáneos encargados de formar las primeras diligencias en los casos criminales urgentes, ausiliándose de cualquier escribano, y de capturar á los delincuentes hallados en fragante delito, l. 10. tít. 22. lib. 3. l. 1. tít. 13. lib. 5. Nov. Recop. los alcaldes ordinarios, elegidos por los mismos vecinos en las poblaciones reducidas l. 9. tít. 16. lib. 11. y l. 9. tít. 35. lib. 12. Nov. Rec. y los alcaldes mayores nombrados por el Rey en los pueblos que pasaban de trescientos vecinos, eran los jueces ordinarios en sus respectivos distritos y decidian por consiguiente las causas civiles y criminales en 1ª instancia ll. 1. y 32. tít. 11. lib. 5. ll. 4 y 15. tít. 15. lib. 7. y otras muchas que fuera prolijo citar aquí, por hallarse diseminadas en diferentes tít. de la Nov. Recop. Los Corregidores ejercian, en los partidos que les estaban asignados, las mismas atribuciones judiciales que los alcaldes mayores en sus pueblos: y aun se servian de estos como asesores, cuando no eran letrados, en cuyo caso conocíase á los primeros bajo el nombre de *Corregidores de capa y espada*, si eran puramente políticos, y si reunian además el mando de las armas por el de *corregidores militares y políticos*. Las audiencias y chancillerías, que eran los tribunales ordinarios de apelacion, conocian tambien, en 1ª instancia, de los negocios llamados *casos de corte*, de los que se ha hablado en las notas 25 y sig. tít. 3. de esta part.; y de los cuales se habia abusado en tal manera, que la escepcion vino á ser la regla, y, convertidas casi las audiencias en tribunales ordinarios en todas las cuestiones de algun interés, veíanse los Corregidores y alcaldes mayores reducidos, en lo judicial, á los asuntos de poca ó ninguna consideracion. Las ciudades en que habia audiencia ó chancillería estaban además divididas en cuarteles ó distritos, y en cada uno de estos ejercian tambien la jurisdiccion ordinaria, en 1ª instancia, preventivamente con los Corregidores ó alcaldes mayores, uno de los *alcaldes de cuartel,* los cuales colectivamente formaban una de las salas del tribunal superior como se dirá mas adelante: l. 1. tít. 13. lib. 5. Nov. Recop. y lo propio se verificaba en Madrid, en donde eran tambien jueces ordinarios en 1ª instancia, los *alcaldes de casa y corte*, cada uno en su distrito, y colectivamente formaban la *quinta sala* del Consejo ó tribunal supremo l. 2. tít. 27. lib. 4. l. 9. tít. 21. lib. 3. l. 4. tít. 27. lib. 4. Nov. Rec. Habia tambien los alcaldes llamados de *la cuadra, de cuadrilla, de la mesta, de la hermandad, del rastro, de sacas* y otros ciento con atribuciones privativas, tan difíciles seguramente de conciliar en la práctica, como lo son sus nombres de combinar en la memoria.

Los tribunales ordinarios de apelacion de los Alcaldes mayores y de cuartel y de los Corregidores eran las Audiencias y Chancillerías, formando salas, entre las cuales estaba dividida la jurisdiccion en esta forma: la una de ellas conocia esclusivamente de los negocios criminales y componíanla los Alcaldes de cuartel ó del crímen, llamados así en contraposicion á los Oidores, que eran los ministros de las demás salas encargadas esclusivamente de lo civil. De las providencias de la una sala se interponia suplicacion por ante la otra, y en las mismas Audiencias ó Chancillerías terminaban, por punto general, todos los asuntos contenciosos; ll. 8. 10. y 13. tít. 20. lib. 11. l. 10. tít. 1. lib. 5. l. 1. tít. 1. lib. 4. l. 9. tít. 4. lib. 11. l. 1. y sig. tít. 12. y l. 1. tít. 13. lib. 5. Nov. Recop. Los Alcaldes de casa y corte formaban en Madrid, como se ha indicado, otro tribunal superior colegiado, que, dividido en dos salas ó secciones, era considerado como una fraccion y se llamaba la *quinta sala*

del Consejo. Conocia de las apelaciones interpuestas de las sentencias de dichos Alcaldes considerados individualmente como jueces ordinarios de sus distritos respectivos, en los negocios que no escedian de mil ducados, l. 4 y sig. tít. 27. lib. 4. Nov. Rec.

El Consejo real ó de Castilla era tambien tribunal de apelacion de los fallos de los Alcaldes de casa y corte, como jueces de distrito, en los negocios cuya cuantía escediese de mil ducados, l. 6. tít. 27. lib. 4. Nov. Recop.; y, en calidad de supremo tribunal del reino, además de los negocios que, por su gravedad, le estaban reservados en 1.ª instancia y que pueden verse en los tít. 5 y 6. lib. 4. Nov. Recop., conocia de los recursos de suplicacion y de injusticia notoria interpuestos de las sentencias proferidas por las Audiencias y Chancillerías, de las cuales se hablará al comentar las leyes del tít. 23. de esta Part. V. los tít. 22 y 23. lib. 11. Nov. Recop.

En el dia y despues de publicado el Reglam. prov. para la administracion de justicia, no hay otros jueces ordinarios que los letrados de 1.ª instancia, únicos competentes, cada uno en su partido, para conocer en la instancia sobredicha de todas las causas civiles y criminales que en él ocurran, salvos los casos de fuero privilegiado de los que se ha hablado en la nota 181. tít. 2. de esta Part.; y aun no falta quien pretende que por el art. 36 del Reglam. prov. hubo de quedar abolido el fuero privilegiado de estrangería y declarados sugetos tambien á la jurisdiccion ordinaria los súbditos de otras naciones que se hallen transeuntes: por no haberse hecho mencion, en d. art., de aquel fuero, como se hizo de los demás que quisieron esceptuarse; lo que, sin embargo, no hemos visto que, en la práctica, se observase. Los Alcaldes constitucionales son tambien jueces ordinarios de 1.ª instancia en los negocios civiles cuya entidad no pase de diez duros en la península é islas adyacentes y de treinta en Ultramar; en todos los que no hayan llegado á ser contenciosos y en los de esta clase que sean urgentísimos; y en los negocios criminales sobre injurias ó faltas livianas; y aun en las de gravedad para el efecto solamente de instruir las primeras diligencias á prevencion con los jueces letrados, donde los hubiere, arts 31. 32. 33. 34 y 36 de d. reglam.

Aumentado el número de las Audiencias, conservándose las que ya existian y habiéndose creado otras nuevas, inclusas la de Madrid que substituyó, en los negocios ordinarios, á la sala de Alcaldes de casa y corte, y la de Navarra al Consejo real y á la cámara de Comptos de Navarra, han venido á ser aquellos los únicos tribunales competentes para conocer, en 2.ª y 3.ª instancia, de todos los negocios civiles y criminales de que hayan conocido los jueces letrados de los partidos comprendidos en el territorio de cada Audiencia. Corresponde tambien á las mismas dirimir las competencias de jurisdiccion que se susciten entre los espresados jueces inferiores, y conocen finalmente en 1.ª y 2.ª instancia de las causas criminales formadas contra dichos jueces de partido por culpas ó delitos relativos al ejercicio de su jurisdiccion, ó contra los jueces inferiores eclesiásticos, cuando, por tales delitos, hubiere de juzgarles la jurisdiccion real: y de los recursos de fuerza y proteccion que se introduzcan de los tribunales eclesiásticos ordinarios: arts. 38. 58 y 59. Reglam. prov.

El supremo tribunal de justicia es el único que, con arreglo á las leyes, estiende su jurisdiccion á todo el reino, en lo que ha venido á substituir al antiguo Consejo Real, arts. 259. 260 y 261 de la Constitucion de 1812. Decreto de Cortes de 16 de setiembre de 1836. Sus principales atribuciones son: 1.ª dirimir las competencias que se susciten entre las audiencias ó entre estas y los jueces ordinarios ó entre los mismos jueces ordinarios cuando sean de distinto territorio y no estén sujetos por consiguiente á una misma audiencia ó entre las audiencias ó jueces inferiores y alguno de los tribunales especiales; 2.ª de los recursos de nulidad interpuestos de las ejecutorias de las audiencias, y de los de segunda suplicacion é injusticia notoria en los casos en que son estos admisibles; 3.ª de todos los asuntos contenciosos pertenecientes al real Patronato; 4.ª de las demandas sobre retencion de bulas ó breves apostólicos; de los recursos de fuerza de la Nunciatura y demás tribunales superiores eclesiásticos de la corte; 5.ª de las causas criminales que se formen contra los magistrados de los tribunales superiores por delitos relativos al ejercicio de sus cargos, ó contra los ministros y altos funcionarios de la corte por delitos comunes: y de otros varios negocios que, por su gravedad é importancia, le están encomendados por las leyes y que no es de nuestro intento enumerar aquí especificadamente; d. art. 261. real decreto de 4 de noviembre de 1838.

El conocimiento de las causas que se formen á los ministros responsables de la Corona por delitos relativos al ejercicio de las funciones que como á tales les corresponden, toca esclusivamente á las Cortes; y viniendo el caso de hacer efectiva la responsabilidad de aquellos, deberán ser acusados por el Congreso y juzgados por el Senado; art. 40 de la Constitucion de 1837.

Así las Audiencias como el tribunal supremo, además de los negocios contenciosos cuyo conocimiento les corresponde y de los cuales conocen divididos en salas, sin hacerse distincion entre lo civil y criminal, tienen además á su cargo todo lo relativo á la policía judicial, de la cual

TITULO V.

DE LOS PERSONEROS.

De las mayorales personas, sin quien non puede ser ningund juyzio, segun dixeron los Sabios, assi como del demandador, e del demandado, e del Judgador que los libre, auemos fablado assaz complidamente en los titulos ante deste. E agora queremos mostrar, de las otras personas que son como ayudadores. E porque las mas vegadas el demandador, o el demandado, non pueden, o non quieren venir por si mismos, a seguir sus pleytos ante los Judgadores, por algun embargo, o enojo que recelan de recebir ende; ha menester que pongan otros en sus lugares por Personeros (1), que les ayuden, e los sigan. E porende, queremos fablar en este titulo dellos. E primeramente mostrar, que cosa es Personero. E por que ha assi nome. E quien lo puede fazer. E qual lo puede ser. E en quales pleytos. E en que manera deue ser fecho. E que es lo que puede fazer el Personero. E como, e quando se acaba el oficio del.

deben cuidar constituidos en acuerdo pleno, hoy, en las Audiencias, las juntas gubernativas que las forman los Regentes y los presidentes de las salas. El supremo tribunal debe promover la administracion de justicia en todo el reino y velar muy cuidadosamente acerca de ella; tiene además una superior inspeccion sobre las Audiencias y estas la tienen sobre los jueces ordinarios de 1.ª instancia y los inferiores eclesiásticos que son considerados como subalternos de las mismas. V. regla 1. art. 90. Reglam. prov. §§. 10. y 11. art. 261. Constitucion de 1812. art. 92. Reglam.

Todos los jueces cada uno en su partido y las Audiencias en sus respectivos territorios son iguales en facultades é independientes entre sí; arts. 36 y 57. Reglam. prov. Pero cada uno de los referidos juzgados y tribunales tiene limitada su jurisdiccion al partido ó territorio que le está asignado, debiendo dirigirse por medio de exortos de igual á igual, ó de suplicatorias de inferior á superior, cuando ocurra practicar alguna diligencia ó acto judicial en territorio ó partido estraño. Los tribunales superiores no ejecutan sus fallos ó sentencias de vista ó de revista sino que las comunican á los jueces que han conocido en 1.ª instancia de los negocios á que aquellas se refieren, para su competente ejecucion.

Cuando algun juzgado ó tribunal debe practicar alguna diligencia ó acto judicial en pais estrangero, acostúmbrase dirigir exorto á la justicia del pueblo en donde debe aquella practicarse, cuando se trata de diligencias que no causan perjuicio ó no afectan á la seguridad personal, como emplazamientos, notificaciones y otras semejantes. Cuando, empero, en lo criminal, haya de procederse á la captura de algun reo que se halle en el estrangero, no es fácil reducir á reglas fijas los derechos y obligaciones que tienen recíprocamente los diversos Estados de reclamar y hacer la entrega ó estradicion de los súbditos respectivos que se hallen en aquel caso, por ser esta materia de derecho internacional que varia infinitamente con las relaciones de las potencias y depende siempre de los tratados existentes: siendo lo único que las leyes han podido prever en semejantes casos la forma con que debe procederse por los tribunales, y consiste en estender estos la reclamacion, acompañándola con un testimonio en que conste la naturaleza del delito, la gravedad de los cargos y todas las circunstancias indispensables, y dirigirla á la audiencia respectiva, la cual hallando completa la instruccion, ó completándola en otro caso, debe remitir las diligencias al ministerio de Gracia y Justicia con su informe motivado, para que el gobierno haga la reclamacion al de aquél pais en que se halla el reo. Circular del 10 de setiembre de 1839. Real Orden de 12 de abril de 1844.

(1) * Por derecho romano antiguo no se conocian los procuradores en lo judicial: y nadie podia comparecer en juicio, como actor ni demandado, sino personalmente, tít. 10. lib. 4. Instit. de Justiniano. La razon de esto era, de una parte, el estar prohibida la adquisicion de derechos por persona estraña, y el ser la sentencia judicial título lejítimo para adquirir, y de otra, las estipulaciones recíprocas que mediaban entre los litigantes antes de principiar el pleito, que no consentian la intervencion de un apoderado, no menos que las fórmulas llamadas *actiones legis* de que debian valerse indispensablemente los litigantes, y que únicamente podian usar los dueños del derecho que por medio de ellas se ejercitaba. V. Heinec. Antig. Rom. lib. 4. tít. 10. Vinn. *super Instit.* lib. 4. tít. 10. pr. y Dou, Derecho público lib. 3. tít. 1. cap. 1. §. 3. en donde citan las leyes que así lo disponian. La precision de litigar personalmente acarreaba gravísimos perjuicios; y por ellos hubieron de modificarse primero indirectamente, y derogarse despues las reglas primitivas. Los mismos jurisconsultos habian conseguido ya desvirtuarlas por medio de ficciones y sutilezas como era la de suponer al procurador (*dominus litis*) dueño del pleito, en cuyo concepto parecia accionar y escepcionar en nombre propio, y podia usar las fórmulas, estipular y adquirir lo mismo que su principal: y en este sentido, esto es, considerándoles como

LEY 1. *Que cosa es Personero, e que quier dezir.*

Personero (2) es aquel, que recabda, o faze algunos pleytos, o cosas agenas, por mandado del dueño dellas. E ha nome Personero, porque paresce, o esta en juyzio, o fuera del, en lugar de la persona de otri.

LEY 2. *Quien puede fazer Personero.*

Todo ome que fuere mayor de veinte y cinco años (3), e que non estouiere en poder de otri (4), assi como (*a*) de su padre, o de su Guardador, e fuere libre, e en su memoria (5), puede fazer Personero, sobre pleyto que le pertenezca. Empero casos señalados son, en que podria poner Personero, el que estouiesse en poder de su padre; assi como si ouiesse a auer pleyto, sobre cosa que perteneciesse al fijo tan solamente, e que non ouiesse el padre que ver en ella, que fuesse de aquellas que son llamadas castrense, vel quasi castrense peculium, segun dize en el titulo (6), que fabla del poder que han los padres sobre los fijos. Esso mismo seria, si el padre embiasse su fijo a Escuelas (7), o en otro camino (8), e le acaesciesse cosa, en yendo alla (*b*), o en seyendo, por que ouiesse de mouer pleyto contra otro, o otro contra el. O seyendo el fijo en el lugar do solia morar su padre, o en otro en que ouiesse algo, e non fuesse el padre en el lugar (9), o en la tierra, e acaeciesse tal cosa, por que ouiesse a mouer pleyto sobre ella por razon de su padre, en demandandola, o en defendiendola. Ca en qualquier destos casos sobre dichos, podria el fijo demandar, e dar Personero, tambien para demandar, como para defender las cosas, que le perteneciessen a su padre, o a el, cada que el padre non estouiesse delante. Pero en las cosas que perteneciesscen al padre, deue dar recabdo (10), que el padre aura por firme, lo que el, o su Personero fizieren. Otrosi de-

(*a*). de su padre ó de su madre ó de su guardador Tol. 2 B. R. 2.

(*b*). en yendo alla ó en viniendo ó en seyendo Acad.

dueños del pleito, hablan de los procuradores varios textos de derecho romano y singularmente la l. 4. §. 5. D. *de appellat.* y l. 4. §. 3. *de alienat. judic. mut. caus.*

Facultados despues los litigantes por la ley para presentarse en juicio por si ó por medio de procurador que les representase, tít. 10. lib. 4. pr. Inst. hubieron de ser inútiles aquellas ficciones, y sin objeto las disposiciones legales que en ellas se fundaban, sin embargo de lo que, y á pesar de estar espresamente consignado en las Partidas el principio de poder comparecer en juicio por medio de procurador, no han dejado de conservarse en las leyes de este tít. y mas particularmente en la Glos. de Greg. Lopez, algunas reminiscencias del derecho romano antiguo y consiguientes ficciones de los intérpretes; como observarémos en los lugares correspondientes, y hemos creido del caso advertir aquí para evitar toda mala intelijencia é inoportuna aplicacion de algunas disposiciones, que han caducado ya por no estar en consonancia con los principios adoptados por nuestra lejislacion.

(2) Concuerda l. 1. D. *de procurat.*

(3) Porque el menor de 25 años no puede nombrar procurador, [puede hacerlo con intervencion de su curador V. la l. próxima sig.] l. 11. y 14. C. *de procurat.* Specul. tít. *de procurat.* §. *ratione quoque*, versic. *itemque constituens erat minor.*

(4) Añád. l. 8. y 33. D. *de procurat.*

(5) Añád. Specul. lug. cit. versic. *item quod est constitutus* l. 40. D. *de regul. juris.*

(6) Tít. 17. Partid. 4. ll. 6 y 7. Vid. l. 2. D. *ad Maced.*

(7) Añád. l. 18. §. 1. D. *de jud.* y l. 17. §. 11. D. *de injuriis*, para cuya inteligencia véase á Paul. de Castr. sobre dicha ley 18. §. 1. y allí en la glosa lo que procederia, si el hijo fuese menor. Segun Bald. sobre la citada ley 18. §. 1., puede el hijo estando en *las escuelas* ser reconvenido delante del rector ó de otro juez, aun sin el consentimiento paterno. * Esta ley legitima tambien la persona del hijo *para mover pleito contra otro*, estando en *escuelas.*

(8) Por alguna negociacion ó por otro motivo; porque el caso está puesto por ejemplo. Bald. d. l. 18. §. 1.

(9) Y tampoco su procurador; pues, hallándose este presente, no fuera admitido el hijo; porque no se admite al pariente contra la voluntad de aquel á quien representa, como en la l. 40. §. ult. D. *de procurat.* l. 10. de este tít. y lo nota Specul. tít. *de conjuncta persona*, *versic. item quod agit.* Procede lo dicho cuando el procurador del padre quisiese accionar; pues rehusándolo este, podrán hacerlo el hijo ú otro pariente. d. Vid. d. l. 18. §. 1. *de judic.* l. 12. del mismo tít., y Paul de Castr. allí.

(10) Añád. l. 40. §. últ. D. *de procurat.* y la glosa allí; l. 12. C. del mismo tít. l. 10. de este tít. Paul. sobre d. l. 18. §. 1. D. *de judic.* distingue los casos en que el hijo accionando por su padre deberá ó no dar caucion *de rato.*

zimos, que Obispo por si, (*c*) en las cosas que a el (11) pertenescen, e Cabildo (12), e Conuento, e los maestres de las Cauallerias, con otorgamientos (13) de sus Conuentos, e los Concejos (14); que cada vno destos puede fazer Personero, en los pleytos que les pertenescen, en juyzio, e fuera de juyzio.

LEY 3. *Como el menor de xxv. años puede dar Personero por si, con consejo de su Guardador.*

Menor (15) de veynte e cinco años puede dar Personero por si en juyzio, con otorgamiento de su Guardador. E si por auentura el mismo lo diesse por si, non gelo otorgando su Guardador, si tal Personero fiziere alguna cosa en juyzio, que sea a pro del huerfano (16), vale. Mas si diessen juyzio contra el, o ficiessen alguna cosa que fuesse a su daño, por razon de aquella personeria, non valdria. E otrosi dezimos, que el Guardador non puede dar por si (17) Personero, para fazer demanda, o respuesta en juyzio por el huerfano, si el primeramente por su persona (*d*) non comiença el pleyto por demanda, e por respuesta. Mas despues que lo ouiere començado assi, bien lo puede fazer, si quisiere.

(*c*). en las cosas que a el pertenesciessen o al cabildo; et convento Acad.

(*d*). non comienza el pleito. Acad.

(11) Añád. cap. 9. *de procurat.* y Specul. tít. *de actore* fol. 7. versic. *breviter autem;* donde advierte que los obispos, abades y demás prelados pueden estar en juicio como actores ó reos sin el consentimiento del cabildo, de donde se infiere que las palabras: *Que á el pertenescen*; no impiden al obispo nombrar procurador para los negocios de su iglesia ó cabildo. Ni obsta el que estén separados los bienes entre el prelado y su cabildo, porque es siempre administrador de todos, aun de aquellos cuyos frutos ceden en beneficio del cabildo. A pesar de esto si el convento y cabildo tuviese nombrado para el seguimiento de sus causas algun Prior ó administrador ó encargado perpetuo ó temporal; ó si por privilejio ó por legitima costumbre estuvieren designados los negocios, en que debiesen accionar respectivamente el prelado y el cabildo, ó si de otro modo se hallase dividida entre los mismos la administracion; en todos estos casos deberia observarse lo ordenado por la ley ó la costumbre. Por lo demás, siempre que el prelado pueda reconvenir ó ser reconvenido, podria tambien elegir procurador, como lo prueba el cit. cap. 9. y lo nota Specul. tít. *de procurat.* §. *ratione* col. 1. versic. *porro.* Vid. Abb. y Doct. sobre el cap. 21. *de rescript.*; y añád. al mismo Abb. sobre el cit. cap. 9. *de procurat.* donde estiende lo dicho á cualquier beneficiado administrador de alguna iglesia: debiendo advertirse que todo lo dicho tiene lugar, aun antes de ser contestado el pleito: Abb. sob. el cap. 21. *de rescript.* col. 4.

(12) Entiéndase estando separados los bienes, pues siendo comunes, no podria hacerlo el cabildo sin el obispo cap. 9. *de judic.*

(13) Conforme con esta ley opinaba la glosa sobre el cap. 21. *de rescriptis*; pero Inocencio y los doctores generalmente, segun Abb., opinan que puede hacerlo el prelado sin consentimiento del cabildo. Sin embargo afirman el citado Inoc. y los doctores que lo prevenido en esta ley y la opinion de la Glosa procederian, cuando el prelado quisiese elejir procurador general y perpetuo, porque tal nombramiento se cuenta entre los negocios árduos, los cuales deben expedirse con consentimiento del cabildo. Tal vez puede decirse que la presente ley se referia, en esta parte, especialmente *á los maestres de las órdenes de caballeria*, de suerte que en las cosas de los conventos ó comunes no pudiesen aquellos elegir procurador sin el consentimiento de la comunidad; lo que debe tenerse presente.

(14) Añade la l. 1. §. 1. *Quod. cujusque univers. nom.* y l. 74. D. *de procurat.*—*Las corporaciones legítimas públicas ó privadas pueden defenderse ó accionar por medio de las personas que sus reglamentos ó estatutos autorizan ó por Pror. causidico constituido legalmente. V. ll. 3, 4 y 6. D. *quod. cujusq. univ. nom.* l. 7. tít. 2. lib. 7. N. R. debiendo notarse que aun cuando se haya facultado alguno para accionar en nombre de la corporacion, no podrá promover pleito nuevo sin acuerdo de la misma. L. 6. §. 1. del mismo tít.

(15) Concuerdan las ll. 11 y 14. C. *de procurat.*

(16) V. lo anotado á la ley 11. tít. 2. de esta Part. y véase tambien á Abb. sobre el cap. 21. *de judic.* col. penúlt. y últ. debiendo entenderse que no procede lo dispuesto en esta ley, cuando, opuesta la excepcion de menor edad, haya sido esta desestimada por el juez, puesto que de semejante providencia podria apelarse, quedando por lo mismo insubsistente y sin efecto, en beneficio de la menor edad: segun Bald. cap. 1. col. 3. *de rescript.* añád. Jas. sobre la citada l. 14. C. *de procurat.*

(17) Esto es, no puede nombrarlo por sí solo y sin intervencion del pupilo; podria, empero, nombrar un *actor*, como lo disponia la l. 11. C. *de procurat.* y V. la Glos. allí, y sobre el modo, como deberia hacerse el nombramiento de ese *actor*, V. la l. 96. tít. 18. de esta part, y lo que

LEY 4. *Como puede dar Personero por si, aquel a quien demandassen por sieruo.*

Andando algun ome por libre, e non biuiendo so poderio de otro, si alguno mouiesse (18) demanda contra el, demandandolo por sieruo, en tal pleyto como este bien podria fazer Personero por si, que lo defendiesse. Otrosi dezimos, que si (*e*) mouiesse (19) demanda contra otros, de dineros o de otra cosa qualquier, bien puede dar Personeros por si, para demandarlo en juyzio. E esto dezimos que puede fazer, despues que el pleyto en que lo demandauan por sieruo, fuere començado (20) por demanda, e respuesta. Mas el que andouiesse por sieruo, e estouiesse so poderio de otro, maguer quisiesse mouer pleyto (21) contra aquel que lo tiene en su poder, para salir de seruidumbre, diziendo que era libre; en tal caso como este dezimos, que como quier que podria razonar por si mismo, non podria dar otro por su Personero. Empero quando tal pleyto acaesciere, deue el Judgador apremiar al que el tal ome touiesse en su poder, que se pare a derecho con el, e tomar del tal segurança (22) por que el otro pueda seguramente demandar, e razonar su derecho. Otrosi dezimos, que si algun su pariente (23) quisiesse razonar por el sieruo, diziendo (*f*) por derecho que deue ser libre, que lo puede fazer, maguer el otro non lo fiziesse señaladamente su Personero. E aun tanto encarecieron los Sabios la libertad, que non tan solamente touieron por bien, que los parientes pudiessen razonar, por aquel que touiessen a tuerto por sieruo, sin carta de personeria; mas aun otro estraño qualquier, que lo pudiesse fazer, maguer non fuesse su pariente: porque todos los derechos del mundo (24) siempre ayudaron a la libertad.

(*e*) hobiese Acad.

(*f*), que debe por derecho seer libre Acad.

allí se dirá. —* He aquí una de las disposiciones que, como hemos dicho en la nota 1, de este tít. se resienten de las sutilezas del derecho romano, por el cual estaba prohibido á los tutores y curadores el nombrar procurador judicial, por la razon de que, haciéndose este *dueño del pleito*, hubiera venido á ser el nombramiento una especie de enagenacion, para la cual no estaba facultado el curador. Toda la diferencia entre el *actor* y el *procurador* consistia, segun d. l. 96., en que al primero se le nombraba especialmente para un negocio determinado, espresándose en la escritura la causa que impedia al curador comparecer personalmente en juicio, y obligando este sus bienes propios á las resultas del nombramiento, esto es, á la reparacion de los perjuicios que se ocasionasen al pupilo, por culpa ó engaño del procurador nombrado. Mas en el dia, como advierte oportunamente Sala, Derecho Real de España tom. 2. lib. 3. tít. 3. nº 8., ha dejado de atenderse á todas estas formalidades, y se admiten sin dificultad los procuradores generales para pleitos nombrados por los tutores y curadores, sin que estos, en la escritura de poder, hayan de espresar la causa, ni obligar sus bienes propios, los que de otra parte están obligados generalmente á las resultas de su administracion; y se permite á los procuradores así nombrados no solamente seguir los pleitos de los pupilos, sino tambien comenzarlos por demanda ó contestacion.

(18) La presente ley toma su orígen de la l. 33. D. *de procur.* y de la l. 1, C. *de aessrt. tollend.* las que pueden verse.

(19) Esto es; el que en otro juicio fuese demandado por siervo; debiendo advertirse que aquí se limita la ley 5. C. *de ordin. cognit.* —* en cuanto se dispuso en esta que no se apremiase al deudor por el pago, mientras fuese incierto el estado del demandante, ó mientras no se hubiese declarado si este era libre ó siervo.

(20) Porque una vez contestado el pleito, se reputa libre como en la l. 24. D. *de liber. caus.* l. 14. C. del mismo título. Concuerda la l. 33. D. *de procurat.* §. 1. donde se indica que si el presunto siervo proclamase su libertad, despues de contestar la causa liberal, puede ó por sí ó por procurador poner demanda contra otro. —* No creemos que actualmente fuese necesaria la contestacion del pleito para poder nombrar procurador el demandado por siervo, fundándonos en las razones manifestadas en la nota 17.

(21) Concuerda la l. 1. C. *de assert. toll.*

(22) Nótese lo dispuesto por esta ley que no recordamos haberlo visto prevenido por el derecho comun.

(23) Añád. l. 1. hasta la 6 inclusive D. *de liberal. caus.* las que declara y estiende la presente. —* V. sobre lo dispuesto aquí, la adicion á las notas 20. y 17.

(24) Añád. l. 18. tít. 22. de esta Part. l. 22. tít. 9. Part. 6. pudiendo verse otras muchas disposiciones á favor de la libertad en las ll. 13. §. 4. l. 14. D. *de milit. testam.* l. 11. D. *jur. codic.* l. 1. C. *de vindic. lib.* l. 1. C. *de testam manumis.* l. 32 y 38. D. *de manumis testam.* l. 81. D. *de cond. et de demonstr.* segun la entiende Bald. allí y sobre el mismo tít. l. 94. D. *de procurat.* l. 25. §. 3. D. *ad Trebell.* con la distincion que esplica Bart. allí. Añade la ley 53. D. *ad Trebell.* y allí la Glos. l. 31. tít. 9. Part. 6. l. 11. D. *de option. leg.* l. 38 §. 3. D. *de liberal. caus.* segun Ludovic. Roman.

LEY 5. *Quien puede ser Personero, e a quien es defendido que lo non sea.*

Ser puede (25) Personero por otri, todo ome a quien non es defendido por alguna de las leyes deste nuestro libro. E aquellos (26) a quien lo defienden son estos: el menor (27) de veynte e cinco años, e el loco, e el desmemoriado, e el mudo (28), e el que es sordo de todo, e el que fuesse acusado sobre algun gran yerro (29), en quanto durasse la acusacion. Otrosi dezimos, que muger non puede ser Personera en juyzio por otri. Fueras ende por sus parientes (30) que suben, o deciendén por la liña derecha, que fuessen viejos, o enfermos, o embargados mucho en otra manera. E esto, quando no ouiesse otri, en quien se pudiessen fiar, que razonasse por ellos. E aun dezimos, que puede la muger ser Personera para librar sus parientes de seruidumbre (31), e tomar e seguir alçada de juyzio de muerte, que fuesse dado contra alguno (32) dellos. Otrosi dezimos, que el que fuesse de alguna Orden de Religion (33) non puede ser Personero, si non sobre pleyto que pertenezca a aquella Orden, de que el mismo es. E aun estonce deuelo fazer con mandado de su Mayoral, a quien es tenudo de obedecer. Otrosi el Clerigo (34) que fuesse ordenado de Epistola, o dende arriba, non puede ser Per-

en la l. 14. *de verbor. obligat.* aunque Jas. allí col. penúlt. pretende que nada se dispone en dicha ley á favor de la libertad. L. 4. D. *manumis vind.* l. 16. y 17. D. *de manumis. testam.* l. 47. del mismo tít. l. 39. §. 1. D. *de fideicommis. libert.* Y en caso de duda debe entenderse la sentencia á favor de la libertad l. 50. D. *de procurat.* l. 58. D. *manumis. testam.* l. 15. D. *de adm. legat.* l. 25. §. 2. D. *ad Trebell.* y allí Paul. Vid. Bald. sobre la ley 1. C. *si secundó nupt. mul.* y l. 11. C. *de testam. milit.* y Vid. lo que se espresa en el canon. 68. caus. 2. §. 2. y allí la Glos. Añád. otro caso de la l. 4. C. *vi advers. libert.* l. 6. tít. últ. Part. 6.

(25) Añád. l. 43. §. 1. D. *de procurat.* lib. 4. tít. 10. §. 1. Instit. *de his per quos ag. poss.*

(26) Siempre que hay cuestion sobre la validez de un poder, por inhabilidad del apoderado, incumbe hacer la prueba á aquel que lo impugnare Bald. en d. l. 43. §. 1.

(27) V. Specul. tít. *de procurat* §. 1. vers. *ítem quod est minor.* y allí lo añadido por Juan Andr.

(28) ¿El ciego podrá ser procurador? Parece podrá serlo á tenor de lo prevenido en el principio de esta ley, á pesar de disponer lo contrario la l. 1. §. 5. D. *de postuland.* y conformes con ella opinan Jacob. de Rav. y Alber. sobre la ley 43. princ. D. *de procurat.*

(29) Apruébase la opinion de los que estienden solo á los acusados por delito capital lo prevenido en la l. 6. C. *de procurat.*: aunque Bart. y Alberic. y otros pretendian, (y esta, segun refiere Jason allí, era la opinion comun) que debia decirse lo mismo de los reos de cualquier delito. Sobre si la infamia constituye tambien inhabilidad para ser procurador, V. lo dispuesto en el §. últ. tít. 13. lib. 4. instit. donde Juan Fabr. referidas las opiniones sobre la materia, dice, que no se admite al procurador *infame* constituido por un eclesiástico; ni aunque lo fuere por un lego ó secular, siendo la infamia *grave* y notoria, porque cesa en este caso la razon del §. citado; podrán serlo, empero, por estos últimos, los que no sean notoriamente infames; admitiéndose sin embargo cuando no fuese notorio aquel defecto y añade al fin; que los Doctores y Licenciados se infaman aceptando el cargo de procuradores, como no lo sean por el rey ó por algun gran señor. V. sobre lo dicho á Ang. allí, y á Bald. en la l. 2. *de senat.* no pudiendo, por lo demás dudarse que esta ley de Part. admite el procurador aunque sea infame, puesto que, por serlo, no se le escluye, antes, á pesar de ello, le admite espresamente la l. penúlt. tít. 6. P. 7. En los tribunales de la corte, empero, no podrian ser procuradores los infames por estarles prohibido el presentarse al Príncipe, segun Bald. al cap. unic. *de illo qui interfecit fratrem domini sui.* — *Sobre lo que esplica aqui el Glosador y demás circunstancias que inhabilitan para ser procurador, en lo judicial, deberá hoy atenderse principalmente á lo dispuesto en las Ordenanzas de las audiencias en cuyo art. 202 se previene que no puedan proponerse para procuradores de las mismas sino sujetos de probidad y buena reputacion, con lo cual parece deberán entenderse escluidos los infames, y V. tambien el art. 61 del reglam. de los juzgados de primera instancia.

(30) V. l. 41. D. *de procurat.* en donde opina Alberic. que ni aun de su marido puede ser procuradora la muger.

(31) V. l. 13. D. *de liberal. caus.*

(32) Sea cual fuere el pariente; conforme á la opinion de Specul. tít. *de procurat.* §. 1. vers. *item quod est mulier.* Y sobre si en estos casos deberá, siendo el pariente una muger, renunciar al Senado consulto Velleyano, V. Jas. á la l. 18. C. *de procurat.*

(33) Añad. Specul. tít. *de procurat.* §. 1. col. antepenúl. vers. *item quod est monachus* — * Concuerda la l. 1. tít. 27. lib. 1. Nov. Recop.

(34) Añád. Specul. tít. *de procurat.* §. 1 col. antepenúlt. vers. *item quod est Episcopus*; donde puede verse lo que deberá decirse en el caso de ser el clérigo beneficiado, siendo digno de notarse lo dispuesto en esta ley, á saber que el clé-

sonero. Fueras ende en pleyto de su Eglesia, o de su Perlado, o de su Rey. E aun dezimos, que el sieruo non puede ser Personero en juyzio por otri. Fueras ende, si fuesse sieruo del Rey (35). Mas para recabdar otras cosas fuera de juyzio que pertenezcan a su pejugar, o a su Señor, bien lo puede ser. Otrosi dezimos, que maguer demandassen a alguno por sieruo en juyzio, que andouiesse (*g*) como por libre (36), que este tal bien puede ser Personero por otri.

LEY 6. *Como los Caualleros que estouiessen en Frontera, o andouiessen en seruicio del Rey, non pueden ser Personeros por otri.*

Caualleros (37) asoldadados, que estouiessen en seruicio del Rey, o de otros sus Señores en frontera, o en otro lugar, non puede ninguno dellos ser Personero por otro en juyzio, en todo el tiempo que estouiessen por mandado de sus Señores, en el lugar do les mandassen. Fueras ende, si lo ouiesse alguno dellos a ser, sobre cosa que perteneciesse a toda aquella Caualleria (38). Empero despues que se partiessen (39) de aquel logar do fuessen puestos, e se fuessen para sus casas, en morando y; bien lo puede todo Cauallero ser, Personero por otri, si quisiesse el. E los otros todos que morassen en sus casas, et que non estouiessen señaladamente en seruicio de Señor, assi como sobredicho es. Esso mismo dezimos de los Caualleros, que andouiessen en la Corte (40) del Rey, faziendo algun seruicio señalado, que non puede ninguno dellos ser Personero por otri, en quanto y andouiere. E esto es defendido, porque se non embargasse el seruicio del Señor por razon de tales personerias. E otrosi, porque non destoruassen (41) a los otros, metiendolos en costa, por razon del poderio, e de la conoscencia que han con los de la Corte.

LEY 7. *En que cosas puede el Cauallero ser Personero por otri.*

Maguer diximos en la ley ante desta, que el Cauallero que estouiesse en seruicio del Rey, o de otro su Señor, nin el que andouiesse en la Corte non podria ser Personero por otri, tres razones son, en que lo podria ser. E la primera es, por librar algund su pariente de seruidumbre (42), a quien demandasse alguno en juyzio por sieruo. E la segunda, para defender, e escusar a derecho a todo ome a quien ouiessen judgado tortizeramente (43) a muerte, teniendolo preso, e non lo queriendo (*h*) oyr. E la tercera (44) si el Cauallero fuesse puesto por Personero en algun pleyto, e la parte contra quien fuesse dado, començasse por su plazer el pleyto con el por demanda e por respuesta, non lo desechando. Ca dende adelante non lo podria desechar, maguer quisiesse; ante dezimos, que deue ser Personero del pleyto, fasta que sea encimado.

LEY 8. *Quales Oficiales del Rey non pueden ser Personeros por otri en la Corte.*

Los adelantados (45), nin los Judgadores, nin

(*g*). por libre et por nombre de libre Tol. 1. Esc. 1. 2. y 4.

(*h*). dar B. R. 2.

rigo puede ser procurador en *pleito de su Rey* y en las causas eclesiásticas y tambien en las seculares, siempre que dependan de alguna eclesiástica, de forma que no puedan separarse sin dividir su continencia. — * V. l. 2. tít. 27. lib. 1 y tambien la l. 5. tít. 22. lib. 5. Nov. Recop. citada por Sala lib. 3. tít. 3. nº9. Derecho real de España.

(35) Añád. l. últ. C. *ubi causæ fisc.* y l. 9. tít. 2. de esta Part.

(36) Nótese para inteligencia de lo dicho aquí la l. 33. §. 1. D. *de procur.*; pues procede lo prevenido en la presente, cuando el siervo está en posesion de su libertad.

(37) Concuerda l. 54. D. ll. 9. 13 y 15. C. *de procur.* V. Specul. d. tít. §. 1. col. antepenúlt.

(38) Conc. l. 8. §. 2. D. *de procur.* debiendo notarse estas palabras *toda aquella cavalleria*, las cuales, segun Ang. y Paul. en d. §. 2., prueban que ni aun puede un caballero ó militar ser procurador por uno de sus compañeros ó por un *tercio* ó escuadron de la órden. Lo contrario, empero, pretende la Glos. de la l. 7. C. *de procur.*

(39) Conc. d. l. 8. §. 2. C. *de procur.* y V. l. 3. §. 1. *de liberal. caus.* la que permite á los militares ser procuradores por sus parientes ó allegados en las causas liberales; y lo mismo la l. prox. sig.

(40) Añád. l. 34. C. *de decurion.*

(41) V. l. 1. C. *de liceat. potent.* en la cual se prohibe nombrar procurador á un poderoso, bajo pena de perder la causa el que lo hiciere: mas no incurre en dicha pena el que nombra á un pariente aunque mas poderoso, segun Fulgos. Paul. y Jas. y Anton de Alex. allí, contra la opinion de la Glos. Bart. Ang. Salic. y Alex.

(42) Conc. l. 3. §. 1. D. *de liber. caus.*

(43) V. l. 6. D. *de appell.*

(44) Conc. l. 13. C. *de procur.*

(45) Conc. l. 1. C. *ne liceat potent.*, V. l. ante-

los escriuanos mayores de la Corte del Rey, nin los otros Oficiales, que son poderosos por razon de sus oficios, non pueden ser Personeros por otri en ningun pleyto en la Corte del Rey. Fueras ende, si lo ouiessen de ser, sobre alguna de las tres cosas que diximos en la ley ante de esta. E esto defendemos por dos razones. La vna, porque se non embargue aquello que son tenudos de fazer de sus oficios, por ser ellos Personeros de otri. La otra, porque pueden meter en grandes costas, e trabajos, a los omes contra quien fuessen fechos Personeros, alongandoles los pleytos, por razon del poder (46) que han en la Corte, por los oficios que tienen, assi como de suso diximos.

LEY 9. *Que los que van en mandaderia, non pueden ser Personeros de otri.*

Ome que fuesse dado para yr en mandaderia del Rey, o pro comunal de su Concejo, o de su tierra, desque ouiere otorgado de yr en la mandaderia, non puede ser Personero por otri, en ningund pleyto, en aquel logar onde lo embian (47), nin (*i*) en otro, fasta que torne de la mandaderia. E esto, porque se non estorue (48) porende, en aquello porque lo embian, entendiendo en pleytos agenos, e dexando aquello, en que principalmente deue entender.

(*i*). en el otro do va Acad.

rior y l. 16. tít. 10. lib. 1. *Fuero de las leyes*. Mas debe advertirse que esta nuestra ley aquí no señala pena alguna contra el infractor, como lo hacia la l. citada; por lo que deberá tal vez decirse que no tendrá en el dia lugar la pena allí señalada, esto es la pérdida de la causa; y sí únicamente deberá repelerse al poderoso que hubiere sido nombrado procurador. ¿Qué seria, empero, en el caso de seguirse el pleito contra un litigante igualmente poderoso? V. Paul. allí y añád. l. 7. tít. 1. lib. 2. del *Fuero de las leyes* y l. 2. del mismo tít. hácia el fin. Y sobre lo que acaba de decirse en órden á no tener lugar en el dia la pena de d. l. 1. V. l. 16. tít. 7. de esta part. y lo anotado allí.

(46) Es natural á los poderosos oprimir á los débiles: V. Juan de Plat. á la l. 1. C. *de caus. et censit.* y los jueces favorecen quizás á los poderosos mas que á los otros que reclaman justicia. V. cap. 3. pr. vers. *si vero ille* tít. 24. Nov. 68. col. 5.

(47) Nótese esta disposicion, que no era tan esplícita por derecho comun, como se ve en la l. 54. D. *de procur.*

(48) Nótese la razon en que nuestra ley se funda; distinta de la que señalaba Ang. en d. l. 54. á saber la de que el ausente por causa de la república podria declinar el fuero y gozaria del beneficio de restitucion, por lo que no se le consideraba idóneo para defensor. —* En esta ley y en las cuatro precedentes se enumeran las personas á quienes estaba prohibido obtener el cargo de procurador, quedando por consiguiente hábiles para desempeñarlo todas las no esceptuadas. Mas como la libre facultad de presentarse y gestionar en juicio toda clase de personas en nombre y representacion de los litigantes hubiese forzosamente de producir grande confusion y embarazo; fué necesario establecer un número determinado de procuradores para cada tribunal, y así se hizo en las Audiencias, en las que se formaron despues los colegios de procuradores, con facultad esclusiva en sus individuos de ejercer el oficio; á cuyo fin en la l. 1. tít. 31. lib. 5. Nov. Recop. se ordena que en las Audiencias *ninguna persona haga auto, ni de peticion ni se resciba*, si no fuere de los procuradores del número, examinados, declarados hábiles y juramentados por el presidente y oidores respectivos: y que el que sin los espresados requisitos ejerciere dicho oficio, no pueda ser mas procurador de causas ante Juez. Algunos han pretendido que, por las palabras de la ley recopilada que se acaban de transcribir, no solo debia entenderse ser esclusivo de los procuradores de número el representar á los litigantes en juicio, sino que era en estos obligatorio el valerse de los primeros, de suerte que no pudiesen gestionar en las Audiencias personalmente. Parécenos, empero, que no fué este el espíritu de aquella ley, sino que como observan oportunamente los SS. Goyena y Aguirre §. 4333 sec. 10. tít. 62. Febrero ilustrado, se quiso únicamente disponer con ella que debiesen los litigantes valerse de procuradores de número en el caso de parecer á juicio por apoderado, sin quitarles por esto la facultad de hacerlo personalmente. Y en tanto debe entenderse así, como que en las ll. 1 y 2. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop. publicadas por los mismos católicos reyes, que fueron los autores de la antes citada, se reconoce esplícitamente en las partes interesadas la facultad de comparecer por sí, aun en las Audiencias y hasta en el Consejo. En la práctica, sin embargo, ha prevalecido la opinion de ser forzosa en las Audiencias la asistencia de procurador de número, y únicamente en las apelaciones de los pleitos de menor cuantía se permite á los interesados acudir por sí mismos al tribunal superior, por prevenirlo así espresamente la ley de 10 enero 1838. En los juzgados inferiores ó de primera instancia se ha considerado de libre facultad de los litigantes el comparecer por sí ó por medio de procurador, y de valerse en

LEY 10. *Que personas pueden demandar, e responder, vnos por otros, sin carta de personeria.*

Ningun ome (49) non puede tomar poder por si mismo, para ser Personero de otri, nin para fazer demanda por el en juyzio, sin otorgamiento de aquel cuyo es el pleyto. Fueras ende (*j*) por personas señaladas, assi como marido por muger (50), o pariente por pariente fasta el quarto grado (51), o por otros quel perteneciessen por

(*j*). personas señaladas. Acad.

este último caso de cualesquiera personas mientras no fuesen de las esceptuadas en las cinco leyes antecedentes. Por el art. 6. y sig. del reglam. para los juzgados de primera instancia se ha reducido á cuatro el número de procuradores en los de entrada y ascenso y á seis en los de término salvas las variaciones que crean conveniente introducir las juntas gubernativas de las Audiencias las que además están facultadas para llenar las vacantes que ocurran á propuesta de los Jueces inferiores, debiendo los nombrados ser mayores de 25 años y tener dos de práctica y prestar fianza por la cantidad que señalen las mismas juntas de gobierno. Y lo mismo que la de la ley recopilada, ha dado lugar esa disposicion del reglamento á que algunos creyeran ser tambien obligatorio en los juzgados comparecer por medio de procurador: pero erradamente en nuestro concepto; puesto que lo único que se ha querido prohibir ha sido el que los litigantes se valiesen de procuradores que no fuesen de los de número, sin quitarles, por esto, la facultad de parecer y gestionar en juicio personalmente.

(49) Añád. l. 6. §. 12. D. y l. 20. C. *de negot. gest.* — * Y no solo para hacer constar ese otorgamiento del principal interesado debe el procurador exhibir los poderes, sino que deben estos unirse al proceso en méritos del cual haya aquel comparecido, y ser firmados por letrado, con nota de ser bastantes y arreglados á derecho. V. notas 4 y 6. tít. 3. de esta part. y l. 3. tít. 3. lib. 11 l. 5. tít. 21. lib. 4. Nov. Recop.

(50) Aunque el marido lo sea putativo ó presunto, segun Alber. en la l. 21. C. *de procurat.*, cuyo parecer nos place mas que el de Jason, que sostiene allí lo contrario. El mismo Alber. lo estiende al esposo de presente; mas no debe decirse otro tanto del enamorado *amasio*, y lo propio pretende Ang. en la l. 35 D. *de procurat.* No se admite, empero, á la muger por el marido, por ser mas propio de ella el ser defendida por este, que no el defenderle, l. 2. D. *de injur.* y así opinan tambien Jacob. de Rav. y Alber. en la l. 41. D. *de procurat.*

(51) Esta ley aprueba la opinion de Guid. de Suza, sostenida tambien por Alber. en la l. 35. D. d. tít. Era, empero, mas válida por derecho comun la de que se admitian los parientes hasta el décimo grado. Padres por hijos é hijos por padres son admitidos hasta el infinito, segun la la Glos. y los DD. allí; y sobre si se admitirá al que trate de defender á su pariente, siendo menor de edad, V. á Specul. tít. *de conjunct. pers.* col. 3. donde se inclina á la afirmativa; y lo mismo pretende Ang. en d. l. 35. citando la l. 27. D. *de minor.* [en la cual se dispone que el padre puede pedir la restitucion en nombre de su hijo menor y sin el consentimiento de este, por tratar tambien de su interés propio, que lo tiene en los peculios; pero que no pueden hacerlo los demás parientes y afines sin dicho consentimiento; á menos que se trate de un menor que por su conducta haya merecido la interdiccion de sus bienes]. Nótese, empero, que ningun es lícito puede vender ni enagenar cosas de su pariente, l. últ. y Paul. allí D. *pro emptore*; ni pueden hacersele pagos, l. 1. y sig. D. *ut legat. nom. cav.* y V. Bart. á la l. 12. D. *de solut.*: debiendo añadir que aunque se admite al pariente, mas no se le llama procurador, segun la Glos. de d. l. 35. y en este concepto, contestado el pleito no podria nombrar á otro en calidad de tal; sobre lo que V. á Alber. quien dice haber sostenido Jacob de Rav. lo contrario. En las reales Audiencias no se admite á los parientes, por no poder gestionar en ellas mas que los procuradores de número, los cuales necesitan tener poderes, y no teniéndolos, si intentaren alguna peticion, se les obliga á prestar caucion de presentarlos dentro de cierto tiempo con la ratificacion de parte de su principal de todo lo que entretanto se hubiere practicado; cuya práctica está tambien vigente en la curia romana, como refiere Abb. cap. 3. col. 3. *de offic. et potest. jud. deleg.* En órden á los que, sin ser parientes, están unidos por algun vínculo civil como los monges, canónigos y otros, V. Abb. cap. *cum dilectus* col. 3. *de consuet.* y cap. últ. col. 2. *de postulando.* Cuando se trata de evitar algun leve perjuicio, se admite á los parientes, aun en aquellos asuntos para los cuales se requiere poder especial; V. Abb. cap. *constitutus* col. penúlt. *de in integr. rest.* Pueden aquellos asimismo acudir al pretor, para conseguir ó facilitar el matrimonio de una consanguínea, cuando media negligencia de parte del padre, l. 22. §. 8. D. *solut. matr.* y Bald. en el nuevo tratado *de dote* fol. 14. col. 4. Pero debe advertirse que no puede obligarse á aquel en cuya defensa haya gestionado su pariente á aprobar y ratificar lo practicado por este, ni le perjudica la sentencia que tal vez se hubiere proferido. V. Glos. de la l. 1. C. *quib. res jud. non noc.* y añad. Alber. en d. l. 35. — * Sin em-

razon de casamiento (52), assi como por su suegro, o por su yerno, o por su cuñado; o por ome con quien ouiesse deudo, o por razon de aforramiento (53). Ca cualquier destos sobredichos puede fazer demanda en juyzio, vno por otro; maguer non touiessse carta de personeria del. Fueras ende, si fuesse cierta cosa, que el queria fazer demanda, contra voluntad (54) de aquel en cuyo nome demandaua. Esso mismo dezimos (55) de los que fueren herederos, o aparceros de vna misma heredad, o de otra cosa que les pertenezca comunalmente. Pero cada vna destas personas de suso dichas, antes que entren en juyzio, deuen dar recabdo por fiadores (56), so cierta pena, que fara, e guisara de manera, que aquel por quien faze la demanda, aura por firme, quanto se razonare, o se fiziere, o se judgare en aquel pleyto. E si el otro non quisiesse estar por ello, que el, e los fiadores pechen al demandado, la pena que y fuere puesta. E dando este recabdo a la otra parte, demandandogelo ante que el pleyto fuesse començado (57) por respuesta, deue ser cabida su demanda. Ca si despues que fuesse començado el pleyto, le demandasse tal recabdo, non seria tenudo de gelo dar. E esto que de suso diximos, auria logar, quando vno quisiesse demandar por otro en juyzio; mas para responder, e defender por otro (58), a quien ouiessen emplazado, e non fuesse adelante, todo ome lo puede fazer en juyzio, maguer non sea su pa-

bargo, los parientes que sín tener poder, quieren accionar en nombre de sus parientes, están obligados á asumirse tambien la defensa de estos en aquellos negocios en los que sean convenidos: de otro modo no se les permite defenderlos en calidad de demandantes; l. 33. §. 4 y ll. sig. D. *de procurat.*

(52) Véase por esta ley cuales son los afines que pueden salir á la defensa unos de otros. Por derecho comun, segun Inoc. cap. *nonnulli, de rescript.* y Ang en d. l. 35. solo se admitia á los afines por línea recta, como al suegro, nuero, no á los que lo eran por línea transversal. Nuestra ley, empero, lo estiende tambien al cuñado, y aun esta disposicion es esplicada por Jas. en la l. 12. C. d. tít. con cuatro ampliaciones y diez y siete limitaciones que pueden verse allí. Dudábase tambien de si podia salirse á la defensa de un amigo como lo refiere Jas. en el lugar citado. Mas, como nuestra ley no habla de esto, parece que no deberá admitírsele por mas amigo que fuere.

(53) Añád. d. l. 35. vers. *et liberti* D. *de procurat.*

(54) Añád. Specul. tít. *de conjunct. pers.* donde dice que deben entenderse inhibidos los parientes de asumirse la defensa en aquellos pleitos, para los cuales el pariente interesado dejó nombrado procurador: á menos que este se rehusase á gestionar, en cuyo caso se admitirá á los primeros, como se dijo á la ley 2. de este tít.

(55) Como la presente ley dispone que no solo los parientes sino tambien los condueños ó comuneros puedan defenderse unos á otros en juicio sin necesidad de poder y como habla despues en general al disponer que á dichos defensores pueda exigirseles caucion antes, pero no despues de contestado el pleito, parece inferirse de aquí que unos y otros podrán ser admitidos antes de tener lugar de contestacion, puesto que para este caso se les declara obligados á afianzar: lo contrario sostenian indistintamente los DD. por derecho comun, á saber que solo se les admitia despues de contestado el pleito, fundándose en la l. 2. C. *de consort. ejusd. lit.* Hace á este propósito lo que dice Alber. á d. l. 35. D. *de procurat.* esto es que al pariente se le admite aun antes de la contestacion; añadiendo que así se observa: y disponiendo esta ley que lo mismo deba entenderse con los parientes que con los comuneros, parece que todos deberán ser admitidos sin distincion antes y despues de contestado el pleito. Por lo que hace al comunero, puede verse á Paul. de Castr. en d. l. 12. y á Felin. cap. *cum M. Fer. de constit.* col. 4. 5. y 6. donde esplican las limitaciones con que se le debe admitir.

(56) Por ser estas de las llamadas estipulaciones pretorias, en las cuales se requiere fiador, ll. 1. y 7. D. *de præt. stipul.*, añád. l. 21. C. *de procurat.*

(57) Añád. l. 49. D. *de procurat.*

(58) Añád. l. 12. C. *de procur.* l. 23. D. *de solut.* y Bart. allí, Specul. tít *de defensor.* y Juan Andr. allí *in addit.* Y sobre si á los que pueden asumirse la defensa de otros, siendo estos convenidos, podrá permitírseles el que lo hagan, cuando á ello se opusiere el demandante, V. la Glos. del cap. 1. *de procurat.* y Abb. cap. 12. d. tít. col. últ. y Bart. á d. l. 23. D. *de solut.* donde trata tambien de si un defensor puede constituir á otro antes de la contestacion del pleito, y de si en este estado puede renunciar la defensa. Bald. á la l. 2. C. *de fruct. et lit. exp.* esplica el modo como se procede y se estiende la sentencia contra el defensor, y trata de si puede contra este procederse á la ejecucion, y como puede jurar de calumnia; añadiendo que para la defensa de un tercero puede hacerse valer el mismo derecho de que se valdria el interesado, si estuviere presente. ¿La confesion de este puede perjudicar al defensor? V.

riente, nin tenga carta de personeria del; dando recabdo (59), que el otro lo aura por firme, lo que fuere fecho en juyzio, e pagara lo que fuere judgado.

LEY 11. *Quales personas honrradas non deuen razonar por si mismos sus pleytos, mas deuen dar Personeros que razonen en sus logares.*

Rey, o fijo de Rey, o Arçobispo, o Obispo (60), o Rico ome, o Señor de Caualleros (61), que touiesse tierra del Rey, o maestre de alguna Orden, o Gran Comendador (62), o otro ome honrrado de Villa, que tenga logar señalado (63) del Rey, non deue entrar en pleyto, para razonar por si en juyzio, con otros que fuessen menores que ellos. Fueras ende, si lo ouiesse de fazer alguno, sobre pleyto que tanxesse a su fama, o a su persona, a que dizen en latin pleyto criminal. Mas en los otros pleytos que fuessen de heredad, o de haber, deuen dar Personeros, que razonen por ellos. E esto por dos razones (64). La vna, porque podria ser, que en razonando el otro menor por defender su pleyto, que diria alguna cosa contra el mayor, que se la tornaria, como en deshonrra. La otra, que por el poder del mayor, e por su miedo (65), non osaria el menor razonar complidamente su derecho, ca non fallaria quien lo razonasse por el: e por aqui podria perder, o menoscabar en su fecho. Pero por bien tenemos, que cada vna destas personas sobredichas pueda estar delante, mientra su pleyto razonaren; e para consejar, e emendar sus Personeros, en las cosas que entendiere, que con derecho lo pueda fazer. E otrosi, porque puedan responder a las preguntas que les fiziere el Juez, o el Rey, para saber la verdad del fecho. Otrosi ninguna destas personas sobredichas non puede

Juan Andr. en las adic. al Specul. tít. *de defensor.* ¿Se admite defensor por el que, estando presente, rehusa comparecer? V. Juan Andr. adic. al Specul. rubr. del tít. *de eo qui mitt. in posess. caus. rei serv.* ¿Podrá admitirse á un clérigo por defensor de un lego convenido? V. Specul. tít. *de prim. decret.* §. *restat.* col. 7. al fin. Debe advertirse que, sin mandato especial, no puede el defensor, aunque lo sea de un menor, pedir la restitucion por entero, l. 46. D. *de minor.* Nótese tambien que al defensor debe concedérsele un término para enterar al interesado, como lo prueba la autent. *ut omnes obed. jud. provinc.* vers. *si vero, collat.* 5. segun la interpretan la Glos. y Bart. allí. Deberá, empero el defensor continuar en la defensa, cuando haya muerto el interesado, antes de contestado el pleito? V. Specul. §. *de conjunct. pers.* y adic. de Juan Andr. Acerca el modo como se admite á el defensor, en el caso de pedirse la ejecucion de una sentencia, V. Juan Andr. adic. al Specul. tít. *de execut. sent.* §. últ. vers. *juxta.* El defensor que se ha ofrecido á serlo en la totalidad de algun negocio, teniendo buena causa, está obligado á apelar, l. 31. §. 2. D. *de negot. gest.* ¿Podrá el defensor oponer y llevar á efecto la compensacion? V. l. 25. tít. 14. Part. 5. Todo el que se haya asumido la defensa de otro debe ser citado en el negocio en que lo ha verificado. V. Bald. á la l. 1. C. *si tut. vel cur. fals. alleg. excus. sit.* y añád. tambien lo que sobre esos defensores, se dice en la l. últ. de este tít.

(59) A no ser que se hubiese asumido la defensa limitadamente para algun artículo, como para alegar las causas de ausencia del interesado, ó para defender al reo por los solos méritos de la causa; ó si compareciese el prelado en defensa de su iglesia, ó el padre como administrador de los bienes adventicios del hijo, ó por último si se relevase al defensor de la obligacion de dar fianza; pues en todos estos casos no deberá prestarla, V. Jas. sob. l. 12. C. *de procurat.* princ.: debiendo notarse que en la instancia de apelacion no se admite el defensor sin prestar nueva fianza, v. Bart. á la l. 20. D. *judic. sol.*

(60) V. Bald. á la l. 1. D. *de offic, præfect. Præt.* diciendo que debe honrarse á los arzobispos y obispos: por las leyes del reino, son miembros natos del Consejo de S. M.: debiendo notarse que á pesar de opinar lo contrario Bald. á la l. 1. C. *de Episc. et cleric.* deben ser considerados como personas *ilustres* pues ya la Glos. de la l. 1. D. *de off. præfat. præter.* los equipara á los prefectos pretoriales que tambien lo eran, V. l. 31. tít. 3. lib. 2. *Orden. Real.*

(61) Quien sea, *señor de cavalleros* ó de quien se entienda hablar aquí nuestra ley puede verse en la l. 13. tít. 25. Part. 2.

(62) Concuerda la l. 25. y la autentica: *hoc jus C. de procurat.* y comparando dichos textos con la presente ley, parece aprobarse aquí que los comendadores mayores de las órdenes militares son tambien ilustres.

(63) Parece hablarse aquí del vicario ó lugar teniente del Rey ó del Consejo de este, al cual es asimismo *ilustre* V. l. 5. C. *ad leg. Jul. majest.*

(64) Otra razon señala la Glos. en la authent. *hoc. jus. C. de procurat.*, á saber, la de que las personas de que se habla aquí deberian tomar asiento con el juez.

(65) Esta misma razon señalaba Ubert., segun refiere Alberic. en d. l. 1. C. *de procurat.*

ser Personero (66) por otro, por estas mismas razones que de suso diximos. Fueras ende en pleyto que fuesse de su Rey, o de biuda, o de huerfano, o por otra mezquina, o cuytada persona, que ouiesse recebido grand tuerto, e non fallasse quien razonasse por ella.

LEY 12. *En quales pleytos pueden ser dados Personeros, et en quales non.*

Pleytos y ha, en que pueden ser dados Personeros; e otros en que non. Onde dezimos, que en toda demanda (67) que faga vno contra otro, quier sea sobre cosa mueble, o rayz, que puede y ser dado Personero, para demandarla en juyzio. Mas sobre pleyto sobre que pueda venir sentencia de muerte (68), o perdimiento de miembro (69), o desterramiento de tierra para siempre, quier sea mouido por acusacion, o en manera de riepto (70), non deue ser dado Personero; ante dezimos, que todo ome es tenudo de demandar, o de defenderse en tal pleyto como este, por si

(66) Amplíase aquí lo prevenido en la l. 25. C. *de procurat.*, en cuanto se manda en ella que esta persona *ilustre* no puede tomar por otras el cargo de procurador, escepto por las personas miserables: y hace á este propósito el cap. 1. de *postulaud.* —* V. l. 10. tít. 2. lib. 4. y l. 3. tít. 24. lib. 4. Nov. Rec. que estienden la prohibicion de solicitar negocios agenos y procurar por otro despacho alguno, á los ministros y oficiales de los Consejos y audiencias y á los dependientes de estos tribunales, señalando penas contra los transgresores.

(67) V. l. 1. §. 2. D. *de procurat.* y por esto segun Angel. á nadie puede el juez, sin justa causa, privar esta facultad, como se advierte en la l. 26. C. *de procurat.* y en el cap. 1. *de judic. in* 6°.

(68) Mas ¿qué deberia decirse en las causas en que pudiese imponerse otra pena corporal que no fuese la de muerte ó perdimiento de miembro? Puesto que nuestra ley aquí habla precisamente de estas dos últimas parece que en las demás no estaria prohibido el presentarse por procurador. Lo contrario, sin embargo, pretende Juan de Imol. á la l. penúlt. §. 1. D. *de pub. jud.* y V. al mismo allí col. 13. donde cita la especie de la l. 1. vers. *sed et si la* D. *an per alium caus. apell.* y lo mismo opinan Andr. de Pesis Guillelm. y otros, segun Alber. á d. l. 33. §. 2. D. *de procur.* col. 3., y así parece mas conforme á derecho, por militar en dichos casos la propia razon; y aun habria mayor motivo para escluir al procurador en las causas en que pudiese imponerse alguna pena corporal aflictiva, aunque no fuese de las dos espresadas, que no en las de relegacion, siendo de notar lo que á este propósito dice Ang. de Aret. en su tratad. *malefic.* vers. *qui judex videns quod inquisisti* col. 4. hácia el fin y col. 5. —* V. la adic. á la nota siguiente.

(69) Concuerda la l. penúlt. §. 1. D. *de pub. jud.* y véase aquí declarado cuales sean los crímenes que se consideran públicos para los efectos de que se habla en esta ley, á saber, aquellos por los cuales corresponde imponer la pena de muerte, perdimiento de miembro ó destierro perpetuo del reino: y así no tendrá lugar lo que, en este particular, anotaban Angelo y Juan de Imol. allí. Obsérvese además por esta nuestra ley resuelta la cuestion de si podia ó no intervenir procurador en las causas en que pudiese imponerse la pena de relegacion, opinando la Glos. allí y en todas partes por la afirmativa; los ultramontanos, empero, sostenian lo contrario, segun refiere Cyn. á la l. 3. C. *de accus.* y latamente Imol. á d. l. penúlt. §. 1. D. *de pub. judic* y apruébase aquí la opinion de los ultramontanos l. 4. y 5. D. *de interdict. et releg.* y l. 1. D. *an per alium caus. apell.* por aquellas palabras *ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem*, las cuales, segun se dice allí, deben entenderse *usque ad relegationem inclusive*, opinion que se aprueba aquí en nuestra ley; y afirma Bart. á d. l. penúlt. §. 1. ser la mas conforme á derecho. Sobre si podria admitirse al procurador de un encarcelado, V. Ang. é Imol. en d. l. penúlt. §. 1. donde proponen otras limitaciones sobre la materia, y sobre lo que deberá decirse cuando presentándose el procurador del encarcelado no se le opone aquel defecto de su principal, V Glos. en el cap. 1. *de jud.* vers. *criminalis* y Bald. á la l. 5. col. 5. C. *de accus.* —* La prohibicion consignada en la presente ley de presentarse por medio de procurador el acusador ni el acusado en las causas criminales es otra de las consecuencias del antiguo principio por el cual se hacian los procuradores *dueños del pleito* y como tales se asumian personalmente todos los derechos y responsabilidad que en el mismo tenian ó podian tener los poderdantes: y por esto se funda dicha prohibicion en que no seria justo imponer al procurador la pena que mereciese el acusado siendo convicto ó el acusador si resultase calumniador; con lo que y refiriendose, como se refiere, al caso en que estos últimos estuviesen presentes supone la ley que, á pesar de ello, no podria aplicárseles la pena si compareciesen por medio de procurador. Martinez Marina, *Ensayo hist. crit. de la ant. legisl.* observa oportunamente que el uso y la costumbre desestimaron tal razon y la ley que en tan débil cimiento se fundaba. Y en efecto desterrado de

mismo, e non por Personero. Porque la justicia non se podria fazer derechamente en otro, si non en aquel que faze el yerro, quando le fuere prouado; o en el acusador, quando acusasse (71) a tuerto. Pero si algun ome fuesse acusado, o reptado sobre tal pleyto, como sobredicho es, e non fuesse el presente en el logar do lo acusassen; estonce bien podria su Personero (73), o otro ome que lo quisiesse defender, razonar, o mostrar por el alguna escusança (72) derecha, si la ouiere, porque non puede venir el acusado (74). E por esto deue el Judgador señalar plazo (75), a que pueda aueriguar la escusa que pone por el. E si la prouare (76) deuele valer al acusado. Mas como quier que pueda esto fazer, en razon de escusar al acusado, con todo esso non podria demandar (77), nin defender tal pleyto por el en ninguna otra manera, assi como Personero. E

la jurisprudencia aquel caduco principio con todas sus consecuencias, se admiten en el dia los procuradores de los acusadores de los reos presentes en las causas criminales, observándose tan solo con respecto á estos últimos ciertas prácticas nacidas de la mayor importancia de los negocios criminales, como son, entre otras, la de no entenderse, como en los pleitos civiles, pasada en juzgado la sentencia condenatoria, por haber espirado sin apelar ni suplicar, el término para ello concedido, desde el dia en que se ha hecho la notificacion al procurador, sino que se permite al interesado interponer los recursos en derecho procedentes, contándosele el término desde el dia en que personalmente tuvo noticia de la sentencia.

(70) V. ll. 2. y 5. tít. 3. P. 7.

(71) Mas si de hecho se hubiese admitido una acusacion intentada por medio de procurador, y este hubiese probado el delito, estando ya en la cárcel el acusado, ¿podria proferirse sentencia contra el mismo, sin necesidad de la personal comparecencia del acusador? Así parece deberia decirse segun la l 19. C. *ad leg. Jul. de adult.* y Ang. á d. l. penúlt. §. 1. D. *de pub. jud.*

(72) Nótese que tambien se admite al procurador del acusado si quiere tan solo alegar las causas de ausencia, lo que tiene lugar, aunque tenga amplio poder para la defensa, segun Alber. á la l. 33. §. 2. D. *de procur.*—*Y es esto consiguiente á lo dispuesto en esta misma ley, toda vez que no permitiéndose al acusado comparecer por medio de procurador; tambien, aunque lo tuviese, se le consideraba ausente y el mismo que tenia poder bastante para entrar en la defensa, debia limitarse á escusar la ausencia é incomparecencia de su principal. *V. la adicion á la nota 77.

(73) Esto es, alguna escusa *de hecho*, mas no *de derecho*, como si, hallándose el reo presente, se alegara su exencion de comparecer, Inóc. cap. 15. *de accus.*: lo que es digno de notarse, segun Bald. á la l. 2. D. *si quis in pro soc. non ierit.* Pero el que se presente para escusar la ausencia, ¿deberá prestar caucion de pagar lo juzgado ó de que presentará al reo, cuando hayan cesado las causas de la ausencia? Alber. en d. l. 33. §. 2. D. *de procur.* opina por la negativa, por no estar prevenido en ley alguna que deba prestar fianza de ninguna clase el que se presenta para escusar la incomparecencia de un ausente, debiendo únicamente, segun él mismo, jurar que no procede en ello de malicia; y no constando que las escusas se alegan maliciosamente se admitirán cualesquiera causas de ausencia probable, aunque sean voluntarias. Alber. allí col 3. —* V. la adic. á la nota 77.

(74) Y asi tendrá esto lugar cuando se alegaren causas de hecho; porque si fuesen de derecho, como si se dijese que el ausente no debia comparecer por estar el júez escomulgado ó por otro motivo semejante; no se admitiria para este efecto sino al que tuviese poder, V. Inoc. cap. *veniens, de accus.* y Juan de Imol. en la l. penúlt. §. 1. D. *de pub. jud.* col. 21.

(75) Es, pues, necesario que se justifiquen las causas de ausencia que se alegaren, y no bastaria el juramento del que las aduce, segun Alber. en d. §. 2. col. 3. aunque Guillelm. pretende lo contrario.

(76) Si, constándole al juez por las pruebas ministradas, la enfermedad ú otra causa legítima de ausencia, fallase contra el acusado ausente, seria dicha sentencia nula, l. 2. §. 3. y Bart. allí D. *si quis caut. in jud.* y el mismo á la l. 31. §. 2. D. *de negot. gest.* Por lo que deberá, en ese caso, el juez señalar un término competente, segun la distancia y la naturaleza de las causas alegadas, dentro el cual haya de presentar al reo, el que se ofreció á escusar su ausencia; y, no verificándolo se procederá contra él, authent. *qua in prov. C. ubi de crim. agi oport.* Alber. á d. §. 2. l. 33. D. *de procur.*—*En la authent. que cita aquí el glos. no parece disponerse absolutamente que se proceda contra el defensor del ausente en el caso de no haber este comparecido dentro el término prefijado, sino solo en el caso de haber mediado culpa por su parte, *si sit ob noxius.* V. la adic. á la nota sig.

(77) Pudiéndose, empero, como en el dia se puede, segun las leyes del reino proceder contra los ausentes, ¿se admitirá tambien, cuando esto se verifique, al procurador del reo para la defensa? Así lo opinan comunmente los DD. segun Juan de Imol. á d. l. penúlt. §. 1. D. *de pub. jud.* col. 8. y sig. y Ang. col. 2. bien que allí sos-

otrosi dezimos, que maguer el menor de veynte e cinco años, nin la muger (78), non pueden ser Personeros por otri; que en tal razon como esta sobredicha, bien podrian razonar por el acusado en juyzio, mostrando por el alguna escusa derecha, porque non puede venir al plazo; mas non para defenderlo en el pleyto de la acusacion. E aun dezimos, que si acaesciesse, que algund Judgador acabasse su oficio, que ouiesse tenido en algun lugar, e ouiesse querellosos del, por razon de aquel oficio que touiera y, que en los cincuenta dias, que es tenudo de fincar en el logar despues desso, para fazer emienda a los querellosos, el por si mismo (79) se deue defender, e responder en juyzio, e non puede dar Personero, por si, a las demandas que le fizieren, mientra el tiempo de los cincuenta dias durare.

LEY 13. *En que manera pueden fazer Personero.*

La manera de como puede vn ome fazer Personero, a otro, es esta. Que diga señaladamente (80), quien es aquel que quiere fazer su Personero. E puedelo fazer, maguer non este (81) delante, tambien como si fuesse presente. E quando lo fiziere de palabra, estando delante, o por carta, o estando en otra parte, deue dezir tales palabras, en faziendolo: Ruego, o quiero (82), o mando a Fulan, que sea mio Personero sobre tal mio (83)

tiene este último lo contrario, pero solo *arguendi gratia*. Sin embargo Bart. á la *extravag. ad reprimendum*, pretende que en dicho caso se admitirá al procurador, mas no en calidad de tal, sino en la de instructor ó defensor para demostrar la inocencia del reo, y lo mismo dice á d. l. penúlt. §. 1. pudiendo verse á Decio consil. 429. donde esplica en que consiste la espresada distincion. —*En el dia, con respecto á los reos ausentes en causas criminales se observa con algunas modificaciones lo dispuesto en la l. 1. tit. 37. lib. 12. Nov. Recop. antes del *Ordenam. de Alcalá*, á la cual se refiere sin duda el glos. en la presente nota y de la que se hablará en su lugar. l. 7. tít. 8. de esta Part.; debiendo únicamente advertirse aquí, que lo dispuesto en d. ley recopilada hace necesariamente que quede sin efecto ni posible aplicacion, lo que, relativamente á los reos ausentes, dispone aquí la de partida y todo lo que á este propósito esplica el glosador, citando á los intérpretes del derecho comun; por cuanto, pudiendo el reo comparecer en la causa y defenderse por medio de procurador, y debiendo el juez proceder á asegurar su persona, ó, con sus bienes, las resultas del juicio, cuando estas hayan de ser pecuniarias; no podrá considerarse ausente para el efecto de haber de quedar indefenso, ni para el de no poder procederse contra él, mas que al reo cuyo paradero se ignore: y como será de hecho imposible el alegar justas causas de ausencia, sin manifestarse el que las alegue enterado del paradero, en ningun caso podrá conciliarsela ausencia con la escusacion mayormente teniendo el juez, como tiene indudablemente, facultades para obligar al que sepa el paradero del reo, á que lo manifieste, ó para privarle de escusar la ausencia y de asumirse la defensa, si sabiéndolo se resistiere á revelarlo.

(78) Concuerda lo que dice la Glosa á d. §. 2. l. 33. D. *de procur.* bien que, segun Alber. allí, pretendian algunos que en ningun caso podia admitirse á la muger y que el citado §. 2. aunque habla, en general, debia entenderse comprender únicamente á las personas, de otra parte, idoneas.

(79) V. lo anotado á la l. 6. tít. 4. de esta Part., debiendo tenerse presente el texto de esta ley, á tenor del cual, el juez, aunque esté presente en el lugar donde debe ser residenciado, no puede comparecer en el juicio de residencia ni defenderse en él por medio de procurador.—* Todo esto no tendrá aplicacion en el dia por no estar en uso las residencias de los jueces prevenidas en las leyes de partidas y tambien en las recopiladas como se ha indicado en el apéndice del tít. anterior.

(80) Concuerda la l. 2. D. *de procur.* pues no seria válido el nombramiento de procurador hecho en persona incierta. Mas, ¿se entenderia que lo es, si el otorgante dijese, por ej.: nombro procurador á Ticio ó á Sempronio, ó á uno de mis hijos ó socios? V. Alber. allí despues de Mar. Silla, y Jacob. de Rav., donde opinan que en tal caso valdria el nombramiento y se entenderian nombrados todos los designados en el mismo.

(81) Concuerda l. 1. §. últ. D. *de procur.*, mas no sucede lo mismo con el curador *ad litem* [al cual no puede nombrársele, sino estando presente] l. 3. §. 2. D. *de tut.*

(82) Conc. l. 1. pr. D. *mandat.*

(83) Y aunque no se especifique el pleito para el cual se le nombra procurador, sino espresando en general *para mis pleitos*, pues tanta validez y eficacia tiene para todos el poder general, como el particular para cada uno l. 38. hácia el fin D. *de adquir. hæred.* debiendo, empero, tenerse presente que el procurador constituido con aquella cláusula general, no se entenderia serlo para los pleitos futuros, á menos que estos tuviesen conexion con los presentes,

pleyto; o fagole mio Personero; o otorgole poder que lo sea; o diziendo otras palabras semejantes destas. E aun lo puede fazer por su mandadero (84) cierto. E en qualquier destas maneras sobredichas que lo faga, puedelo otorgar por su Personero para siempre, o fasta tiempo señalado (85). E aun lo puede fazer con condicion, o sin ella.

LEY 14. *En que manera deue ser fecha la carta de la personeria: e quantas cosas deuen ser nombradas en ella.*

Porque los Judgadores sean ciertos, quando la carta de la personeria es complida, queremos dezir en esta ley, en que manera deue ser fecha. E dezimos, que tal carta puede ser fecha en tres maneras. La primera (86) por mano de Escriuano publico de Concejo. La segunda, por mano de otro Escriuano qualquier, e que sea sellada con Sello del Rey (87), o de otro Señor de alguna tierra, o de Arçobispo, o de Obispo o de otro Perlado qualquier, o de Maestre de alguna Orden, o de otro Sello de algun Concejo. La tercera manera es, quando alguna de las partes faze su Personero delante del Judgador (88), e mandalo escreuir en el registro del Alcalde, ante quien le faze Personero. E quando la carta de la personeria fuere fecha

segun Juan Andr. adic. al Specul. tít. *de procur.* §. *ratione autem formæ* vers. *sed quid si procuratorium, adicion* á la palabra *obtinuit*, ó que al tiempo de otorgarse el poder no tuviese el poderdante pleito alguno, en cuyo caso se entenderian comprendidos los futuros, segun Ang. á d. l. 3. D. *de procur.* Specul. sin embargo, en el citado §. sostiene por el contrario, que siempre haya de entenderse el procurador constituido para los pleitos futuros, añadiendo que asi consiguió que se declarase; y lo mismo pretende Abb. cap. penúlt. 3. notab. y Alber. á la l. 3. D. d. tít. donde, despues de Jacob. de Butr. trata estensamente esta materia.. Prefiero la opinion de Juan Andr. que siguió tambien Jacob. de Rav. con las limitaciones espresadas, por los graves perjuicios que pudieran seguirse de entenderse todos los poderes bastantes para los pleitos futuros; y así lo persuaden las palabras de la presente ley *sobre tal mio pleito* y tambien las de la siguiente *e el pleito sobre que lo faze su personero.* — * Aunque en el dia dificilmente ocurrirá la cuestion que trata aquí Greg. Lopez, porque en todos los poderes generales continuan los escribanos la espresion de *pleitos presentes y futuros*, creemos con todo que si no se espresase, siendo el poder general, no dejaria de admitirse por eso á unos y otros al procurador asi nombrado.

(84) Conc. l. 1. vers. *constitutus* D. *de procur.* ¿Será, empero, necesario que al *mandadero* se le haya designado determinadamente la persona á favor de la cual haya de otorgar el poder, ó podrá el mismo elegirla en virtud de la facultad que se le ha conferido? V. Alber. allí donde despues de referir muchas especies sostiene que será válido el nombramiento hecho por el *mandadero,* sin que se le hubiese designado persona; y esta dice ser la opinion comun. V. cap. 1. §. *licet, de procur.*; aunque Juan Andr. en las adic. á Specul. tít. *de procur.* §. *ut autem* vers. *porrò* pretende que, para resolver si será ó no válido el poder así otorgado, debe atenderse á los términos en que se han concedido las facultades para hacerlo, pues si se ha dicho «Nombro al que Ticio elegirá» no será válido el nombramiento hecho por este último: y sí lo será, cuando para ello se le hubiese dado facultad de substituir á quien quisiese; con lo cual se conforma Ang. á d. l. 3. D. *de procur.* Paréceme empero, mas preferible la opinion de Alber. porque no debe darse tanta importancia á la materialidad de las palabras, cuando no es dudosa la voluntad del que las ha usado, ni la estension de las facultades que con ellas ha querido transferir: *non enim verbis, sed rebus leges imponimus.* l. 2. C. *commun. de leg. et fideicom.* cap. 35. §. *porrò, de elect.* in 6; y porque no puede decirse persona incierta la del procurador nombrado por aquél, á quien se ha dado comision para ello. l. 67. §. 1. D. *de leg.* 2.

(85) Añád. l. 3. y siguientes D. *de procur.*

(86) Añád. Specul. tít. de *procur.* §. *ratione autem* pr. vers. *item quod non sunt facta per manum publicam.*

(87) Añád. cap. 7. *de probat.* y cap. 11. *quæst.* 3. y Specul. en el lugar citado; debiendo notarse estas palabras, *sello de algun concejo* y añád. l. 114. tít. 18. l. 1. tít. 20 de esta partida.* —En las cuales se habla de la fe que debe darse á las escrituras selladas ó documentos auténticos, y de las personas ó corporaciones, cuyos sellos importan autenticidad. Mas todo esto ha dejado de tener aplicacion en la práctica, por no hacerse uso de poder alguno, en lo judicial, que no sea otorgado en escritura pública; la cual, siendo el poder para pleitos, debe estenderse en papel de sello tercero, y siendo para cobranzas ú otros cualesquier negocios estrajudiciales, en sello segundo, l. 11. n.º 42. lib. 10. Nov. Recop. y creemos no se admitiria á un procurador que acreditase su nombramiento por medio de escritura privada ó certificacion sellada y auténtica.

(88) Por donde se ve que se da mayor fuerza al nombramiento de procurador hecho *apud ac-*

por mano de Escriuano publico, o sellada con alguno de los Sellos sobredichos, deue ser escrito (89) en ella, el nome de aquel que faze el Personero. E el de aquel a quien otorga la personeria. Eel nome de su contendor. E el pleyto sobre que lo faze su Personero. E el Juez ante quien se ha de librar el pleyto. E que otorga poderio de demandar, e de responder, e de conocer, e denegar. E deue dezir en fin de la carta, que estara por quanto fiziere (90), e razonare el Personero en aquel pleyto. (*k*) E que obliga a si, e a todos sus bienes, para complir todo lo que fuere judgado contra el en aquel pleyto. E sobre todo deue ser escrito en ella, el logar, e el dia, e la era en que fue fecha. Mas quando alguna de las partes fiziere su Personero delante del Judgador, en la tercera manera que de suso diximos, abonda que diga (91), e sea escrito en los actos: Fulan faze su Personero a Fulan, en el pleyto que ha ante Fulan Alcalde, contra tal su contendor. Ca por tales palabras como estas ha el Personero tan acabado poder, para començar e seguir el pleyto, como si fuesen y dichas, e escritas, todas las otras cosas que de suso diximos. E si la carta fuere fecha de mano de Escriuano publico, deuen ser escritos los nomes de los testigos, ante quien fue mandada fazer.

LEY 15. *En que manera deue ser fecho el Personero, que quiere demandar en juyzio entrega por el menor.*

Entrega queriendo demandar en Juyzio algun Personero, de menoscabo, o de daño, o de engaño que fuesse fecho contra el menor de veinte y cinco años; si señaladamente (92) desto non le fuere

(*k*) la clausula que sigue falta los codices Tol. 2, B. R. 1 y 2 Esc. 2. 3. y 4.

ta, Bart. á la l. 1. §. 1. D. *a quib. appel. non lic.* Y sobre si á un procurador así nombrado puede revocarsele el poder estrajudicialmente, V. Bald. á la l. únic. al fin C. de satisd. donde está por la afirmativa.

(89) Añád. Specul. tít. *de procurat.* §. *ratione autem forana* col. últ.

(90) Estas palabras declaran la l. 21. D. *rem retam hab.* y lo dicho en la Glos. de la l. 1 C. *de satisd.* á saber que mientras conste la otorgacion de poder, aunque no sea hecha *apud acta*, no se exije al procurador la caucion *de rato*; lo cual segun nuestra ley aquí procederá únicamente cuando en los poderes vaya continuada la cláusula de que el principal tendrá por firme y valedero todo lo que hiciere el apoderado; cuya cláusula opina, sin embargo, que es inútil, la Glos. en la l. 65. vers. *ratum* D. *de procur.* añadiendo que basta que conste la otorgacion del poder y lo mismo sostienen Paul. á la l. 58. D. d. tít. citando la l. 6. vers. *neque postea spectandum.* D. *de condict. indeb.* Creo, empero, que es lo mas acertado atenerse á las palabras de nuestra ley, conformes, en esta parte, con las de la l. 65. D. *de procur.* y que en tanto han querido disponerlo así, como que bien manifiestamente han hecho una diferencia entre los procuradores estrajudiciales y los nombrados *apud acta*, [con respecto á los cuales no es necesario, segun esta ley, que prometa el principal al nombrarlos ratificar todo lo que ellos practicaren]. Mas no carece este punto enteramente de dificultad atendido que, en rigor de derecho, no es necesaria la caucion *de rato* mientras conste la otorgacion del poder.

(91) Y así no deberá este procurador caucionar *de rato*: porque siendo nombrado *apud acta* ya no puede dudarse de su calidad de apoderado, l. 1. C. *de satisd.* [ó mas bien porque nuestra ley aquí le exime espresamente de prestar aquella caucion, diciendo que por el simple nombramiento judicial tendrá *tan acabado poder*, como el que es nombrado estrajudicialmente con las demás cláusulas que en esta misma ley se exijen. El no poderse dudar, pues, de la calidad de procurador del que lo es nombrado *apud acta*. no seria la verdadera razon de eximírsele de caucionar, dado que lo mismo podria decirse del que ha sido nombrado por escritura; y sin embargo respecto de este es por lo menos cuestionable si se le admitirá ó no sin la caucion, cuando el principal no le haya relevado, prometiendo que ratificará todos sus actos, y aun en la nota antecedente se inclina el mismo Greg. Lopez á la afirmativa. Si se presentase un procurador nombrado en una escritura en que no hubiese prometido el poderdante la ratificacion, creemos que en la práctica se le admitiria únicamente ofreciendo la caucion, ó de lo contrario y en el caso de llegar á promoverse cuestion sobre la validez de dicho poder, seria responsable de todos los perjuicios que con ello se ocasionasen, el abogado que lo hubiese bastanteado.] El procurador del convenido, aunque lo sea nombrado *apud acta*, deberá no obstante prestar la caucion de pagar lo juzgado, d. l. 1. y tambien el procurador del demandante cuando á su demanda se hubiese opuesto la reconvencion, V. Bald. allí, á menos que lo hubiese relevado el poderdante, como se acostumbra hacer en las escrituras de poder, segun Bart. y Ang. allí fundándose en el §. 1. Instit. *de satisd.*

(92) ¿Bastará, empero, el poder otorgado para pedir la restitucion en general y sin espe-

otorgado poderio en la carta de la personeria, maguer en ella fuessen puestas aquellas palabras generales que diximos en la ley ante desta, non lo puede fazer (93). E porende dezimos, que quando el menor quisiere fazer su personero a alguno, con otorgamiento de aquel que lo tiene en guarda, para demandar que desatasse algun juyzio, que fuesse dado a su daño, o pleyto, o postura dañosa que fuesse fecha contra el; que en qualquier destas razones sobredichas, o en otras semejantes dellas, deuen poner en la carta de la personeria, como le faze Personero señaladamente, para demandar en aquel pleyto endereçamiento, o emienda, o entrega, o desatamiento de juyzio E de si poner todas las otras palabras que diximos en la ley ante desta. E a tal entrega como esta dizen en latin restitutio.

cificar la causa ó negocio en que deba pedirse? Algunos DD. sostenian que era necesaria la especificacion de la causa ó negocio. Pero Bart. á la l. 25. D. *de minor.* pretende que es bastante el poder otorgado en jeneral para pedir la restitucion por entero; espresando Alber. allí que así lo ha visto observado: y del mismo parecer es Abb en el cap. 7. *de in integr. rest.* donde añade que bastará el que en la escritura en que se ha otorgado el poder, se haya hecho mencion determinadamente de alguno de los actos ó negocios para los cuales se necesita poder especial y continuadose la cláusula jeneral de que se entendiese otorgado para todos los demás que asimismo lo requieran, cap. 4. *de procur.* in 6. y V. tambien á Bart. en la l. 25. §. 6. D. *de adquir. hœred.*

(93) Escépto en los casos siguientes: 1.° si se pide la restitucion por via de incidencia o sobre algun artículo de un pleito cap. 3 y 6. *de in integr. restit.* donde puede verse á Inoc. y á los DD.; siendo de notar lo que advierte allí la Glos. esto es, que se entiende pedída la restitucion accidentalmente, aunque se pida diez dias despues de proferida la sentencia ó contra esta misma, mientras no haya ganado todavía autoridad de cosa juzgada, y da la razon Inoc. allí, á saber, la de que el procurador se ha hecho dueño del pleito por la litis-contestacion: [Esta razon no tendria hoy fuerza alguna á tenor de lo dicho en la nota 1.ª de este tít.; pero á pesar de esto procederia asimismo la escepcion anotada aquí por el Glos. porque, exijiendo nuestra ley poder especial para demandar *en juizio entrega de daño ó de menoscabo ó de engaño que fuese fecho contra el menor*, parece podria entenderse que no se necesitaria para pedir la restitucion incidentalmente, porque entónces no pudiera decirse propiamente que se pusiese *demanda de restitucion*, como si esta se pidiese de una dilacion probatoria ó de otro término judicial.] 2.° si el procurador tuviese poder *cum liberâ*, segun Bald. á la l. 25. D. *de minor.* donde advierte que esto debe tenerse presente, por lo frecuente que es el otorgarse los poderes con aquella cláusula. 3.° si al procurador que pide la restitucion no se le opone el defecto de poder especial, pues, solo escepcionándosele por él, tendrá lugar lo dispuesto en esta ley, segun Host., Juan de Imol. y Abb. á d. cap. 6. [Pero á esta escepcion parece resistir el testo terminante de esta ley *si señaladamente non le fuesse otorgado poderio, non lo puede fazer*, cuyas palabras escluyen al procurador general, independientemente de que la parte convenida le oponga ó no el defecto de los poderes especiales.] 4.° si la restitucion se pidiere por el procurador despues de contestado el pleito, Alber. despues de Ubert. á d. l. 25; lo cual debe entenderse para el caso en que se pida la restitucion por via de incidencia, como se ha dicho antes, pues otramente no bastaria el poder general. [Ni comprendemos como despues de contestado el pleito podria pedirse en él la restitucion sin que fuese necesariamente por via de incidencia, así por parte del actor como del demandado, á menos que uno ú otro ampliasen respectivamente su demanda ó sus escepciones haciendo entrar la restitucion en la cuestion principal lo que apenas podria verificarse legalmente.] 5.° Debe entenderse lo dispuesto en esta ley con respecto únicamente al procurador que tratare de pedir la restitucion, no del que la opusiere como escepcion y para defender á su principal. Inoc. d. cap. 6. donde dice Abb. que hace á este propósito la l. 25. D. *de minor.* y lo prueba tambien la presente ley con las palabras *para demandar*. 6.° tampoco necesita poder especial el padre para pedir la restitucion por su hijo l. 27 princ. D. *de minor.* [en la cual se dispone que, hasta resistiéndose el hijo, puede el padre pedir por él la restitucion.] ni los tutores y curadores por sus menores ó pupilos, ni los prelados eclesiásticos ni los síndicos de las universidades ó comunes. V. Alberic. á la l. 25. D. *de minor.* y l. únic. C. *etiam per procurat. caus. in integ. restitut. agi posse.*—* Supuesto que nuestra ley habla espresa y únicamente de la restitucion de los menores, al establecer que los que la pidiesen hayan de tener poderes especiales, ¿se entenderá tambien dispuesto lo mismo con respecto á las iglesias universidades y demás que disfrutan el privilegio de restitucion? Así parece entenderlo Gregor. Lopez, puesto que al advertir que es necesario el poder especial para pedir la restitucion, cuando es el mismo tutor ó curador el que la pide, añade que tampoco deben tenerlo los prelados ni los síndicos por sus

LEY 16. *En que manera puede el padre fazer Personero para demandar su fijo, que otri touiesse contra su voluntad.*

Teniendo (94) alguno fijo de otro en su casa, o en su poder, contra voluntad de su padre, si el padre lo quisiesse demandar en juyzio por su Personero; en tal personeria conuiene que sean y dos cosas. La primera, que otorgue señalado poder al Personero, para fazer tal demanda como esta. Ca maguer fuesse dado Personero general sobre todas sus cosas, non lo podria demandar, a menos de lo dezir señaladamente en la carta de la personeria. La segunda cosa es, que el padre aya algund embargo derecho, e lo ponga en la carta, porque el por si mismo non puede demandar a su fijo. Ca si el tal escusança non ouiesse, non le deuen caber el Personero, ante lo deue el por si mismo demandar en juyzio, e non por otro.

LEY 17. *En que manera deue ser fecha la personeria, quando quisiessen acusar a algun Guardador de huerfano por sospechoso.*

Razones queriendo mostrar vn ome contra otro, que fuesse Guardador de huerfanos, para tirarlo de la guarda por sospechoso (95); tal demanda como esta deuela fazer por si, e non por Personero, a quien ouiesse otorgado general poder para fazer por el demanda en Juyzio. Pero si en la carta de la personeria dixesse señaladamente, que el otorgaua poder de acusar a otro por sospechoso, estonce valdra tal personeria, e deuenla caber los Judgadores (96).

LEY 18. *En que manera pueden ser fechos muchos Personeros en vn pleyto.*

Muchos (97) Personeros puede vn ome fazer en el pleyto, para demandar, e responder en juyzio, o vno si quisiesse. Pero quando muchos fiziere, dezimos que si dixere, o otorgare señaladamente en la carta de la personeria, que cada vno dellos (98) sea Personero en todo el pleyto; estonce, aquel que primeramente (99) lo comen-çare (100), es tenudo de lo seguir, fasta que sea

iglesias ó universidades; y verdaderamente obra respecto de estas la misma razon que respecto de los menores, por mas que la ley no hace de ellas espresa mencion.

(94) Conc. la l. 40. princ. D. *de Procurat.* y da la razon de ello la Glos. en la l. 39. §. últ. d. tít.

(95) V. l. 39. §. últ. D. *de procur.* que conc. con la presente, segun se infiere de su contesto *sed non facile per procuratorem quis suspectus accusatibur;* aunque comunmente entienden los DD. que habla d. §. no del que acusa, sino del que es acusado por sospechoso, y que el procurador de este es el que debe tener poderes especiales para defenderlo de la acusacion.

(96) * — Además de los casos espresados en esta ley y en las anteriores, se necesita tambien poder especial para asistir á los juicios de conciliacion, art. 10 de la l. de 21 de mayo de 1821, restablecida por real decreto de 30 de agosto de 1836, y en general para transigir, l. 19 de este tít. y para interponer los recursos de nulidad ó injusticia notoria de los fallos de revista de las audiencias, debiendo advertirse que si el procurador no tiene dicho poder especial y el principal se halla ausente, podrá aquél interponer dichos recursos ofreciendo presentar el espresado poder dentro el término que le señalará el tribunal, atendida la distancia y el estado de las comunicaciones, y en calidad de improrogable, art. 7. Real decreto de 4 noviembre de 1838, y finalmente tambien es necesario el poder especial parar renunciar á las demandas, apelaciones y demás recursos que se hubieren introducido; como, aunque tal vez no hay ley alguna que espresamente lo disponga, se infiere, no obstante de la 19. de este tít.

(97) Y acerca lo que deberá practicarse cuando fueren nombrados muchos albaceas ó ejecutores testamentarios, V. cap. 2. §. últ, *de testam. in* 6.°; ó muchos tutores, l. 24. al fin D. *de administr. tutor.* l. 5. C. *de auctort. præst.* l. 1. C. *si in plurib. tutor.* ó cuando el tutor hubiere constituido muchos *actores* [V. nota 17. de este tít.] V. Juan de Plat. en l. 1. C. *quo quis. ordin. conven.*

(98) Nótese bien, que no es necesario espresar que se les constituye solidariamente: basta que se diga: nombro á Ticio y á Seyo y á cualquiera de los dos: añád. l. 6. §. 2. D. *mandati.* Asimismo si se hubiere otorgado poder universal á favor de muchos, ó de cualquiera de ellos, se entenderán instituidos *in solidum*, segun Bart. Bald. y Angel. en la l. 32. D. *de procurat.* l. 1. §. 13. D. *de exercit. act.*

(99) ¿Y si los dos concurren para comenzarlo? Entónces el juez elegirá, como se declara despues en esta misma ley, y como lo enseña la Glos. en el cap. 6. *de procurat. in* 6.° Paul. á d. l. 32. D. *de procurat.* y si el juez no eligiere, tendrá lugar lo que dispone esta ley donde dice *mas si todos.*

(100) Entiéndase cuando lo comenzaren por la litiscontestacion, V. cap. 6. *de procur.* y Glos. en la l. 32. D. *de procur.* lo cual procede así en el procurador del reo como en el del actor. Bald. en

acabado, e los otros (101) non se deuen ende trabajar. Mas si todos (102) en vno començassen el pleyto por demanda, e por respuesta, dende adelante cada uno dellos lo podria seguir (*l*), fasta que fuesse encimado, maguer (*m*) los otros non fuessen y. Pero si todos los Personeros vinieren en vno al pleyto, e la otra parte se agrauiare en razonar con todos, deuen dar vno dellos que razone. E si non se acordaren, tome el Juez qual dellos entendiere que lo fara mejor. E si por auentura non dixesse en la carta, de como el dueño del pleyto los fazia Personeros, a cada vno en todo; estonce non podria ninguno dellos demandar, nin defender, mas de quanto cupiesse en la su parte (103). Pero si tales Personeros, todos ayuntados (104) en vno, lo quisiessen demandar, poderlo yan fazer, estando ellos delante, o faziendo razonar (105) a vno con consentimiento de todos.

LEY 19. *Que es lo que puede fazer el Personero.*

Razonar, nin fazer, non puede el Personero mas cosas en el pleyto, nin meter a juyzio, de quanto le fuesse otorgado, o mandado, por razon de la personeria. E si a mas passare (106), non deue valer lo que fiziere. E porende dezimos, que si el Personero quisiesse auenirse (107) con su contendor, o fazer alguna postura con el, o quitalle la demanda (108), o dar jura por que se (*n*) destajasse (109) el pleyto, que non lo puede fazer (110). Fueras ende, si el dueño del pleyto le ouiesse otorgado señaladamente, poderio de fazer estas cosas. O si en la carta de la personeria

(*l*). fasta que el pleyto fuesse acabado Esc. 1. fasta que el pleyto fuese vencido Tol. 1.

(*m*). los otros fuesen hi Acad.

(*n*). desate Acad,

en d. l. 32. y así lo declara nuestra ley aquí. Y sobre cuales sean los actos, en los negocios estrajudiciales, que importan prevencion á favor del procurador que, habiendo varios, los ha practicado el primero, V. la Glos. Bald. y Ang. en d. l. 32.

(101) Para mayor inteligencia y aclaracion de esta ley V. cap. 6. *de procur.*

(102) Por lo que dispone aquí nuestra ley, puede entenderse limitado d. cap. 6. *de procurat.* y derogada la distincion que se hace en el mismo para el caso en que varios procuradores nombrados á la vez y solidariamente hubieren contestado juntos el pleito, pues entónces, segun lo dispuesto aquí, cualquiera de aquellos podria continuarlo indistintamente, lo mismo que si en la escritura de poderes que presentan estuviese continuada la cláusula, de que ninguno de los nombrados tuviese prevencion respecto de los demas, ó bien la de que cada uno de ellos pudiese proseguir y terminar lo que otro hubiese comenzado, V. sobre esto á Paul. en l. 32. cit.: y á Bald. en la l. 2. C. *si plur. una sent. fuer. condemn.* donde dice que si dos procuradores solidariamente constituidos, contestan juntos el pleito, no se divide el poder, antes permanece solidario; V. sobre esto á Inocenc. cap. 4. *de procurat.*

(103) No se entienda que cada procurador pueda accionar por una parte; sino que el uno no puede ser admitido sin el otro, Inoc. en d. cap. 4. *de procurat.* Bald. y Angel. en d. l. 32. D. *de procurat.*

(104) ¿Y si el uno confiesa y el otro niega? Vid. Glos. en el cap. 6. *de procur.* in 6. en la Glos. mag. al princip. y á Specul. tít. *de tutor.* §. *generaliter* al fin, y Bald. en la l. únic. col. 21. *de empt.* y Innoc. cap. 4. *de procurat.*

(105) Así, pues, en este caso, no elegirá el juez á uno de los procuradores, como lo opinaba la Glos. en el cap. 14. *de procurat.* esceptuando únicamente las causas espirituales, cap. 6. §. 2. vers. *sané* d. tít. in 6. y la glos. allí. Y nótense las palabras de la ley *con consentimiento de todos*, á propósito de lo que dice Inoc. en el referido cap. 4. *de procurat.*

(106) Ya hiciere actos contrarios al poder ó no comprendidos en el mismo, sobre lo cual V. un texto notable en el cap. últ. *de restit. spoliat.* y allí, Abb. not. 6. Conc. con esta ley la 10. C. *de procurat.*

(107). Concuerda l. 6ª. D. *de procurat.* y la 7. C. *de transact.* l. 10, C. *de procurat.*

(108) Concuerda cap. 4. *de procurat.* in 6. y *la cit.* l. 60.

(109) Concuerda l. 17. §. últ. con la siguiente D. *de jurejur.* l. 4. tít. 11. Part. 3.

(110) En fuerza del poder general ¿podrá el que lo obtenga firmar compromiso á favor de algun árbitro ó arbitrador? Segun el cap. 9. *de arbitr.* parece que no podría y lo mismo sostiene Bart. en la l. 60 D. *de procurat.*, donde Angel. limita la resolucion citada á solos los arbitradores, opinando que no puede nombrarlos el procurador general, á menos que lo haga en algun negocio de muy poco interés; pero respecto de los árbitros dice indistintamente que puede nombrarlos. El texto de d. cap. 9. no esplica claramente si se habla en él de un compromiso en poder de árbitros ó de arbitradores. En mi concepto, empero, ni aun en un árbitro podrá comprometer el procurador general, mayormente habiendo la ley del reino que dispone la egecucion de la sentencia de los árbitros aunque se

le ouiesse otorgado libre, e llenero (111) poder, para fazer complidamente todas las cosas, en el pleyto (112), que el mismo podria fazer. Ca estonce, quando tales palabras (113) fuessen y pues-

hubiese apelado ó reclamado contra ella, segun lo anotado á la l. últ. tít. 4. de esta partida. Añádese además; que en el poder general, no se confiere al procurador la facultad de hacer cosa alguna por la que pueda incurrir en pena su principal, como lo advierte Bart. en la l. 6. d. de *cond. indebit.* col. 3.: Y tampoco la de prorogar la jurisdiccion del juez sin especial mandato, como lo dispone el cap. 32. *de offic. delegat.* donde V. Abb. col. 3.

(111) Nótense bien estas palabras porque parece establecerse con ellas que aunque diese el poder dante al procurador plena potestad, si no espresase tambien, *libre*, no seria bastante; sin embargo la l. 10. C. *de procurat.* parece considera bastante, que el procurador tenga *plena* potestad, y así lo defienden fundados en d. l. Bart. y los DD. comunmente en la 58. D. *de procurat.* Ateniéndonos, empero, al texto de la presente ley, creemos que se requiere la concesion de *libre poder* espresa ó por palabras equivalentes, sin que baste otorgar *poder pleno*; como lo opina la Glos. y Alberic. en la cit. l. 10. C. *de procurat.*: sin que el texto de d. l. 58. pruebe, si bien se considera, lo que pretenden allí Bart. y los DD.

(112) Esta palabra parece destruir la doctrina de Bart. en la l. 60. D. *de procurat.*, la que mas estensamente trae en la 122. §. 1. D. *de verb. oblig.*, donde pretende que si se concediera *libre* poder para algun pleito, no se comprenderian en él tan amplias facultades como aquí se supone; porque semejante poder parece que se otorga para seguir la instancia por los trámites ordinarios, no para que pueda el procurador disponer á su arbitrio de la causa; y lo mismo sostiene Paul. en la citada l. 60.; á menos que se diga (y esto es lo que creo mas verdadero) que la libre facultad que se confiere entónces al procurador, debe entenderse que recae sobre el mismo negocio ó causa, y no sobre la instancia ó procedimiento judicial; y entónces deberia darse á las cláusulas del poder el valor que les da con bastante exactitud, Bart. en la citada l. 122. §. 1.*—En la práctica, sin embargo, ha prevalecido la opinion de Bart. y así es que no se considera bastante el poder general, aunque sea *cum libera* para renunciar á una causa, ó á una apelacion, ni para acto alguno de los que importan una tácita renuncia.

(113) Lo mismo seria si en el poder se espresara, que pudiese el procurador hacer todo lo que podria el principal, V. la l. 60. §. 4. D. *mandati*, y Bartol. allí y en la l. 58. D. *de procurat.* y Paul. y Jas. en la l. 10. D. *de procurat.* No obstante V. á Abb. en el cap. últ. al fin de *dilation.* donde cita á Juan Andr. que defiende lo contrario tal vez con mayor fundamento en el caso de no ser la cláusula tan esplícita que pudiese entenderse por ella concedido el libre poder; y sucederia lo propio segun Bart. en d. l. 58. cuando dijese el poderdante que tendrá por firme y valedero todo lo que haya hecho el procurador; en cuyo caso, sin embargo, sostiene Alber. allí lo contrario, y aun pretende que semejante poder debe entenderse limitado y conferidas por él al procurador las facultades que ordinariamente se le conceden. V. l. 11. D. *de eviction*, y la Glos. en la l. 65. D. *de procurat.* palabra *ratum.* V. Paul. que sostiene lo mismo en la l. 58. D. *de procurat.* y Jas. en la l. cit. 10. C. *de procurat.* Hace á este propósito lo que nota Bald. en la l. 1. D. *de offic. procurat. Cæs.* á saber: que el *libre* poder no se entiende concedido, si así no se espresa: l. 7. §. 1. D. *de pecul.* sosteniendo Abb. en el cap. 9. *de procur.* y Alex. consil. 41. Vol. 3. col. 2. que no basta la cláusula *de rato* para que se entienda tácitamente concedido. Adviértase, empero, que se entiende concedido, cuando se ha dicho en el poder que pueda el procurador hacer todo cuanto quiera, Bald. en la l. últ. C. *quod. cum eo* col. 1. Vid. Jas. en la cit. l. 10. C. *de procur.* mas ni aun en este caso podrá el procurador donar, segun el citado Bald. allí, ni tampoco le será licito dilapidar ó destruir los bienes del principal. Bald. en la l. últ. C. *de contrahend. empt.* col. penúl. y Alexand. que defiende lo mismo consil. 41.; debiendo notarse la disposicion de esta ley, segun la cual la otorgacion de libre poder hace que pueda el procurador hacer aun aquello para lo cual se requiere especial mandato: y añád. cap. 4. *de proc.* in 6. y á Bald. en la l. 25. D. *de min.* y Alex. consil. 44. vol. 2: Lo dicho sin embargo, no procederia en negocios en que pudiesen causarse muy graves perjuicios, por el abuso de los notarios quienes frecuentemente y por costumbre continuan en los poderes las cláusulas indicadas, sin consentimiento y tal vez con plena ignorancia de los otorgantes, como refiere Cárlos Andin. *in consuetud parisien.* tít. 1. §. 10. quest. 3. Añádase que los tutores y otras personas semejantes tienen poder *libre* como dice la Glos. en la cit. l. 60. *de procurat.* y V. l. 48. D. *de admin. tutor.* donde esplica Bart. si la tendrá tambien un curador de bienes ó curador *ventris*. Y sobre lo que procedería si ignorándolo el procurador, revocase el principal la otorgacion de *libre* poder, V. á Bald. que notablemente lo esplica en la l. 10. C. *quod cum eo*; y añád. que el

tas, bien podria fazer qualquier de las cosas (114) sobredichas. E otrosi dezimos, que el Personero non puede poner otro en su logar, en aquel pleyto mismo sobre que el fue dado, si primeramente (115) non lo ouiesse començado por demanda, o por respuesta. Pero si le fuesse otorgado tal poderio en la carta de la personeria (116), estonce lo podria fazer ante, e despues. E esto ha logar en los Personeros, que son dados para seguir los pleytos en juyzio. Mas los otros que son fechos para recabdar, o fazer otras cosas fuera de juyzio; estos atales bien pueden dar (117) otros Personeros en su logar, cada que quisieren: e valdra lo que fuere fecho con ellos, tambien como si lo fiziessen con aquellos que los pusieron en su logar. Pero si estos fiziessen (118) alguna cosa a daño del señor, estonce los primeros Personeros que los cogieron, e los pusieron en sus logares, son tenudos de se parar a ello. E aun dezimos, que los Personeros que son dados, para recabdar cosas fuera de juyzio, que cumple que sean de edad de xvij. años (119); como quier que los otros, que son puestos para demandar (120), o a responder por otro en juyzio, deuen ser, a lo menos, de edad de xxv. años (121).

LEY 20. *Como valdria lo que fiziesse vn ome por otro en juyzio; maguer non ouiesse ende recebido personeria.*

Ninguna cosa non puede ser demandada en juyzio por otri sin otorgamiento del señor della, assi como diximos en la ley ante desta. Pero si alguno demandare en juyzio por otro assi como

procurador de todos los bienes con poder *libre*, aunque no se haya espresado que pueda accionar y defender al principal; sin embargo podrá accionar y presentarse en juicio: l. 12. D. *de pact.* y allí lo anotad. por Bart. V. además lo dicho en la l. 7. tít. 14. Part. 5. *—La cláusula de que se habla aquí, esto es la de que el procurador puede hacer todo lo que podria el principal se acostumbra continuar rutinariamente en todas las escrituras de poder, y lo mismo la de que se entienda este *amplio*, *libre* y *cumplido*: mas á pesar de ellas no se entienden los poderes bastantes para aquellos actos que lo requieren especial, á menos que se diga así espresamente.

(114) Es decir, sino son muy perjudiciales; por el abuso de los notarios que comunmente continuan esta palabra segun Carl. Andin. *consuetud parisien.* tít 1. §. 10. cuest. 3. *—V. la nota ant.

(115) Añád. la l. 11. C. *de procurat.* y la Glos. de la l. 8. C. del mismo tít. ¿Y si se nombra el procurador despues de contestado el pleito por el poderdante? V. Glos. en la l. 20. C. *de procur.* donde sostiene con Azon que seria lo mismo que si se le hubiese nombrado antes; y esta opinion siguen Pedro y Din. Bald. y Salic. allí; asegurando Jason que es la mas comun. Defienden, sin embargo, lo contrario Bart. y Angel. allí y lo mismo Specul. tít. *de proc.* §. 1. col. 10. vers. *quid si procurater intercessit*; y allí Juan Andr. en la adicion, donde dice estar así declarado en el cap. 1. §. 1. *de procurat.* in 6., V. la Glos. allí y *Archidiacon* y *Dominic.*: lo propio sostiene Alber. en las ll. 20. y 11. C. *de procurat.*, donde refiere que siguieron la misma opinion Rubert. y Francisc. Accur. lo que demuestra cuan errado anduvo Jas. afirmando que su opinion era la mas comun: y la contraria es la que aprueba nuestra ley aquí al decir *si primeramente non lo ouiesse comenzado*; esto es, el procurador. *—Caducado el principio de que el procurador se hace dueño del pleito por la litis contestacion, dejará en el dia de poder aquel nombrar substituto sin poderes especiales para ello aunque el pleito esté contestado; pero podrá hacerlo antes y despues de la contestacion cuando tenga facultad espresa de substituir.

(116) Añád. cap. 1. §. 1. *de procurat.* in 6.

(117) Añád. cap. 1. §. últ. *de procurat.* in 6.

(118) Concuerda l. 8. §. 3. D. *mandati* y la Glos. allí; añád. l. 1. §. 5. *de exercit. act.* y lo que allí nota Bart.; á menos que el procurador fuese nombrado para cierto negocio, y no se le hubiese prescrito determinadamente lo que debia practicar, pues entónces parece elegida su industria y por lo mismo no podria nombrar substituto; así lo sostiene Bart. en la l. últ. al fin *de divers. temp. præscript.* sin embargo parece pretender lo contrario la Glos. del cap. penúlt. *de elect.* in 6. cuando dice que si un canónigo nombrare á otro su procurador, podrá este elegir un substituto: V. Abb. cap. últ. §. últ. *de offic. de legat.* y, como nuestra ley habla indistintamente, parece desechar la opinion de Bart., á pesar de ser esta la mas equitativa, segun Abb. en el cit. §. cap. últ.

(119) Apruébase aqui la opinion de Paul. de Castr. en la l. 1. §. 13. D. *de adq. posses.* donde dice: que el menor de 17 años no puede nombrar procurador aun para asuntos estrajudiciales; y asi parece entender esta ley lo que espresa el cap. 5. §. últ. *de procurat.* in 6., aunque segun Alex. en la l. 12. C. *de procur.* está contra esto la comun opinion.

(120) Por estas palabras se quita la duda de los antiguos, sobre la cual vid. Alberic. en la l. 51 D. *de procur.*

(121) Concuerda la l. 51. D. *de procur.* y el cap.

Personero, e aquel a quien fiziessen la demanda, entrasse en pleyto con el, non le diziendo (122) que se fiziesse Personero de aquel por quien demandaua; si despues desso viniesse aquel en cuyo nome fazia la demanda, e quisiesse (123) auer por firme lo que era fecho con el, valdria todo lo que fuesse fecho en juyzio; bien assi como si de comienço lo ouiesse otorgado por su Personero. Fueras ende, si este que demandaua en boz de Personero, fuesse sieruo (124), o alguno de aquellos a quien es defendido, que non pueda ser Personero por otri.

LEY 21. *Por que cosas el Personero non ha poder de demandar, o de defender el pleyto en juyzio, si primeramente non diere fiadores.*

Dubdosas, o mal fechas, o menguadas, a las vezes traen los Personeros las cartas de la personeria en juyzio, de manera que non pueden saber ciertamente, si son valederas, o non. E porque las cosas que passan ante los Judgadores, deuen ser ciertas, de guisa que valan; dezimos, que quando tal dubda (125) como esta acaesciere,

5. §. últ. del mismo tít. in 6. y V. la l. 12. C. del propio tít. debiendo hacerse estensivo lo dispuesto aquí, aun al caso en que contra tal menor no llegase á oponerse la escepcion de menor edad: y así no puede ser procurador, segun Anton. y Abb. cap. penult. *de procur*. cól. penult.; aunque Juan Andr. sostiene lo contrario. V. Abb. allí, y lo mismo defiende Angel. despues de Bart. en d. l. 51. en donde Angel. pretende debe esceptuarse el caso en que se hubiese proferido sentencia á favor de un procurador menor de edad. V. allí. En la referida l. 51. parece declararse, sin embargo, que será válido lo obrado en juicio por un procurador menor, aunque podrá despues pedir la restitucion, y así lo esplica allí Paul de Castr. siendo por lo mismo, lo mas seguro oponer desde luego la escepcion al menor que gestione como procurador. Y, ¿si dicho menor ofreciere juramento? Será admitido despues que lo haya prestado, no antes, y solo por haberlo ofrecido, segun Alber. Angel. y Paul. allí. ¿Y si se presenta el menor para defender á su Padre ausente, ó á su Madre ó Abuela? dice la Glos. que será entonces admitido porque le autoriza para ello la l. 12. C. *de proc.* y no disfrutará en tal caso del beneficio de restitucion; y lo mismo sostiene Angel. allí y otros.

(122) Pues si se opusiese desde luego la falta de poder, no aprovecharia la restitucion posterior. l. 24. C. *de procur*.

(123) Concuerda la l. 56. D. *de judic.* lo que debe entenderse con muchas limitaciones, las que esplica Jas. en d. l. 24. C. *de proc.* y procederia lo dispuesto aquí aunque la ratificacion se hiciese en provecho del ratificante, vid. alli y lo que dice Paul. de Castr. en la ley referida: pudiendo verse además sobre esta materia á Felin. en el cap. 9. *de judic.* en las tres col. últim.

(124) Apruébase lo que dice la Glos. en d. l. 56. *de judic.* y alli Paul de Castr. * Las diferentes cuestiones que ocurren sobre si es ó no suficiente, y en que casos lo sea, la ratificacion posterior del principal interesado, para la válidez de los actos judiciales que haya tal vez practicado un titulado procurador sin serlo legitimamente constituido, pueden ofrecer en el dia mayor dificultad, atendido que estableciendo las ll. 3. tít. 31. lib. 5. y 3. tít. 3. 11. Nov. Recop. que ninguno pueda poner demanda ni responder á ella sin presentar el poder y este bastanteado por letrado; parece que todo lo que se haga por un titulado procurador sin aquel requisito, habrá de ser necesariamente nulo, como contrario á ley espresa y terminante: ya se haya admitido á un procurador sin la escritura de poder, ya se haya presentado esta, pero sin ser bastante. Sin embargo de esto, en otros casos análogos admiten las leyes recopiladas, la ratificacion, como por ejemplo en la mujer casada á quien está prohibido espresamente el presentarse á juicio sin licencia de su marido; y á pesar de esto se permite á aquel ratificar lo hecho por la muger sin su licencia, y se tiene por bastante para este efecto la ratificacion general, l. 14. tít. 1. lib. 10. Nov. Recop.: de lo cual por identidad de razon puede inferirse que la nulidad de lo obrado por un ilegítimo procurador y la consiguiente responsabilidad del letrado que haya habilitado los poderes no siendo bastantes, tendrá lugar únicamente cuando declarada la ilegitimidad de aquellos, no se ha presentado la parte interesada á ratificar todo lo obrado en su nombre y sin su competente autorizacion: y este seria uno de los casos á que con mas oportunidad y convenencia podría aplicarse la l. 2. tít. 16. lib. 11. Nov. Recop. en la cual se dispone que siendo hallada y probada la verdad del hecho en el proceso, sobre que pueda darse sentencia cierta, deban los jueces fallar aunque falte alguna de las solemnidades de derecho: á menos que sobre el defecto que se observare haya llegado á promoverse cuestion y se hubiere mandado subsanar, en cuyo caso perjudicará esta omision al que debiendo suplirla no lo ha verificado; y así tampoco seria bastante la ratificacion posterior, cuando al titulado procurador se le hubiese escepcionado su falta de personalidad, y, declarada esta, no hubiese cuidado de legitimar su nombramiento.

(125) Es decir, cuando producida la escritura de poder se suscitare alguna duda sobre su legi-

que non deuen dar tal Personero, que faga la demanda contra la otra parte (126) que lo (*l*) refiera;

(*l*). refierta. Acad.

timidad segun se dice al principio de esta ley, como si el procurador presentase unas letras selladas de cuya fe se dudara, á tenor de lo anotado á la l. 22. C. *de Episc. et Cleric.* en cuyo caso no bastaria, para que procediese lo dicho, que se hiciese ostencion del sello del principal, sino de las letras selladas, segun Salic. á la l. 1. C. *de procurat.* ó si, acreditándose el poder por medio de escritura pública, se dudase tambien de la legitimidad de esta, por negarse que fuese escribano el que, en calidad de tal, la autorizó, ó por oponerse que no es documento público ó autentico, Ang. á d. l. 1. ó si se produce una escritura privada, ó si tratándose de un negocio para el cual se requiere poder especial, se duda si en la escritura producida hay las cláusulas necesarias para entenderse aquél conferido, l. 25. hácia el fin y siguientes, D. *de minor* y Bart. á d. l. ó si por otro motivo, en vista del poder, se hiciese cuestionable la calidad de procurador en en el que lo ha presentado: Specul. tít. *de procur.* §. *ratione autem formæ* col. 1. y 2. Mas, ¿atendidas las palabras de esta ley, procederia lo dispuesto en ella, cuando, no constando el poder por escritura, se suscitase cuestion por otras causas sobre la existencia del mismo, si el pretendido procurador acreditase semiplenamente su personalidad por un solo testigo, ó si justificare del mismo modo la parte contraria que el poder se le ha revocado, l. 23. D. *de admin. tut.*; ó si el procurador pretendiere que se le tenga por tal por tener en su poder y presentar los documentos ó títulos en que se ha de fundar la demanda ó defensa del principal interesado, segun lo anotado por la Glos. á la l. últ. C. *pact. convent.* y como latamente se deduce en d. l. 1.? Abb. en el cap. *coram* col. 3. *de offic. deleg.* pretende que en semejantes casos deberia admitirse al procurador prestando la caucion *de rato;* pero lo contrario sostiene Salic. á d. l. 1. á quien puede verse allí y esto es lo mas probable. Y sea de ello lo que fuere por derecho comun, de las palabras de nuestra ley aquí parece inferirse que en los casos citados últimamente no deberia admitirse al procurador ni aun con la caucion *de rato*, antes al parecer esta misma ley requiere que se acredite el poder por medio de escritura; y así lo previene mas espresamente la l. de Madrid [l. 3. tít. 3. lib. 11. Nov. Recop.] ni la práctica de los tribunales del reino admite, en esta parte la prueba de testigos, ni fuera esto conveniente sobre todo estando ausente el supuesto poderdante y debiendo examinarse aquellos en su ausencia, como lo sostenia Petr. á la 16. C. *de procur.* y esta opinion es, segun Paul. á d. l. 1. la mas equitativa y razonable; y pueden orillarse con ella, muchas cavilaciones que tal vez pudieran suscitarse contra esta ley, á pesar de decirse en el principio de la misma que debe evitarse toda incertidumbre en los actos judiciales. Ni de otra parte parece conforme á derecho, por mas que digan los DD.; que deba presumirse el mandato á favor del que tenga en su poder los instrumentos de la causa: porque pudieran habersele entregado para otros efectos, como para consultar letrados, etc.; ó pudiera haberlos sustraido furtivamente. Pero lo que sí, no obstante lo que acaba de decirse, parece equitativo, es que si alguno presentase poderes para litigar en lugar remoto y se suscitara duda sobre la identidad de la persona del titulado procurador que los ha presentado; se presumiria siempre á favor de este la identidad referida por el solo hecho de tener la escritura de nombramiento en su poder; y así lo dice Bald. en d. l. 22. C. *de Episc. et Cleric.* al que sigue Abb. en d. cap. 34. *de offic. jud. delegat*; especie nueva y sobre la cual conviene no pasar sin reflexion, por opinar comunmente contra ella los DD. segun derecho comun: insistimos, empero, en que dicha opinion es la mas equitativa y verdadera por derecho y consuetud de este Reino: y no se deje sobre este punto de ver á Bald. en la cit. l. 16. *C de proc.* donde en vista de las opiniones encontradas, distingue entre el caso de ser la causa de grande ó de poco interés; y V. tambien á Specul. vers. *ratione autem formæ*: en donde Juan Andr. en las adicion. vers. *videtur* sobre la palabra *testes*, dice que la práctica de los tribunales no admite el que los poderes se prueben por medio de testigos, aprobando allí y elogiando tal costumbre. Si en los poderes faltase la firma del principal, segun lo dispuesto por la ley de Alcalá, ó hubiese otro defecto en la escritura, de manera que resultase dudoso el mandato, entónces se admitiria al procurador previa la caucion *de rato*, como lo previene esta ley. Y la disposicion de la misma, á saber, la de que cuando hay duda sobre el poder, se admite al procurador con la indicada caucion; la esplican los DD. con muchas limitaciones; y señaladamente Jas. en la d. l. 1. C. *de procurat.* V. allí, entre las cuales es digna de notarse en particular la que dice; que si se opone á alguno que es falso procurador, y por lo mismo se le acusa de falsario, entónces no se le admitirá ni prestando la caucion, segun Specul. tít. *de procur.* §. *ratione autem formæ* 2. col. vers. *ubi vero.*

(126) No bastaria, pues, la negativa de la parte para poner en duda la legitimidad de los poderes producidos, segun así lo afirman tambien comunmente los DD. contra la Glos. de d. l. 1·

a menos de dar (127) primeramente fiadores, o recabdo (128), que por lo que el fiziere en el pleyto, que estara por ello, e lo aura por firme el que le fizo su Personero. Mas quando la personeria fuesse complida, deue ser cabido el Personero, para fazer la demanda. E non le deuen embargar, nin demandar otro recabdo. Fueras ende, si este Personero del demandador non quisiesse dar fiadores de responder, e de defender (129), a aquel cuyo Personero era, en aquellos pleytos que la otra parte dixesse que queria mouer (130) ante aquel Judgador mismo, contra aquel que lo fiziera Personero. Ca estonce derecho es, que assi como non quiere dar recabdo para responder en juyzio por el dueño del pleyto, que non pueda demandar por el. E esto que diximos en esta ley, ha logar en los Personeros del demandador. Mas el Personero del demandado, quier traya carta complida de personeria, quier non, siempre deue dar recabdo (131) de fiadores, o de peños, que lo que fuere judgado sobre el pleyto que defiende, que se cumpla en todas guisas. Fueras ende, si en la carta de la personeria dixesse señaladamente (132), que el que lo fiziera Personero, el mismo era fiador por el, de cumplir, e de pagar todo lo que en el pleyto fuesse judgado. Ca estonce non le deuen demandar otra fiadura.

LEY 22. *Como los Personeros deuen responder ciertamente a las demandas que les fazen en Juyzio: e si non quisieren responder, o non supieren, el dueño del pleyto es tenudo de lo fazer.*

Ciertamente deuen responder los Personeros a las demandas, e a las preguntas que les fazen en juyzio, si supieren. E porque a las vegadas se trabajan maliciosamente algunos, de alongar los pleytos, encubriendo, o callando la verdad; porende dezimos, que en tal razon como esta, si alguna de las partes pidiere al Judgador, que mande venir delante al dueño del pleyto (133), para responder a tales preguntas; o diziendo que el señor del pleyto es fiel ome, e non negara la verdad, e el Personero es reboltoso, o ome que non sabe el fecho; que tal razon como esta, que la deue caber el Judgador. E si el principal del pleyto fuere en el logar, mandamos que el Judgador lo apremie, e le faga venir a responder a las preguntas ante si. O si fuere a otra parte (134), do aya otro Judgador, deue mandar escreuir las pre-

y l. 39. §. 1. D. *de procurat.* * En la l. 3. tít. 3. lib. 11. Nov. Rec. se dispone: que si siendo bastanteado el poder, el letrado contrario dijere que no es bastante, sea luego al dia siguiente traido al Consejo ó Audiencia donde el tal negocio pendiere, para que se vea si es bastante, y se determine.

(127) O debe hacer constar claramente su poder V. Glos. en la l. 39. §. 1. D. *de procur.*

(128) Con prendas. V. Bart. en la l. 2. D. *de prætor stipulat.*

(129) Concuerda l. 33. §. 3. l. 43. §. 4. D. *de procur.* l. 5. C. d. tít.; pudiendo de esto inferirse que el procurador constituido para accionar, tambien lo es para defender al principal en causa de reconvencion; y lo mismo seria aunque en los poderes se hubiese espresado otorgarse *tan solo* para accionar, segun Fulgos. á d. l. 33. §. 3. y Jas. en la l. 5. C. *de procur.* citando á otros; aunque lo contrario sostiene Bart. en el referido §. 3.; y V. Abb. sobre el cap. 10. *de procur.*

(130) Pues si desde luego opusiere la reconvencion, no se exijirá esta fianza: V. Glos. en d. l. 5. y en la 35. §. 3. sobre la palabra, *satisdando* D. *de procur.* donde se aprueba esta doctrina, á pesar de que la impugna Juan Andr. en las adicion. á Specul. tít. *de procur.* col. 11. vers. *sed dubitatur;* pues contra lo que allí pretende hay el texto de esta ley que dice: que el procurador del actor debe prestar caucion de defender á este en méritos de la reconvencion cuando el reo no la opone desde luego, pero dice que quiere oponerla y no lo hace por no tener á la mano los títulos ó pruebas en que ha de fundarla: en cuyo caso, empero, debe señalarse á este último, un término dentro del cual haya de oponer la reconvencion segun Specul. lug. arriba citad. col. 12. vers. *sed numquid perpetuó.* Y el mismo en el tít. *de satisd.* §. penult. vers. *sed quæritur* añade que no puede dispensarse de defender á su principal el procurador, aunque lo sea para accionar, despues que ha prestado la referida fianza.

(131) Conc. l. 1. C. *de satisd.*

(132) V. §. últ. Instit. *de satisd.* entendiéndose esto en el caso de poseer el poderdante bienes raizes: l. 15. D. *qui satisd. cogant.* y V. Angel. en la l. 65. D. *de procur.* * La l. 3. tít. 31. lib. 5. Nov. Rec. previene que los procuradores que hagan auto ó den peticion sin traer poder de su parte y sin presentarle firmado por bastante de letrado del Audiencia, paguen por cada vez de pena un ducado para los pobres.

(133) Conc. l. 26. C. *de procurat* y cap. 1. *de judic.* in 6. y V. Azon. en la summa tít. cit. vers. *sed illud non præ termitto.* col. 3. y cap. 8. *de procur.* in 6. y l. 29. D. *de procurat.*

(134) V. l. 12. §. 4. C. *de reb. credit.* l. 2. §. 3. D.

guntas que fizieron antel, e embiarlas selladas (155) con su sello al otro Judgador, en cuya tierra es aquel que quieren preguntar, rogandole, quel constringa al señor del pleyto, e le faga venir ante si. E desque ouiere recebido la jura del, que le faga responder a las preguntas, e que le embie las respuestas escritas, cerradas, e selladas de su sello. E el Judgador, que recibiere la carta del otro, mandamos que sea tenudo de lo fazer, assi como de suso es dicho (156).

LEY 23. *Quando se acaba el officio del Personero.*

Muriendose (157) el señor del pleyto, ante que su Personero lo començasse por demanda e por respuesta, acabasse porende el officio del Personero, de guisa que non puede, nin deue despues yr adelante por el pleyto. Mas si se muriesse (158) despues que fuesse començado por respuesta (159), non pierde por esso el Personero su poderio; ante dezimos (140), que deue seguir el pleyto, fasta

quib. ex caus. in posses. eatur, donde hay una glos. notable que dice, deberse hacer la diligencia ó remision que se dispone aquí á expensas del ausente, y lo funda en el texto de d. l.; porque no debe por la ausencia de uno hacerse de peor condicion al que está presente; y lo mismo sostienen Bart. en la l. últ. C. *de procur.* segunda lectura, y Angel. y Alberic. en la l. 29. D. *de procur.* y tambien Bald., lo que es digno de notarse. Y ¿que deberá practicarse cuando estando la parte ausente se le defiere, el juramento ó se pide que preste el de calumnia? V. Specul. tít. *de juram. calumn.* §. *restat.*, al fin. donde pretende se habrá esto de dilijenciar tambien á expensas del ausente, esceptuando el caso en que este lo sea y litigue por medio de procurador, por razon de enfermedad, por dignidad ó sexo, pues entónces se hace á costas de las dos partes; todo lo que lo sienta refiriéndose al juramento de calumnia: y hablando del mismo lo sostiene tambien Alex. en la l. 15. D. *de jurejur.* y tal vez debe entenderse con esta limitacion lo que antes dijimos en el caso de esta ley; esto es en el de haber de recibirse al ausente alguna respuesta personal pues tambien entónces obrará la misma razon; como quiera que al absolver las posiciones se presta tambien el juramento de calumnia ú otro semejante. En las Reales Audiencias indistintamente se practican las espresadas diligencias á expensas del que las ha instado. * Y no solo en las Audiencias sino en todos los demás Tribunales del Reino, sin que en ningun caso se haga de peor condicion al ausente.

(135) Nótese este texto, porque lo dispuesto en él no estaba tan esplicitamente declarado por derecho comun; antes se obligaba al ausente á presentarse, d. l. 26. C. *de procur.* y la Glos. sobre el cap. 5. *de juramento calumniæ*, hablaba de los ausentes en ultramar ó en paises muy remotos.

(136) ¿Tendrá lugar lo dispuesto en esta ley en causas en que no interviene procurador sino un defensor de los que pueden gestionar, como hemos visto, en nombre de otro, sin necesidad de poder? V. Alberic en la l. 26. C. *de procur.* donde pretende que, en rigor, no debe hacerse esta ley estensiva al defensor, pero si por equidad. Parecéme, empero, que deberá aplicarse la indicada disposicion al defensor, así por equidad, como por rigor de derecho, porque obra la misma razon respecto de este que del procurador. Pero ¿tendrá lugar así mismo esta ley en los procuradores *in rem suam*? V. Alberic. en la cit. l. 26. y otros DD. allí y en la 29. D. *de procur.* donde opinan que tambien en este caso tiene lugar dicha disposicion: y tratan allí mismo de la fuerza que deberá darse á la confesion del cedente que por la cesion haya constituido á otro procurador *in rem suam*; sobre lo cual V. tambien á Salic. en d. l. 26. * V. lo anotado á la l. 1. tít. 13. de esta partida.

(137) Conc. el §. 1. Instit. *de mandat.*, la l. 15. C. d. tít. Y ¿que deberá decirse del mandato hecho á quien se haya dado dinero para que lo entregara á otro? ¿Se estinguirá tambien con la muerte del mandante? V. la Glos. y Bart. allí col. 4. á la l. 41. D. *de reb. credit.* donde dice; que si el dinero se ha entregado á dicho mandatario, puede este cumplir el mandato entregándolo á la persona que se les señaló, aun despues de muerto el mandante.

(138) Concuerd. l. 23. C. *de procurat.** En el dia no tendrá esto lugar por estar fundado en el principio de que por la litiscontestacion se hacia el procurador dueño del pleito: y así se entenderá caducado el poder por la muerte del principal interesado. V. nota 1. de este tít.

(139) O en los casos en que no debe haber contestacion, luego que se haya comenzado á tratar de los méritos de la causa, Bart. y DD. en la cit. l. 23. donde véase á Bald. que esplica lo que deberá practicarse cuando se haya procedido sin guardar el órden de derecho. Y si el principal diere fianza, estando presente su procurador ¿acabará tambien el poder por la muerte del primero? V. l. 15. D. *de procur.* y Bart. allí.

(140) A menos que sea el procurador de algun prelado, como se dice en la Clement. últ. *de procur.*: y acerca el modo como debe proferirse la sentencia, muerto el principal, V. los DD. en d. l. 23. C. *de procur.* y á Alex. allí. En la práctica se acostumbra en dicho caso proferir la sentencia, entendiéndose con el procurador como dueño del pleito. * V. la adicion á la nota 138.

que sea acabado, tambien como si fuesse biuo el que lo fizo Personero; maguer non recibiesse mandado nueuamente de los herederos del finado. E otrosi dezimos, que si el Personero (141) se muere, ante que el pleyto sea començado por respuesta, (p) que se acaba el oficio del. Mas si muriesse despues que lo ouiesse començado, sus herederos (142) del deuen, e pueden acabar lo que el començo, si son hombres para ello. Aun dezimos, que se acaba el officio del Personero, luego que el Judgador da juyzio afinado, sobre el pleyto en que era Personero. Pero quando el juyzio diessen contra el, o contra aquel cuyo Personero fuesse, deue se alçar. E puedelo fazer, maguer non le fuesse otorgado poder, para fazerlo, en la carta de la personeria. Mas non puede seguir (143) el alçada sin otorgamiento del señor del pleyto. Otrosi se acaba su officio, quando el dueño del pleyto le reuoca (144), e pone otro en su logar: o si el mismo por su grado dexa la personeria, por algun embargo(145) derecho, que ha tal, por que lo non puede seguir.

LEY 24. *Como puede el dueño del pleyto toller el Personero que auia fecho, e fazer otro.*

Señaladamente faziendo vn ome a otro su Personero sobre algun pleyto, si despues desso (146) fiziere a otro en esse mismo (147) pleyto, tuel-

(p). En el testo de la Acad. faltan todas las palabras que signen hassta *sus herederos* inclusive; y no se distingue por consiguiente entre el caso de que al morir el procurador esté o no comenzado el pleyto por demanda y respuesta, para el efecto de deber proseguirlo los herederos de aquél.

(141) Concuerda d. §. 10. *instit. de mandat.*

(142) Esta disposicion no se hallaba tan espresa en el derecho comun; antes parecia indicarse lo contrario en la l. 57. al fin. D. *de judic.*: y fundado en este texto Alberic. en la l. 23. C. *de procurat.* sostenia, que en este caso se transferia el pleito al dueño ó poderdante, el cual y no los herederos del procurador, debia ó podia proseguir la instancia. Y lo mismo defiende Bald. en la l. 15. al fin. C. *mandat.* diciendo: que por la muerte del procurador termina el mandato en los juicios, tanto si es integro el negocio como sino lo es; aunque pretende suceder lo contrario en los contratos por la l. 21. §. 2. D. *de negot. gest.* Jamas, empero, he visto en la práctica que prosiguiese el pleito el heredero del procurador; pero si este hecho dueño del pleito, murió habiendo nombrado un substituto, entónces este continua y termina el pleito: y aun por derecho comun, decia Alber. lug. cit. que aunque se espresare en el poder; nombro en procurador mio á Ticio y á su heredero: respecto de este no valdria el nombramiento porque es incierto; segun l. 2. D. *de proc.* *Hablando sobre esta disposicion de la presente ley D. Juan Sala en su obra *derecho Real de España*, T. 2. lib. 3. tít. 3. n. 12. advierte como Gregor. Lopez no haber visto jamas que prosigan los negocios comenzados por un procurador los herederos de este despues de su muerte: para lo cual y á pesar de la terminante disposicion de esta ley será necesario que se otorgue poder separadamente á los espresados herederos, como se desprende de lo dispuesto en el art. 222. de las Ordenanzas de las audiencias, que previene tambien lo que deberá practicarse cuando ocurra la muerte de algun procurador de número, para el arreglo y conservacion de los papeles relativos á los negocios que le estuviesen encargados.

(143) Lo contrario establece la l. 3. tít. 23. de esta partida, donde se dice que puede el procurador seguir la alzada si quiere. Y esto último es lo que debe prevalecer entendiéndose lo dispuesto aquí para el caso en que se trate de un procurador especial para cierta y determinada causa como se espresa tambien en d. l. 3. pues si fuese procurador general para todas las causas presentes y futuras ó para todos los negocios; podria por punto general proseguir la apelacion; y aun deberia hacerlo; porque el poder ó mandato se estiende á todas las instancias, como lo nota Innoc. y DD. en el cap. 14. *de procurat.* y la Glos. allí, Bart. y Paul. á la l. últ. D. *an per allium causæ apellat reddi poss.* y se espresa en d. l. 3.

(144) Entiéndase, estando íntegro el negocio como en el §. 9. *Instit. de mandato.* — * Los procuradores pueden ser revocados en cualquier estado del pleito; y mientras esto se verifique mediante la protesta de no entenderles perjudicar en su reputacion y fama y pagándoles lo que acreditan no es necesaria la espresion y prueba de causa. V. Febrero Novis. tom. 3°. pág. 238.

(145) Concuerda la l. 17. y sigs. D. *de procurat.* y la l. próxim. sig. hácia el fin.

(146) Conc. cap. *quamvis* y ll. 6. 16. y 31. §. 2. D. *de procurat.* cap. 14. del mismo título, y procede esta disposicion aunque no acepte el poder el procurador últimamente constituido, como lo nota la Glos. en el cap. 6. *de procurat.* in 6.° Aujel. y Paul. en el citado §. 2. l. 31.; y lo mismo tiene lugar en el curador *ad litem,* Glos. de d. §. 2. l. 31. y Paul. á quien puede verse allí: debiendo entenderse que procederá lo dispuesto aquí, si el primer nombrado estaba todavía sujeto á

le el poderio al primero, e dalo al segundo. Empero, quando assi lo quiere toller, deuelo fazer saber al Juez, o a su contendor. E non lo faziendo saber (148) assi, deue valer lo que el primero Personero razonare, o fiziere en aquel pleyto, tambien como si non lo ouiesse tollido. Otrosi dezimos, que si el primero Personero ouiere començado el pleyto por demanda, e por respuesta, e quisiere el señor del pleyto reuocar este, e dar (q) a otro, puedelo fazer (149). Fueras ende, si la otra parte, contra quien auia començado el pleyto, lo contradixesse (150), diziendo que con tantos Personeros non podia razonar su pleyto. O si el Personero mismo se touiesse por desonrrado, teniendo que lo queria reuocar por sospechoso. Ca estonce, o deue aueriguar la sospecha, o dezir manifiestamente, que non ha querella del, nin le tuelle la personeria, porquel aya por sospechoso. E faziendolo assi, puedelo toller, e fazer otro. E aun dezimos, que si aquel que fizo el Personero, ha alguna derecha razon, porque lo quiere mudar, que gela deue caber, maguer fuesse el pleyto començado por demanda, e por respuesta. E las razones son estas: como si aueriguasse, que el primero Personero fuesse en poder de los enemigos (151), o en prision, o fuesse ido en romeria, o embargado de alguna enfermedad; o ouiesse á seguir sus pleytos mismos, de manera que non pudiesse entender en el de aquel, cuyo Personero era; o fuesse fecho su enemigo, o amigo de su entendor, por casamiento que ouiesse fecho de nueuo. Ca por qualquier destas razones sobredichas, o por otras semejantes (152) dellas, puede reuocar el primero Personero, o dar otro (153), maguer el mismo e la otra parte lo contradixesse. Mas si el pleyto (154) non fuesse començado por demanda, e por respuesta, bien puede el dueño toller la personeria al vno, e darla al otro, quando quisiere, maguer non muestre razon por que lo faze. E esso mismo dezimos (155) del Personero, si quisiere dexar la Personeria, por razon de enfermedad, o de otro embargo que ouiesse, de aquellos que de suso diximos; que lo puede fazer, faziendolo saber primeramente al dueño del pleyto.

LEY 25. *Cmo el Personero deue dar cuenta, e entregar al dueño del pleyto, de todo lo que ganara en juyzio por el.*

Bien assi como el Personero, o el Procurador, que es dado para recabdar algunas cosas fuera de

(q). otro Acad.

revocacion, por ser la cosa fuese íntegra; pero no si el negocio se hallaba en tal estado que no pudiesen ya al primero revocársele los poderes segun Alberic. allí y Abba. en el cap. 14. *de procurat.*: [En el dia no tendrá aplicacion la distincion que pone aquí el glosador por poderse revocar los poderes al procurador en cualquier estado del juicio, segun se ha dicho en la adic. á la nota 144.] Tampoco procederia lo dicho cuando se hubiese nombrado nuevo procurador por creer que habia muerto el primero l. 16. §. 4. D. *de testam.* tít. l. últ. D. *de hæred. instit.* y Alberic. en d. §. 2. l. 31. ni cuando al hacer el nuevo nombramiento se hubiese espresado que no se entendia revocar el poder al primer nombrado; segun Alberic. y Paul. allí y V. cap. 8. *de procurat.* in 6. Y respecto de los legados de la sede apostólica, V. Glos. en el cap. 3. caus. 25. cues. 2. donde se declara que por el nombramiento posterior no se entiende revocado el primero y así lo defiende Abb. en el cap. 8. *de off. legat.*, * —V. la adic. á la nota 144.

(147) Y contra la misma persona l. 5. D. *de tutel.*

(148) Conc. la l. 65. D. *de procurat.* l. única C. *de Satisd.* cap. 13. *de procurat.* y cap. 33. *de rescript.*

(149) Añád. l. 17. y sigs. *de procurat.*

(150) Así pues segun esta l. se requiere espresa contradiccion de la parte para impedir que se mude en un mismo juicio de procurador; y si, sabiéndolo, callase pareceria consentirlo; V. Paul. en la l. 17. D. *de procurat.* y la Glos. allí: y bastaria esta contradiccion de la parte adversa aunque lo consintiese el procurador como lo defiende la Glos. en la l. 25. D. *de procurat.* y Bald. en la l. 65. del mismo título, donde impugna la Glos. que allí habia defendido lo contrario: infiriéndose, por lo demás, bien claramente de esta ley lo que al principio hemos sentado.

(151) Añád. lo que dice Bart. sob. la l. 82. D. *de solut.*

(152) Como si era jóven é inesperto y al tiempo del nombramiento no le conocia el principal. V. Glos. en la l. 17. D. *de procurat.* y Paul. allí.

(153) Ni será necesario que se ratifique lo obrado por el procurador nuevamente constituido; pues lo que hizo el primero queda firme segun Bald. en d. l. 24. D. *de procurat.*, quien entiende de este modo la Glos. allí.

(154) Añád. l. 16. D. *de procurat.*

(155) L. 24. D. *de procurat.* debiendo entenderse despues de contestado el pleito ó prestada caucion por el principal, estando presente el procurador, como en la l. 8. §. últ. D. *de procurat.*

juyzio (156), es tenudo de dar cuenta dellas, a aquel cuyas son; assi el Personero (157) que es dado en juyzio, es tenudo de dar cuenta al señor del pleyto, de todas las cosas que recibiere, o ouiere por razon de aquel pleyto, en que es Personero. Ca si la otra parte fuere condemnada en las costas, o en las missiones, o en algunas otras cosas, todo lo que el Personero ende leuare, tenudo es de lo dar al señor del pleyto. E aun (r) dezimos, que desto es tenudo de darle, e de otorgarle todo el derecho que ganasse en juyzio, por qual manera (158) quier, por razon de aquel pleyto. Otrosi dezimos, que todas las despensas (159) que tal Personero fiziere, en siguiendo aquel pleyto, que sean derechas (160) e con razon, que es tenudo el quel fizo su Personero, de gelas dar; fueras ende las que ouiesse fechas, o pechadas, por razon de yerro que el mismo fiziesse: assi como si le condemnassen en las costas, o en las missiones, o en otra pena (161), por razon de su rebeldia, o de su culpa. Ca derecha cosa es, que sufra ome el daño, que le viene por su yerro, e que non demande porende emienda a otri. Pero si el Personero ouiesse fecha alguna postura (162) con el señor del pleyto, en razon de las despensas, o de daño que el sufriesse, en siguiendo el pleyto, dezimos que le deue ser guardada.

LEY 26. *Como los Personeros son tenudos de pechar al dueño del pleyto, lo que por su culpa, o por su engaño perdiera, o menoscabara.*

Negligentes, nin perezosos non deuen ser los Personeros, en los pleytos que recibieren en su encomienda; mas deuen andar en ellos lealmente, e con acucia. Ca si por engaño (163), o por culpa dellos, el señor del pleyto perdiesse, o menoscabasse alguna cosa de su derecho, tenudos serian de lo pechar de lo suyo. Mas si por otra razon, que non viniesse por engaño, nin por cupa dellos, se perdiesse, o se menoscabasse el pleyto, non serian tenudos los Personeros de fazerle porende emienda ninguna.

LEY 27. *En cuyos bienes deue ser cumplido el juyzio, que es dado contra el Personero del demandado.*

Contra el Personero (164) de aquel a quien demandassen, seyendo dado juyzio sobre el pleyto en que le fuesse otorgada la personeria, dezimos que se deue cumplir (165) en los bienes tan sola-

(r). demas desto es tenudo de darle Acad.

pues, cesando la causa, en ambos casos, se le obliga á cumplir el mandato: V. Bart. y Paul. en d. l. 24.

(156) Conc. l. 20. D. *mandat.*

(157) Conc. l. 46. §. 4. D. *de procurat.*

(158) Aun que fuese por sentencia injusta como se espresa en d. §. 4. l. 46.

(159) Conc. d. l. 46. §. 6. y cap. 6. *de procurat.* donde esplica Abb. si el procurador, habiendo caido en manos de ladrones y sido robado, podrá repetir contra el principal: y V. l. 26. §. 6. D. *mandat.*: y acerca lo que procederia si el poderdante no fuese solvente, V. l. 30. D. *de procurat.* que contiene un caso notable.

(160) Disponese así, porque el que, sin especial mandato defendiese una causa injusta, no podria repetir los gastos, como lo enseña Bart., á quien puede verse, en la l. 5. §. 5. D. *Ut judicat. solv.* lo que tendrá lugar cuando haya sucumbido; pero si logró buen éxito, entónces indistintamente repite los gastos, como se dice aquí y en el cit. §. 5. l. 5., y se nota en la l. 4. C. *mandati* y la Glos. allí y tambien en la l. últ. de este tít.

(161) V. d. §. 4. l. 46, D. *de procur.* y l. 6. C. *de administr. tutor.*

(162) Nótese que es válido el pacto entre el procurador y su principal de que se indemnizen á aquel los perjuicios que le sobrevinieran por su culpa ó contumacia; lo que creo procederá respecto de los perjuicios que provengan de culpa, pero no si provienen de dolo, como en la l. 27. §. 3. D. *de pactis* cap. 25. *de jurejurand.* l. 10. §. 5. D. *commodati.* V. Glos. en la l. 1. §. 6. D. *depos.*

(163) Conc. l. 10. al fin C. *de procurat.* l. 9. y 13. l. 65. D. *mandat.* y tambien deberá prestar la culpa levísima, siendo procurador judicial; por que se presenta como perito. Bart. en la l. 14. §. últim. D. *de furtis.* — * V. ll. 3. y 12. tít. 31. l. 5. Novís. Recop.

(164) Nótese que las palabras de la sentencia deben dirijirse contra el procurador, como latamente lo espresa la l. 1. C. *de sentent.* y Abb. al cap. 24. *de elect.* col. 5. Por derecho canónico no se exije muy especialmente esta solemnidad segun la Glos. en el cap. 6. *de in integ. restitut.* y tampoco la he visto observada jamás en los tribunales del reino.

(165) Conc. l. 61. D. *de procurat.* por la cual puede entenderse limitada la presente, cuando el procurador lo sea *in rem suam*: ó cuando supuso falsamente tener otorgado el poder; pues el que se dice procurador está obligado á acreditarlo como lo nota Bart. en la l. 1. C. *creditor, eviction. pign. non deber*, cuyo texto dice haber alegado mil veces en prueba de lo mismo. El procurador ora celebre un contrato, ora se pre-

mente de aquel que le dio por su Personero. E si por auentura non le fallassen tantos bienes de los suyos, en que el juyzio se pudiesse cumplir; estonce deue ser cumplido en los bienes de los fiadores, que el Personero (166) del demandado dio, e non en los del Personero (167). Mas si algun ome se parasse por si mismo a defender pleytos agenos sin carta de Personeria, e sin mandado del señor del pleyto; el juyzio que fuesse dado contra el, se deue cumplir en los bienes de tal defendedor, o de sus fiadores, en la manera que fiaron, e non en los bienes del señor del pleyto. E si este defendedor quisiesse demandar despues desso,(s) aquel cuyo pleyto defendiera, alguna cosa que dixesse que pechara por el, en aquel pleyto de que fuera vencido, non seria el otro tenudo de gelo dar (168). Pero si tal defendedor como este venciesse el pleyto (169), tenudo seria el dueño de pechar las costas, e las missiones, que ouiesse fecho derechamente, en defenderlo, maguer non quiera. E non se puede escusar, diziendo que non le encomendara su pleyto, nin le otorgara de ser su Personero, pues que pro, e buen recabdo le vino por el.

(s) á aquel Acad,

TITULO VI.

DE LOS ABOGADOS.

Ayudanse los señores de los pleytos, non tan solamente de los Personeros, de quien hablamos en el titulo ante deste, mas aun de los Bozeros. E porque el officio de los Abogados es muy prouechoso (1), para ser mejor librados los pleytos, e mas en cierto, quando ellos son buenos

sente en juicio debe manifestar el poder; de otra suerte debe resarcir á la parte los perjuicios: como tambien lo dice Anjel en el mismo lugar: ó si supuso falsamente que el principal habia prestado caucion de pagar lo juzgado; porque entónces se procede contra él á la ejecucion.

(167) Y si el principal, segun costumbre, hubiese relevado al procurador. ¿será necesario que este prometa á lo menos simplemente pagar lo juzgado, paraque se entienda accedida á dicha promesa la obligacion fidejusoria del principal? V. á Bart. en la rúbrica del tít. del D. *judic. solvi.* donde trata estensamente este punto.

(168) Y así no tendrá lugar lo que dicen Bart. y Alberic. en d. l. 61. D. *de procurat.* cuya disposicion limitan, pretendiendo que aunque por la accion de cosa juzgada no se trabe por punto general la ejecucion en los bienes del procurador, se trabará sin embargo en los mismos si se accionase en virtud de la estipulacion de pagar lo juzgado que el mismo hubiese interpuesto, segun la l. 28. D. *de procurat.*; pues nuestra ley aquí dispone espresamente lo contrario, de suerte que ni aun en el caso de haber el procurador caucionado quiere que se trabe en los bienes del mismo la ejecucion sino en los de los fiadores; á no ser que se entienda tambien hablarse en esta ley del caso en que se pida la ejecucion de la sentencia en fuerza de la accion de cosa juzgada; pero no del en que se reconvenga al procurador por su promesa.

(169) La Glos. en la l. 31. D. *de negot. gest.* §. últim.. sob. la palabra *aget* al princ. dice: que no podrá el defensor accionar para repetir los gastos del pleito, pero si para repetir el capital que por razon de la sentencia hubiese desembolsado, lo que debe entenderse segun Paul. de Castr. en d. l. 61. D. *de procurat.* para el caso en que hubiese confesado la deuda el interesado cuya defensa se asumió el primero, pues entónces podrá el defensor recobrar lo que por él hubiese pagado: pero no se entenderá probado el pago por la sola exhibicion de la sentencia cuya condena ha debido satisfacerse; antes, negándolo el principal deberá justificar el defensor que realmente se debia pagar lo que él pagó.

(170) Añád. l. 5. §. 5. y l. últ. C. *de bon auctor. jud. possid.* donde advierte Bart. que es justo que pague los gastos el que quiere aprovecharse de las diligencias, debiendo contribuir con mayor razon al pago de los primeros el que mas ha de participar del buen éxito del pleito; y añád. cap. 45. *de elect.* y Abb. allí, Oldrald. consil. 38. y Juan Andr. adic. al Specul. tít. *de expens.* á la rúbrica y en otra adic. vers. *inter canónicos* y Glos. en el cap. *cupientes* glos. últ. *de elect.* Nicol. de Nápol. á la l. 3. princ. y §. 7. D. *de contrar. tut. et util. act.* y Alberic. á la l. 3. D. *quod. cujusgo univ. nom.* col. 2. y Abb. cap. *inter canónicos* col. 2. *de elect.* donde pueden verse muchas especies sobre esta materia.

(1) Añád. ll. 4. y 14. C. *de advoc. divers. judic.* y lo que dice Casiodoro lib. *var epist. Quid dignius advocationis officio, si per illud impendatur ornatus, quod peregrinum negotium ad suas molestias trahit, ut laboribus subveniat alienis.* Y puede verse á Specul. tít. *de advoc.* donde trata muy estensamente del oficio de la abogacía, de los inconvenientes que trae consigo la institucion de los abogados, del traje que deben estos usar, de como deben portarse con sus clientes, con los patronos de la otra parte y con el juez; de sus exordios y arengas, y de la cautela con que han de proceder en el ejercicio de su facultad.

(2), e andan y lealmente; porque ellos (3) aperciben á los Judgadores, e les dan carrera, para librar mas ayna los pleytos; por ende touieron por bien los Sabios antiguos, que fizieron las leyes, que ellos pudiessen razonar por otri, e mostrar, tambien en demandando, como en defendiendo, los pleytos en juyzio; de guisa que los dueños dellos, por mengua de saber razonar, o por miedo (4), o por verguença, o por non ser vsados de los pleytos, non perdiessen su derecho. E pues que de su menester tanto pro viene, faziendolo ellos derechamente, assi como deuen; queremos fablar en este titulo de los Abogados. E mostrar primeramente, que cosa es Bozero. E por que ha assi nome. E quien lo puede ser. E quien non. E en que manera deuen razonar, e poner las alegaciones, tambien el Bozero del demandador, como del demandado. E quando el Abogado dixere alguna palabra por yerro, en juyzio, que tenga daño a su parte, como la puede reuocar. E como el Abogado non deue descobrir la poridad del pleyto de su parte a la otra. E por que razon puede el Juez defender al Abogado, que non razone por otri en juyzio. E que galardon deuen auer, si bien fizieren su officio. E que pena, quando mal lo fizieren.

LEY 1. *Que cosa es Bozero, e por que ha assi nome.*

Bozero (5), es ome que razona pleyto (6) de otro en juyzio (7), o el suyo mismo, en demandando, o en respondiendo. E ha assi nome, porque con bozes, e con palabras vsa de su officio.

LEY 2. *Quien puede ser Bozero, e quien non lo puede ser por si, nin por otro.*

Todo ome que fuere sabidor de derecho, o del fuero, o de la costumbre de la tierra, por lo que aya vsado (8) de grand tiempo, puede ser Abogado por otri. Fueras ende el que fuesse menor de diez

(2) Contra los pérfidos abogados, que defienden á sus clientes con mala fe, V. la Glosa en el cap. *irreligiosum*, 87. distinc. y Luc. de Pen. á la l. 1. C. *de lucr. advoc.*, donde dice que hoy se ejerce la abogacía para subvertir la verdad, mas que para dilucidar la justicia: y S. Agustin *ad macedoniamum*: *Si justitiæ sinceriùs consulatur, justiùs dicitur advocato, redde quod accepisti, quandoque contra veritatem stetisti, iniquitatibus affluisti, judicem fefellisti, justam causam oppresisti, de falsitate vicisti.* Y añade Luc. de Pen. citando á Apuleyo *secundo de magia*, que los ancianos y de edad muy avanzada deben abstenerse de ejercer la abogacía, pues no está bien dedicarse al patrocinio de los litigantes á un hombre que tiene un pie ya en la sepultura.

(3) No puede, empero, obligarse al abogado á asesorar al juez en las causas en que intervenga como patrono, V. Bart. a la l. penúlt. D. *de his quæ in testam. del.*, mas puede precisarsele á hacerlo en las demás, segun el mismo allí y lo propio opina Juan de Plat. á la l. 2. C. *de sacror. sirin.*

(4) Principalmente los litigantes pobres, quienes, segun Crisóstomo, no se atreven á presentarse entre los ricos.

(5) Mas no por esto deberá tenerse por abogado, á todo el que asista á la defensa de una causa ó alegue en méritos de ella, sino solo al que sea letrado y haya estudiado, por espacio, á menos de cinco años, l. 11. C. *de advoc. divers. jud.* y V. la l. prox. sig. [V. la adic. á la nota 8.]; por donde se ve que no deben llamarse abogados, los procuradores y demás que intervienen en la defensa de las causas, Bart. á la l. 1. §. 11. D. *de var. et extraord. cog.*; pudiendo verse allí si puede considerarse como tal al que está reducido á aconsejar privadamente en el bufete, y si aquel á quien se haya prohibido ejercer la abogacía, podrá, no obstante, presentar peticiones, mientras lo haga *gratuitamente*; lo cual deberá resolverse, segun sea el motivo por el que se haya impuesto la prohibicion.

(6) Conc. l. 1. §. 2. D. *de postul.*

(7) Pues no es ejercer la abogacía el interesarse de palabra con el juez, ó entregarle alguna esquela, l. 8. §. 2. y Bart. allí, D. *de legation.*

(8) V. Specul. tít. *de advoc.* §. 1. vers. *item quod non habet peritiam litterarum*, y Juan Andr. en sus adic. allí, donde pretende que nadie puede ser abogado sin ser jurisperito, y observa á propósito de lo dispuesto en la l. 17. C. *de judic.* [la que permite ser jueces á los militares] que no obra respecto de los jueces, la misma razon que con los abogados, por poder aquellos tomar consejo de sus asesores. Nuestra ley aquí parece aprobar la opinion de la Glos. en la l. 2. C. *de postul.* la cual sostiene tambien Ang. en l. 1. §. 2. D. d. tít.; pudiendo verse á Alber. allí donde pretende que la citada opinion, [la de poder, los que no son jurisperitos ejercer la abogacía], procederá cuando se trata de abogar ante tribunales ó jueces de hecho, mas no ante los que lo sean de derecho y juzguen con estricto arreglo á las leyes. * — En España no hay otros jueces de hecho que los jurados á quienes corresponde conocer de los delitos de imprenta, y ante ellos pueden abogar por el denunciador ó acusado los defensores que estos hayan elegido, sean ó no letrados art. 79. l. 10 abril de 1844. En

e siete años (9). O el que fuesse sordo (10), que non oyesse nada. O el loco (11). O el desmemoriado. O el que estouiesse en poder ageno, por razon que fuesse desgastador (12) de lo suyo. Ca ninguno destos non (a) deue ser Bozero por si, nin por otro. E esso mismo dezimos, que Monge (13), nin Calonge reglar, non pueden ser Bozeros por si, nin por otri. Fueras ende por los Monesterios, o por las Iglesias, do fazen mayor moraña, o por los otros logares, que pertenezcan a estos.

(a). puede Acad.

LEY 3. *Quien no puede abogar por otri, e puedelo fazer por si.*

Ninguna muger (14), quanto quier que sea sabidora, non puede ser Abogado en juyzio por otri. E esto por dos razones. La primera, porque non es guisada, nin honesta cosa que la muger tome officio de varon, estando publicamente embuelta con los omes, para razonar por otri. La segunda, porque antiguamente lo defendieron los Sabios, por una muger que dezian Calfurnia, que era sabidora: porque era tan desvergonçada, que enojaua a los Juezes con sus bozes,

las causas de que conocen los consejos de guerra, sean estos permanentes ó estraordinarios, á pesar de no poderse fallar sin asistencia de asesor, no se admiten, sin embargo, letrados para defensores de los reos, sino que deben estos nombrarlos entre los oficiales del ejército Rs. Ordenes 30 octubre 1781, 18 abril 1787. 17 julio 1800. 20 abril 1784 y otras varias. En todos los demás tribunales nadie puede patrocinar á las partes, sin ser letrado y estar habilitado para ejercer la abogacía, para lo cual es necesario haber obtenido el título de licenciado en jurisprudencia, Real Decreto 1°. octubre 1842; y basta la exhibicion de dicho título, sin necesidad de obtener autorizacion previa de los tribunales de justicia, Orden 6 noviembre 1843. quedando por consiguiente derogadas las leyes recopiladas que prescriben el exámen, aprobacion y prestacion de juramento en las audiencias respectivas, como requisito indispensable para abogar, y las leyes y disposiciones posteriores que, si bien dispensaban del referido exámen á los licenciados, pero sujetaban á él á los que, sin serlo y habiendo cursado jurisprudencia, solicitaban ser habilitados para abogar, Real Orden 25 junio 1836. Mas semejantes disposiciones que han ido modificándose continuamente de algunos años á esta parte, deben considerarse como muy transitorias, mientras no quede definitivamente arreglado el plan de estudios, del cual aquellas inmediatamente dependen.

(9) No puede ser abogado el que no ha cumplido los 17 años, segun nuestra ley aquí y l. 1. §. 3. vers. *pueritiam* D. *de postul.* no debiendo imputarse al abogado, sino al litigante que lo ha elegido, si por la juventud é inesperiencia de aquel se perdiere una causa; V. la Glos. y Ang. á d. §. 2. donde reprenden á los tutores y administradores que confian á abogados jóvenes los pleitos de sus tutelas ó administraciones, y añaden: no os fieis de médico jóven, que es asesino de sus parientes, ni de abogado novel, que es embrollador de pleitos. Sin embargo, Specul tít. *de advoc.* §. *utriusque* col. 1. aconseja á los abogados antiguos que teman á los jóvenes, porque salidos recientemente de los estudios, tienen mas presentes en la memoria los principios y disposiciones legales; y aconseja á estos últimos que se encarguen de defender á los convenidos, mas bien que á los demandantes, V. a mismo allí y á Alber. en la l. 7. C. *de postul.* donde dice que un médico nuevo es una peste para su patria, y que es preferible un abogado antiguo, por la esperiencia adquirida, aunque sea menos entendido. *— Revocada la circular del Consejo de 8 junio 1826 por la cual se exigia para obtener el título de abogado la edad de 25 años cumplidos, ha quedado restablecida en su fuerza y vigor la presente ley, en cuanto dispone que basta el tener 17. Real Cédula 27 enero 1833.

(10) L. 1. §. 3. vers. *propter casum.* D. *de postul.*

(11) Conc. cap. *tria* 3. quest. 7.

(12) No recuerdo haber visto en el derecho comun disposicion alguna, de la cual pueda haberse sacado la presente, á menos que lo sea de los textos en que se equipara al pródigo con el furioso, l. 1. y Bart. allí D. *de curat. fur.* l. 6. y Jason allí col. 3. D. *de verb. obl.*

(13) Conc. cap. 2. *de postul.* y sobre si seria permitido ejercer la abogacía á un monge de un monasterio pobre, que pudiese por este medio ganar mucho dinero, V. á Feliu. citando á Juan Andr. cap. *cum Y. et A.* col. penúlt. *de re judic.* que está por la negativa. —*Conc. l. 5. tít. 22. lib. 5. Nov. Recop. la cual estiende la prohibicion de abogar á todos los clérigos de órden sacra; y esceptúa algunos otros casos, además de los espresados aquí en nuestra ley, en los cuales se permite hacerlo así á estos últimos, como á los regulares.

(14) Conc. l. 1. §. 5. vers. *sexum.* D. *de postul.* l. 54. D. *de procur.* l. 2. D. *ad Vellejan.* l. 2. D. *de reg. jur.* y §. *tria* quest. 7.

que non podian con ella. Onde ellos, catando la primera razon que diximos en esta ley, e otrosi veyendo, que quando las mujeres pierden la verguença (15), es fuerte cosa de oyrlas, e de contender con ellas; e tomando escarmiento, del mal que sufrieron de las bozes de Calfurnia, defendieron que ninguna muger non pudiesse razonar por otri. Otrosi dezimos, que el que fuesse ciego (16) de ambos los ojos, non puede ser Abogado por otri. Ca pues non viesse el Judgador, non le podria fazer aquella honrra (17) que deuia, nin a los otros omes buenos, que estouiessen y. Esso mismo dezimos de aquel contra quien (18) fuesse dado juyzio de adulterio, o de trayzion, o de aleue, o de falsedad, o de homicidio que ouiesse fecho a tuerto, o de otro yerro (19), que fuesse tan grande como alguno destos, o mayor. Pero como quier que ninguno destos non puede abogar por otri, bien lo podria fazer por si mismo (20), si quisiesse, demandando, o defendiendo su derecho.

LEY 4. *Como aquel que lidia con bestia braua por precio quel den, non puede ser Bozero por otri, si non (b) en casos señalados.*

Non puede (21) ser Abogado por otri, ningund ome que rescibiesse precio (22) por lidiar con alguna bestia. Fueras ende, si ouiesse a razonar pleyto, que pertenesciesse a huerfano, que el mismo ouiesse en guarda. E defendieron, que tal ome como aqueste non pudiesse abogar. Porque cierta cosa es, que quien se auentura a lidiar por precio con bestia braua, non dubdaria de lo recebir, por fazer engaño, o enemiga, en los pleytos que ouiesse de razonar. Pero el que lidiasse con bestia fiera, non por precio, mas por prouar su fuerça, o si recibiesse precio por lidiar con tal bestia, que fuesse dañosa (23) a los de alguna tierra; en ninguna destas dos razones non le empeceria, que non pudiesse abogar. Porque este se auentura, mas por fazer bondad, que por cobdicia de dinero.

LEY 5. *Quales pueden ser Bozeros por si, e*

(b). por personas señaladas Acad.

(15) *Sicut ascensus arenosus inpedibus veterani, sic mulier linguata homini quieto.* Ecclesiástic. cap. 25. vers. 27.

(16) Pero sí el que sea tuerto, como se indica aquí y en la l. 1. §. 5. vers. *casum.* D. *de postul.*

(17) Pues se han de reverenciar las insignias de los magistrados d. l. 1. §. 5. vers. *casum.* D. d. tít.

(18) Añád. l. 1. §. 6. vers. *et qui capitali.* D. d. tít.

(19) Respecto de los que han cometido el crímen de sodomía V. d. l. 1. §. 6. D. d. tít. pues, por el mismo hecho se hacen infames, sin necesidad de declaracion judicial, como lo declara Paul. de Castr. allí.

(20) Y tambien por el menor ó pupilo que tuviese bajo su tutela ó curatela, como en la l. prox. sig. se dispone relativamente á los que en ella se declaran inhábiles para abogar, Ang. á d. l. 1. §. 6. vers. *sed est equissimum:* cuyo caso podria ocurrir aun con aquellos que han sufrido condena infamatoria, toda vez, que, por ser infames, no se les eximiría de ser tutores ó curadores, por ser esto un cargo, l. 3. D. *de excus. tut.* Es, empero, de advertir, que nuestra ley de partida no admite, como la romana, semejante ampliacion, pues por lo mismo que en el presente título se dispone espresamente que puedan algunos abogar por sus pupilos, á pesar de estarles, en general, prohibido el hacerlo, no debe considerarse esta disposicion estensiva á aquellos de quienes la l. no lo espresa. —* Y aun por la l. 5. de este mismo tít. están poco menos que espresamente declarados inhábiles de abogar hasta por sus pupilos ó menores, todos los contenidos en la presente; pues disponiéndose aquí que los procesados y condenados por delito de traicion, adulterio etc. no puedan abogar, sino por si mismos, se añade en d. l 5. que tampoco puedan hacerlo mas que por sí, por sus parientes ó *por sus pupilos* los que hayan sido condenados por otros delitos que sean leves.

(21) Conc. l. 1. §. 6. vers, *item senatus consulto* D. *de postul.* debiendo entenderse lo dispuesto aquí con el lidiador de bestias fieras V. d. l. 1.

(22) Aunque no fuese lidiador de oficio, pues bastaria que una vez hubiese recibido precio para lidiar, V. Paul. á d. l. 1. §. 6. vers. *bestias.*

(23) Refiere Ang. á d. l. 1. §. 6. la leyenda de S. Jorje que libertó á la hija del rey, matando á la serpiente á la que iban á entregarla para ser devorada; y la de Sta. Marta que mató al Tarascuro: cuyos ejemplos demuestran que un acto, de otra parte, ilícito puede ser permitido por razon de pública utilidad, V. Alb. allí y Ang. despues de Guillerm. donde dicen que no se consideran infames los que se dedican á subir á los árboles altos para coger los frutos, ó á las torres para coger palomas, bien que tampoco debe dárseles entero crédito cuando sean ministrados por testigos.

non pueden ser Bozeros por otro, si non por personas señaladas.

Enfamado (24) seyendo algun ome por menor yerro que qualquier de los que diximos en la tercera ley ante desta; assi como si fuesse dada sentencia contra el, por furto, o robo que ouiesse fecho, o por tuerto, o por engaño, o por desonrra, que ouiesse fecho a alguno, que fuesse lieue, assi como si de palabra, o de otra guisa, o por otro yerro semejante destos, por que valiesse menos, segun Fuero de España; non le embarga, que non pueda ser Abogado por si, o por otri, en cosas señaladas: assi como si ouiesse de ser Abogado, en pleyto que perteneciesse a qualquier de sus parientes (25), de los que suben, o descienden por la liña derecha; o perteneciesse a sus hermanos, o a sus hermanas, o (c) sus mugeres, o a su suegro (26), o a su suegra, o a su yerno, o a su nuera, o a su entenado, o a su padrastro, o aquel que lo ouiesse aforrado, o alguno de sus hijos, o a huerfanos que el mismo ouiesse en guarda. E si por alguna otra persona quisiesse abogar, que non fuesse destos sobredichos, non deue ser cabido; maguer la otra parte, contra quien quisiesse razonar, otorgasse que lo pudiesse fazer.

Otrosi dezimos, que Judio (27), nin Moro non puede ser Abogado por ome que sea Christiano; como quier que lo pueda ser por si, e por los otros que fuessen de su Ley.

LEY 6. *Como el Judgador deue dar Bozero, ala Parte que gelo demandare.*

Biuda, e huerfano, e otras personas cuytadas, han de seguir a las veces en juyzio sus pleytos. E porque aquellos con quien han de contender son poderosos, acaesce que non pueden fallar Abogado, que se atreua a razonar por ellos. Onde dezimos, que los Judgadores deuen dar Abogado (28) a qualquier de las personas sobredichas, que gelo pidiere. E el Abogado, a quien el Juez lo mandare, deue razonar por ella por mesurado salario (29). E si por auentura fuesse tan cuytada persona, que non ouiesse de que lo pagar, deuele mandar el Juez que lo faga por amor de Dios, e el Abogado es tenudo (30) de lo fazer. E si la parte ouiere de que pagar al Abogado, entonce dezimos que se deue auenir con ella.

LEY 7. *En que manera deuen los Abogados razonar los pleytos en Juyzio, en demandando, e en respondiendo.*

Departidos son los officios de los Judgadores,

(c). su muger Acad.

(24) Añád. l. 1. §. 8. vers. *hoc edicto* D. *de postul.*

(25) Y lo mismo debe decirse de todos aquellos á quienes está prohibido ejercer la abogacía por estatuto, por ley ó por sentencia, V. Ang. á d. l., §. 8. D. d. tít. — * Antes al contrario nos parece que la disposicion de la presente ley debe concretarse á los espresados en ella y en la l. anterior; pero de ninguna manera puede hacerse estensiva á aquellos de quienes habla la l. 2. de este tít. por las razones espuestas en la adic. á la nota 20.

(26) Esto es, mientras subsista la afinidad, l. 3. §. 1. D. *de postul.*

(27) Conc. l. 8. C. d. tít. y V. Specul. tít. *de advoc.* §. 1. princ. ¿Será válido, empero, el proceso, en que, tal vez por ignorarlo el juez, hubiere abogado alguno de aquellos á quienes está prohibido hacerlo? Specul. en el lug. cit. está por la afirmativa, y tambien Alber. despues de Guillelm. y Bald. á d. l. 1. §. 8.

(28) Añád. l. 1. §. 4. D. *de postul.* cap. 1. *de offic. jud.* y l. 9. §. últ. D. *de offic. proc.* — * V. la adic. á la nota 30.

(29) V. l. penúlt. de este tít. — * y la adic. á la nota prox. sig.

(30) Añád. vers. *otrosi mandamos, que ningunos clérigos*, Ordenanzas de los abogados, insertas en la coleccion de pragmáticas. V. Abb. cap. 1. *de offic. jud.* y ll. 4. y 5. tít. 19. lib. 2. Ordenamento Real. * Conc. la l. 13. con su nota tít. 22. lib. 5. Nov. Recop. que es transcrita del mismo cap. de las Ordenanzas citadas aquí por el glosador; debiendo advertirse que en el dia ha dejado de haber abogados asalariados de pobres, y se ha restablecido la obligacion general de defenderlos gratuitamente consignada en d. l. recopilada; para cuyo exacto cumplimiento se nombran todos los años un número determinado de entre los individuos de cada colegio, los cuales van turnando en las defensas de los pobres, y de todos aquellos que por cualquier motivo dejan de elegirse defensor, en las causas civiles y criminales; teniendo obligacion de desempeñar gratuitamente dichas defensas, bien que pueden exijir y se les abonan sus honorarios, si la parte á quien han defendido no es pobre de solemnidad, ó siéndolo viniere á mejor fortuna, ó si recayere condena de costas en persona solvente, art. 198. 199 y 200 de las Ordenanzas para las Audiencias, l. 2. tít. 6. lib. 11. Nov. Recop. art. 19 de los Estatutos para el régimen de los colegios de abogados. Real Orden de 28 Noviembre de 1841. Real Orden de 20 Setiembre 1839, por

e de los Abogados. Ca los Bozeros deuen razonar en pie, estando ante aquellos que han de judgar. E los Juezes deuen oyr, e librar los pleytos, estando assentados, assi como dize en el titulo que fabla dellos. E porende dezimos, que quando los Judgadores mandan a las partes, que digan, e razonen todas aquellas cosas, que quieren dezir en aquel pleyto; que primeramente se deuen leuantar (31), a dezir, e razonar, el demandador, o su Bozero. E en comienço de su razon deue rogar al Judgador (32), e a los que y estouieren, quel oyan, fasta que acabe, lo que ha de dezir en aquel pleyto. Ca assi como dixeron los Sabios antiguos (33), aquel que dize sus palabras ante otros, pierde aquel tiempo en que las dize, si non le oyen bien, e non las entienden. E demas, tornasele como en manera de verguença. E despues desto deue començar a (*d*) recontar el pleyto, como passo, e poner sus razones, lo mas apuestamente (34) que el pudiere. E si por auentura fuessen muchos Bozeros de una parte, el vno dellos deue razonar, e non mas. E estonce deuense acordar (35) todos en vno, en que manera diga aquel que deue razonar. E hase mucho de guardar, que non diga ningunas palabras sobejanas (36), si non aquellas que pertenescen al pleyto. E otrosi deue fablar antel Juez mansamente, e en buena manera, e non a grandes bozes (37), nin tan baxo que lo non puedan oyr. E despues que ouiere razonado todo su pleyto, hase de leuantar el Abogado del demandado, e poner sus defensiones, razonando aquellas cosas, que pertenecen a su pleyto, en aquella manera que diximos del Bozero del demandador. E sobre todo dezimos, que non deue ninguno dellos, atrauesar (38), nin estoruar al otro, mientra razonare. E otrosi guardarse, de non vsar en sus razones palabras malas (39), e villanas. Fueras ende, si algunas pertenesciessen al pleyto, e que non pudiessen escusarse. El Abogado, que desta manera razonare, deuele el Judgador honrrar, e caber sus razones. E a los que contra esto fiziessen, puedeles defender, que (40) non razonen antel (41).

(*d*). razonar Acad.

LEY 8. *Quando el Abogado dixere alguna palabra por yerro en Juyzio, que tenga daño a su Parte, como la puede reuocar.*

Las palabras, e las razones, que los Abogados dixeren, sobre los pleytos que ouieren de razo-

la cual se declara mas espresamente lo que ya se inferia de las anteriores disposiciones; esto es, que nombrándose como se nombran todos los años los abogados que por turno deben defender á los pobres, la facultad que tienen estos de elegir defensor queda circunscrita á los abogados que anualmente componen aquel número: y lo mismo exactamente está dispuesto con respecto á los procuradores art. 212 y 213. Ordenanzas para las audiencias.

(31) L. 1. C. *de offic. civil. jud.* pudiendo los abogados tomar asiento cuando no peroran, l. últ. C. *de offic. divers. jud.* bien que el uso ha introducido que peroren sentados, quitándose solamente el birrete al principiar sus discursos. * — Y está espresamente mandado que así lo hagan, no solo al principiar sino tambien al concluir sus discursos, y á la entrada y salida de las salas á que concurran para la vista de pleitos y causas. Real Orden 5 Mayo 1836.

(32) Y no pueden los Jueces dispensarse de oir á los abogados, V. cap. *infames* y la Glos allí vers. *si maluerint* 3. quest. 7. — * V. art. 19. Reglam. prov. para la admin. de just. y art. 18 de las Ordenanzas para las Audiencias, l. 31. tít. 1. lib. 5. Nov. Recop.

(33) V. Eclesiastic. cap. 32. *Perit, enim sermo ubi benignus non præstatur auditus.* 6. quest. 1. cap. *ex merito* 13.

(34) *Favus mellis verba composita, dulcedo animæ et sanitas ossium.* Proverb. cap. 116. vers. 24.; y son siempre mas atendidos los que se espresan con mas dulzura cap. 40. dist. 2. *de pœnit.* V. Specul. tít. de *advoc.* §. *hic dicendum.*

(35) Y deben en tal caso procurar que no haya entre ellos desacuerdo; pues *omnis gens. et scientia in se divisa desolabitur* cap. 25. quest. 2. *et effusa est contemptio super principes : et eos errare fecit in invio et non in via* Psalm. 106. vers. 40. V. Specul. tít. *de advoc.* §. *jam nunc dicendum* al fin.

(36) *Nihil absque labore manifestam fecit veritatem, ut brevis et pura narratio* Bernard. lib. 1. *de consid. ad Eug.* hácia el fin : y menester es abstenerse de palabras superfluas, l. 1. D. *de offic. præfect. præ* y Bernard. lib. *de ordin. vitæ Alliga, moneo, sermonem tuum ne luxuriet, neve lasciviat, et in multiloquio peccata sibi colligat. : citò enim lutum colligit amnis exundans.*

(37) V. Specul. tít. *de advoc.* §. *nunc de exordio*, col. 1. vers. *sunt etiam* donde reprehende agriamente á los abogados declamadores y aficionados á producirse en tono triunfal y ampuloso.

(38) Añád, l. 12. de este tít.

(39) Conc. l. 6. C. *de postul.* y cap. 3. quest. 7. *Art. 106. Ordenanz para las Aud.

(40) V. l. 9. princ. D. *de pœn.* y l. 1. §. últ. D. *de offic. præf. urb.*

(41) Mas no se entenderá por esto que les prive de abogar ante los demás jueces, ni aun ante el sucesor del mismo que impone la privacion,

nar en juyzio, estando delante (42) aquellos cuyos Bozeros son, mucho las deuen catar, e asmar afincadamente, ante que las digan, que sean a pro de la parte, por quien abogan: e si tales fueren, deuenlas dezir; e si non, mejor es que las callen. Ca toda cosa que el Abogado dixere en juyzio, estando delante aquel a quien pertenece el pleyto, si lo non contradixesse, entendiendola (43), tanto vale, e assi deue ser cabida, como si la dixesse por su boca misma el señor del pleyto. Pero si el Abogado, o el señor del pleyto, dixere en juyzio alguna cosa por yerro, que sea a daño de aquel por quien razona, bien la puede emendar, en qualquier logar que este el pleyto, ante que sea dada (44) las sentencia difinitiua, prouando primeramente el yerro (45). Mas despues que tal sentencia fuere dada, non podria el yerro emendar, ni deue ser oydo: fueras ende, si el pleyto fuesse de huerfano, menor (46) de veynte e cinco años. Ca en tal pleyto como este, tambien deue ser oydo despues del juyzio acabado, como ante.

LEY 9. *Como el Abogado non deue descobrir la poridad del pleyto de su Parte a la otra.*

Guisada cosa es, e derecha, que los Abogados, a quien dizen los omes las poridades de sus pleytos, que las guarden, e que non las descubran (47) a la otra parte, nin fagan engaño, en ninguna manera que ser pueda, por que la otra parte, que en ellos se fia, e cuyos Abogados son, (e) pierdan su pleyto, o se (f) les empeore. Ca pues que el recibio el pleyto de la vna parte en su fe, e en su verdad, non se deue meter (48) por consejero, nin por desengañador de la otra. E qualquier que contra esto fiziere (49), desque le fuere prouado, mandamos, que dende adelante sea dado por ome de mala fama, e que nunca pueda ser Abogado, nin consejero en ningun pleyto. E demas desto, que el Judgador del logar le pueda poner pena porende (50), segun entendiere que la merece, por qual fuere el pleyto de que fue Abogado, e el yerro que fizo en el maliciosamente. Otrosi de-

(e) pierda. — (f) le Acad.

l. 8. D. *de postul.* l. últ. D *de pœn.* y Glos. en la l. 6. hácia el fin. D. *de postul.* lo que tiene lugar cuando se impone la prohibicion como una pena extraordinaria y sin conocimiento de causa, tan solo por via de correccion por haber el abogado faltado al respeto debido al tribunal ó por haberse en otra manera excedido en el ejercicio de la profesion, á tenor de la l. 12. de este tít.- *V. l. 4. tít. 11. lib. 5. Nov. Recop. y la adic. á la nota 61.

(42) Toma esta ley su orígen del cap. últ. *de confess.* ll. 1 y 2. C. *de error. advoc.* l. 7. C. *de jur. et fact. ignor.* Y así como perjudican á la parte, estando presente, los actos y dichos del abogado, deben tambien aprovecharle las respuestas dadas por la parte contraria á las preguntas que el mismo abogado le hubiere hecho, segun Alber. á la l. últ. C. *de error advoc.* y Paul. á la l. 1. d. tít.

(43) Esta última palabra está copiada de la Glos. en d. l. 1. C. *de error advoc.* á cuyo texto que dice *præsentibus* añadió d. Glos. *et intelligentibus*: y añád. la l. 27 §. 5. y Bart. allí D. *de recept. qui arb.* lo cual debe entenderse en el caso de referir alguno un hecho de oidas á otro que lo presenció: pues, si un testigo afirmase alguna cosa por haberla visto y presenciado, claro está que entenderia lo que dice. V. Bart. á la l. 1. §. últ. D. *de auctor. tut.* Glos. y los DD. al cap. *præsentium* vers. *interrogatorio*, *de testibus*, Bald. á la l. 18. C. *de testibus* y V. lo que dice Felin. en el proem. de las Decretal. col. 6 y 7.

(44) Y tambien despues de proferida la sentencia, si se hubiere apelado de ella, segun la l. últ. C. *de error advoc.* V. l. 28. §. 1. D. *de appell.*

(45) Y si hace la rectificacion antes de pasados tres dias, ¿estará obligado así mismo á probar que ha incurrido en error? V. Paul. á d. l. últ C. *de error. advoc.* donde opina por la negativa, y esta parece ser tambien la mente de Alber., cuando dice allí que la rectificacion hecha dentro de los tres dias se entiende hecha incontinenti. Más no estaria este punto exento de dificultad, por exigirse en esta nuestra ley indistintamente la previa justificacion del error.

(46) V. l. 2. C. *si advers. rem judic.*

(47) L. 6. §. 4. D. *de re milit.* Glos. 2. qu est. 3 §. *notandum*, vers. *prævaricator.* — * Conc. la l 12. tít. 22. lib. 5. Nov. Recop.

(48) De donde se infiere que no tiene obligacion el abogado de una parte de revelar á la contraria las leyes y disposiciones que á esta pueden aprovecharle, segun la Glos. del cap. 1. 4. quest. 4: debe, empero, advertirse que nuestra ley aquí, al disponer que, habiendo el abogado revelado los secretos de la causa al adversario, además de castigarse á aquél, haya de revocarse la sentencia que por dicha razon se haya proferido en favor del adversario, parece hablar únicamente del caso en que el abogado haya confabulado dolosamente con la parte adversa: pues si lo hubiese hecho sin malicia, aunque no, por esto, se libraria él de la pena, pero no tendria entónces lugar la revocacion de la sentencia y consiguiente reiteracion del pleito, que previene esta ley para indemnizar á la parte; á menos que el abogado fuese insolvente. Alber. no obstante, refiere en el lug. citado á otros que sostienen lo contrario, á cuya opinion parece se inclina, porque la ley no espresa semejante distincion en esta parte.

(49) Toma su orígen esta ley de la l. 1. C. *de ad-*

zimos, que si la parte que lo fizo su Abogado, menoscabare alguna cosa de su derecho por tal engaño (51), como sobredicho es, o fue dada sentencia contra el; que sea reuocada (52), e que no le empezca, e que torne el pleyto en aquel estado, en que era ante que fuesse fecho, (g) si fuere aueriguado.

LEY 10. *Si el que fuere Bozero, o sabidor del pleyto de la vna Parte, puede sin malestança ser Abogado de la otra Parte en aquel mismo pleyto.*

Vienen los omes a las vegadas, e muestran a los Abogados sus pleytos, e descubrenles sus poridades, porque puedan mejor tomar consejo, e ayuda dellos. E acaece a las vezes, que despues que ellos son sabidores del fecho, que se tienen maliciosamente, diziendo que los non ayudaran, si non por precio desguisado. En tal caso (53) como este dezimos, que si la parte que descubriesse su pleyto al Abogado, le quisiesse pagar su salario (54) conuenible, o le fiziesse seguro dello a bien vista de omes buenos; que tenudo es el Bozero, de le ayudar, e consejar bien, e lealmente. Pero si alguno fiziesse esto maliciosamente, diziendo e descubriendo el fecho de su pleyto a muchos Bozeros, porque la otra parte non pudiesse auer ninguno dellos para si; mandamos, que el Judgador non suffra tal engaño (55) como esté. E que de tales Bozeros co-

(g). el engaño, Acad.

voc. divers. judic. y de lo anotado por Azon *in summa* vers. *si injungitur* y por Specul. tít. *de advoc.* §. 1. vers. *item quod est prævaricator, et infidelis*, y de las ll. 1. y 4. D. *de prævaricat.* y l. 4. §. 4. D. *de his qui notant. infam.*

(50) V. el cap. 20 de las Ordenanzas de los abogados, por las cuales se impone todavía otra pena á saber la de pérdida de la mitad de sus bienes además de la de privacion de oficio, en la cual se les declara allí, incursos *ipso facto.* Y el abogado que revela los secretos de la causa comete además el crímen de falsedad l. 1. tít. 7. Part. 7. * — D. cap. 20. de las ordenanzas está transcrito en la l. 12. tít. 22. lib. 5. Nov. Recop.

(51) Mas si la prevaricacion del abogado no hubiese positivamente perjudicado á la parte, por ser tan improcedentes las pretensiones de esta, que de todos modos debia en justicia haberse fallado contra ella; no tendria lugar lo que, al fin de esta ley, se dispone, segun Cin. y Paul. de Castr. á d. l. 1. C. *de ord. jud.*, y, sin perjuicio de castigarse al prevaricador, quedaria firme la sentencia pronunciada.

(52) Y así no deberá entenderse que sea nula *ipso jure* esta sentencia, sino que podrá pedirse contra ella la restitucion, ó reiterarse la misma accion contra la cual se habia juzgado; en cuyo último caso, si se opone á la nueva demanda la escepcion de cosa juzgada, se replicará, alegando la prevaricacion del abogado, cuando por parte de este hubiese mediado confabulacion dolosa, como lo declaran los DD. allí y señaladamente Salic. el cual trata además de lo que deberá practicarse, cuando hubiere mediado soborno por dinero ó de otra clase.

(53) Conc. la l. últ. D. *de postul.* y lo anotado allí por la Glos. y Specul. tít. *de advoc.* §. *nunc tractemus*, vers. *sed nunquid postquam undasti.*

(54) Dispone esta ley que el abogado á quien una de las partes ha revelado sus secretos, no puede patrocinar á la otra, si la primera le ha satisfecho sus honorarios: pero no declara si despues de haber sido consultado, deberá por el mismo hecho, mantenerse en espectativa hasta saber si quiere ó no la parte pagarle su trabajo, sobre lo cual ha habido varias opiniones. La Glos. en d. l. últ. D. d. tít. es de parecer que en tal caso podrá el abogado patrocinar á la adversa, y añade haberlo visto así declarado judicialmente, y lo mismo opina Specul. en d. vers. *sed numquid.* Mas Alber. en d. l. últ. despues de referir las opiniones, concluye que el se ha abstenido siempre de la defensa, habiendo sido consultado por la parte contraria; y esto, dice, ser lo mas decoroso, sea lo que fuere lo que á este propósito hayan dispuesto las leyes. Odofr. y otros DD. segun refiere Paul. allí, opinan que cuando uno ha consultado á un abogado, indicándole que lo elegiria para su defensa, y el abogado no ha manifestado rehusarlo, no podrá este patrocinar á la parte contraria, si el no encargarse de la defensa que se le habia indicado no proviene de culpa del que, al efecto, le consultó, antes bien se mantiene este en el propósito de pagarle sus honorarios y nombrarle su patrono. Pero si nada se habia indicado, sobre la defensa, al hacerse la consulta, y el que la hizo deja de elegir al consultado por su voluntad, ó no quiere satisfacerle su trabajo, podrá entónces defender aquél al adversario: y esta opinion parece la mas conforme con nuestra ley: entendiéndose todo sin perjuicio de que el abogado no se precipite ni comprometa fácilmente á admitir la defensa del contrario, mientras no tenga motivo para creer que no quiere pagarle ó elegirle el que primero le consultó.

(55) El que se vale de semejante medio, da una clara prueba de que sostiene una mala causa, como se dice en la l. 7. C. *de postul.* de la cual toma su orígen la presente, y donde puede verse á Alber. que trata la cuestion de si debe tenerse aquella presuncion por presuncion de

mo estos (56) a la otra parte, si gelos pidiere, maguer fuessen sabidores del pleyto de la otra parte, assi como sobredicho es. Otrosi dezimos, que si algun Abogado touiere boz agena contra otri, e muriere aquel contra quien la tiene, ante que el pleyto sea librado; si los fijos de aquel muerto fincan en guarda deste Bozero, por alguna de las razones que dize en las leyes deste nuestro libro, que fablan de la guarda de los huerfanos; que bien puede ser Bozero (57) dellos contra la otra parte, cuyo Abogado, o consejero auia ante seydo en aquel mismo pleyto.

LEY 11. *Por que razones puede defender el Juez al Abogado por todo tiempo, que non razone por otro en Juyzio.*

Seyendo prouado contra algun Judgador, que en los pleytos que oya, e libraua, fiziera a sabiendas (58) alguna cosa contra derecho, como non deuia, o que dexara de fazer, lo que segun derecho deuiera fazer; defendemos, que dende adelante que non pueda ser Abogado en ningun pleyto. E esto, porque se da a entender, que pues que erro a sabiendas en judgar, que non seria leal en razonar los pleytos. Otrosi dezimos, que si el Judgador diere sentencia contra algun Abogado, como contra ome de mala fama, o por alguna otra razon derecha, defendiendole que de alli adelante non abogue; si el Abogado non se alçare de su juyzio, dende adelante non puede abogar (59) por otri, si non por aquellas personas (60) que de suso diximos. Fueras ende, si el Rey (61) le fiziere merced, otorgandole, que lo pueda fazer.

derecho, en términos, que sin necesidad de otra prueba, deba fallarse conforme á ella; opinando allí por la afirmativa en el caso de constar que ha habido dolo, y añadiendo que así lo ha visto observado: lo que, sin embargo, me parece dudoso, por no declararse así espresamente en esta ley; como lo siente tambien Bald. diciendo allí mismo que semejante presuncion no es eficaz, sino que forma una prueba semiplena.

(56) Lo que no debe entenderse en términos que deba dárselos todos, sino que se distribuyan igualmente entre las dos partes, segun d. l. 7. C. *de postul.* En el caso, empero, en que la una parte hubiese elegido y preocupado á los dos mejores abogados de la ciudad, ¿cuál de ellos deberá ser nombrado para defender á la otra? V. Alberic. en d. l. 7. hácia el fin donde dice que deberá nombrarse á aquél que fue últimamente elegido, y si los dos lo hubiesen sido á un tiempo, lo decidirá la suerte.

(57) Conc. l. últ. D. *de postul.* Y sobre sí al tutor que, como abogado, patrocine á su pupilo, contra la parte á la que antes él mismo habia defendido, deberán abonársele los honorarios, que hubiera acreditado otro si se le hubiese encargado la defensa, V. á Alber. allí despues de Jacob. de Aret. quienes opinan por la negativa.

(58) Nótese bien lo que aquí se dispone, pues, por derecho comun se declaraba á los jueces inhábiles para abogar, únicamente en el caso de habérseles condenado por el crímen de la ley Julia *repetundarum*, esto es por el soborno, l. 6. §. 1. D. *de leg. Jul. repetund.*: mas por esta nuestra ley se estiende aquella pena ó prohibicion á todos los jueces que hayan sido convictos de haber fallado contra su conciencia ó de haber dejado á sabiendas de administrar justicia.

(59) Será, pues, perpetua la prohibicion, l. 1. C. *de postul.* y añád. l. 6. §. 1. y l. 9. D. d. tít., á diferencia de lo que sucede en el caso de que se ha hablado en la nota 7. de este tít. hácia el fin y en el de que habla la l. prox. sig.

(60) V. l. 5. de este tít., siendo de notar además que el patrocinar á los parientes, pupilos ú otras personas allegadas está permitido hasta á los que han jurado no ejercer la abogacía; pues jamás se entienden aquellas personas comprendidas en semejante juramento, V. Alber. á la l. últ. D. *de postul.*

(61) Añád. l. 1. §. 10. D. *de postul.* — * Nótese por esta ley, comparándola con las ll. 5 y 12 de este tít., la diferencia entre la suspension de oficio temporal, y la privacion perpetua y absoluta de ejercerlo, que por justas causas puede decretarse contra los abogados delincuentes. La primera tiene lugar por via de correccion, cuando se ha cometido por un defensor alguna falta, perdiendo el respeto al tribunal, presentando peticiones muy ilegales é impertinentes, ó escediéndose de otra manera en el ejercicio de su profesion. En la segunda, esto es en la privacion perpetua de abogar incurren por delitos graves y *ipso facto* los abogados que, habiendo ejercido jurisdiccion, han sido convictos de haber cometido á sabiendas alguna injusticia: y fuera de este caso solo puede imponerse por sentencia y con conocimiento de causa, á los que sean de mala fama, ó, como dice la ley aquí, *por alguna otra razon derecha*, sin espresar cual haya de ser esta para merecer aquella pena, aunque bien se deja conocer que habrá de ser alguna falta ó delito grave. Las leyes recopiladas si bien no comprenden ni clasifican todos los casos que de hecho pueden ocurrir, son, sin embargo mas esplícitas y terminantes al graduar las faltas ó delitos por las cuales puede decretarse la suspension ó privacion de oficio. La l. 23. tít. 22. lib. 5.

LEY 12. *Por que razones pueden defender los Juezes a los Abogados, que non vsen de su oficio fasta tiempo cierto.*

Si acaesciere (62), que el Judgador defienda al Abogado por alguna razon derecha, que non abogue delante del fasta tiempo cierto; assi como si lo fiziesse, porque fue el Abogado muy enojoso, o atrauesador de los pleytos, o fablador a demas, o por otra razon semejante destas; dende adelante non deue abogar antel, fasta en aquel tiempo que señalare. Empero bien puede abogar, ante aquel que este mesmo Judgador pusiesse en su logar, o ante otro Juez qualquier.

Nov, Recop., al intento de que ningun abogado pueda indirectamente precisar á los litigantes á servirse de él para su defensa, previene que puedan fijarse convencionalmente los salarios por la misma, luego que la parte interesada haya enterado al abogado del negocio en que consiste ó ha de consistir el litigio, pero antes que aquel haya visto las escrituras ó haya empezado á hacer peticiones ó escritos, ó en otra manera gestionado en el pleito; pues si despues de esto tratase de concertar sus salarios, deberia ser suspendido de oficio por espacio de cuatro meses. En igual suspension, pero esta por seis meses, incurre el abogado que estipulare alguna cantidad alzada para el caso de obtener victoria en el pleito de cuya defensa se encarga, l. 22 d. tít. y tambien el que elegido por algun litigante y requerido por el juez para que se encargue de la defensa se resistiere á hacerlo sin justa causa, ó no quisiere continuar una defensa que habia empezado á desempeñar, ó habiéndose ausentado, despues de empezado un pleito, ó de otra manera imposibilitado de seguir patrocinando á su cliente, no le haya designado otro abogado de su confianza ó restituido los salarios que por los trabajos hechos en aquel pleito hubiese percibido, l. 11. d. tít. La l. 24. d. tít. prohibe á los abogados estipular y percibir una dotacion o salario periódico fijo á cuenta de los honorarios que vayan devengando, sin previo conocimiento del presidente y oidores de la Audiencia, los cuales deben tasar y regular aquella dotacion atenta la calidad y facundia del defensor y el número y clase de los pleitos que le están encargados: é impone á los abogados que contravengan á dicha prohibicion la pena de haber de restituir con el doble lo que hubieren percibido, por primera vez, y por la segunda la de restitucion del cuatro tanto y suspension de oficio por un año. La l. 27 prohibe bajo igual pena de suspension por un año el que los abogados concierten con los procuradores directa ni indirectamente, el ceder á estos una parte de los salarios que devengarán por la defensa. Asimismo les está prohibido el hacer uso de escrituras o convenios en que los clientes les hayan prometido alguna cantidad escesiva á cuenta de sus salarios, y el exigir dichos salarios con algun esceso y sin la debida moderacion; so pena de haber de restituir lo percibido y pagar el doble para penas de cámara la primera vez, y ser suspendidos de oficio por dos años, la segunda, l. 29. d. tít. El abogado que habiendo defendido á una de las partes en primera instancia, ayude ó defienda á la contraria en instancia de apelacion, y el que, habiendo sido juez y fallado en la primera instancia, patrocinare despues al que hubiere apelado de la sentencia que el mismo habia proferido, ó la sostuviere percibiendo salarios por ello (pues esto último, bien puede hacerlo gratuitamente) incurre en la multa de diez mil maravedis para penas de cámara y en la suspension de oficio por diez años, l. 17; y por igual tiempo puede suspenderse al que habiendo contravenido á lo dispuesto en la l. 24. antes citada, estipulando un salario ó dotacion anual por sus trabajos, sin anuencia del tribunal, reincidiere en la misma falta: y finalmente puede el juez suspender tambien por el tiempo que á él sea bien visto, segun la mayor ó menor enormidad de la culpa, y sin perjuicio de las demás penas ordinarias de derecho, al abogado que alegue cosas muy temerarias ó maliciosas, que pida concesion de términos al solo objeto de dilatar el procedimiento, que aconseje á su cliente que soborne testigos ó haga uso de escrituras falsas, ó de otra manera se preste á patrocinar á la parte dolosamente, l. 8. d. tít. cuyo prudente arbitrio podrá hacerse y se hace en la práctica estensivo á los demás casos no prevenidos por las leyes, en que falte el abogado á sus deberes en el ejercicio de su profesion, y se haga por ello acreedor á una mas ó menos severa correccion. Por lo que hace á la privacion perpetua y absoluta de ejercer el oficio, se incurre en ella, además de los casos espresados en la presente ley de Partida, por resistirse á prestar el juramento prevenido en la l. 3. dd. tít. y lib. Nov. Recop., por violar el secreto de la defensa ó patrocinar á las dos partes en un mismo pleito, l. 12. ó reincidir por segunda vez en la infraccion de la l. 29 de los mismos tít. y lib., siendo estas, y la que se verá en la l. 14. (V. la nota 77 de este tít.) las únicas *derechas razones* que hallamos espresamente establecidas por nuestro derecho y á las cuales puede referirse nuestra ley aquí, al decir que por ellas puede privarse a los abogados de ejercer su oficio.

(62) Conc. las ll. 7. 8 y 9. D. *de postul.* V. l. 7. de este tít. y nótese bien lo dispuesto en la pre-

LEY 13. *Como ninguno non deue ser recebido por Abogado, si primeramente no le otorgaren que lo pueda ser.*

Estoruadores (63), e embargadores delos pleytos, son los que se fazen Abogados, non seyendo sabidores de derecho, nin de fuero (64), o de costumbres que deuen ser guardadas en juyzio. E porende mandamos, que de aqui adelante ninguno non sea osado, de trabajarse de ser Abogado por otri en ningun pleyto, a menos de ser primeramente escogido (65) de los Judgadores, e de los sabidores de derecho de nuestra Corte, o de las tierras, o de las Ciudades, o de las Villas en que ouiere de ser Abogado. E aquel que fallaren que es sabidor, o ome para ello, deuenle fazerjurar (66), que el ayudara bien, e lealmente, a todo ome aquien prometiere su ayuda. E que non se trabajara a sabiendas, de abogar en ningun pleyto, que sea mentiroso, o falso, o de que entienda que non podra auer buena cima. E aun los pleytos verdaderos que tomare, que puñara que se acaben ayna, sin ningun alongamiento (67) que el fiziesse maliciosamente. E el que assi fuere escogido, mandamos que sea escrito el su nome (68), en el libro do fueren escritos los nomes de los otros Abogados, a quien fue otorgado tal poder como este. E qualquier que por si quisiere tomar poderio, de tener (e) pleyto por otri contra este nuestro mandamiento; mandamos, que non sea oydo, nin le consientan los Judgadores, que abogue ante dellos.

LEY 14. *Que gualardon deuen auer los Abogados, quando bien fizieren su oficio, e qual pleyto les es defendido, que non fagan con la Parte a quien ayudan.*

Reconocer (69) deue la parte el trabajo que lle-

(e) voz Acad.

sente donde dice *ante aquel* etc.

(63) Conc. con la presente la l. 14. C. *de jud.* y lo dispuesto aquí está espresamente mandado observar por una ordenanza de los católicos reyes Fernando é Isabel continuada en las de los abogados, pero que ha dejado abusivamente de observarse en este reino, como dice suceder con un estatuto semejante de Bérgamo, Alber. á la l. 11. C. *de advoc. divers. jud.*

(64) Nótese, que los abogados deben saber el derecho y la práctica del foro, entendiéndose aquí por *derecho* las leyes de Partidas y las demás del reino, segun nota Bald. al cap. *cum venissent*, col. 1. *de eo qui mitt. in posses. caus. rei serv.*, las que mal podrán entender, si primeramente no han estudiado el derecho comun de los Romanos, del cual, en su mayor parte está sacado el presente de Partidas, como se espresa en la l. 2. tít. 1. Part. 1.

(65) Conc. l. 11. C. *de advoc. divers. jud.*

(66) V. l. 14. vers. *pactioni*, C. *de jud.* y añád. ll. 1. y 12. tít. 19. lib. 2. *Ordenamiento* y las *Ordenanzas de Guadalajara* del rey Juan 2. fól. 14 de mi edicion *(mihi)* de la coleccion de prag. y fól. 70 *(mihi) Ordenanzas de los abogados.* Mas como dice Bulg. aunque así está mandado en la ley, en la práctica no se observa. V. Abb. cap. 1. 4. notab. y cap. *cœterum*, *de juram. cal.* donde declara que no es válida la costumbre en contrario por ser inductiva de pecado; y allí mismo puede verse la responsabilidad en que incurren los abogados que defienden causas injustas. V. Dominic., cap. *Romana*, §. *neque etiam*, *de foro compet.* lib. 6. y Specul. tít. *de advoc.* §. 1. col. penult. hácia el fin.

(67) L. 6. C. *de postul.* l. 13. §. 9. C. *de jud.*

(68) V. l. 13. C. *de advoc. divers. jud.*, advirtiendo Bald. allí, al tratar de la matrícula, que se reputan privados de abogar, los que no se encuentran continuados en ella, citando á la Glos. y el mismo dice á la l. 2. col. 2. *de sentent.* que el hecho de estar matriculado importa una presuncion de incorporacion é investidura, así como el estar continuado en la matrícula del ejército es una prueba de pertenecer á él. Juan de Plat. á la l. 3. C. *de appar magistr. milit.* y añád. l. 3. y el mismo allí C. *de agent. in rebus* y Bald. á la l. 16. C. *de testam. milit.* y á la l. 9. col. 5. C. *qui accus. non poss.*—* Por la R. O. de 28 Noviembre 1841, se derogaron los art. 1. de los Estatutos para los Colegios de abogados, y el 189. de las Ordenanzas por las cuales se requiria para poder abogar estar incorporado en la matrícula del Colegio respectivo; y se declaró que todos los abogados pudiesen ejercer su facultad en todos los puntos de la monarquía sin necesidad de inscribirse á ninguna corporacion ó colegio particular, y solo con la obligacion de presentar sus títulos á la autoridad local, y desempeñar por repartimiento los cargos á que están sujetos los individuos de los colegios.

(69) Pues no es justo que quede el trabajo sin galardon: cap. últ. y la Glos. allí 7. quest. 1. y se ha de remunerar á todo el que trabaja honradamente, V. Juan de Plat. á la l. 1. C. *de princip. agent. in reb.* y V. l. últ. C. *de appar. præfect. præt.* y así el valor de las cosas consiste en el trabajo, Bald. authent. *ex testam.* col. 2. C. *de collat.* así es una iniquidad defraudar su salario á los que trabajan, Bald. á la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.*

ua el Abogado en su pleyto, quando anda y lealmente, gualardonandole, e pagandol su salario assi como puso con el. E porque los omes, con cuyta que han de vencer los pleytos (70), e a las vegadas por maestria de los Abogados, prometen mayores salarios, que non deuen, o fazen posturas con ellos a daño de si; porende mandamos, que el Abogado tome salario de la parte segund el pleyto fuere, grande (71), o pequeño, e le conuiniere segun su sabiduria, o el trabajo (72) que y lleuare; de manera que el mayor sal ario, que pueda ser, non suba de cient (73) marauedis (74) arriba, quanto quier que sea grande la demanda; e den de ayuso, segun fuere el pleyto. Otrosi defendemos, que ningun Abogap non sea osado, de fazer postura con el dueño del pleyto, de recebir cierta parte (75) de aquella cosa, sobre que es la con tienda. Porque touieron por bien los Sabios antiguos, que quando el Abogado sobre tal postura razonasse, que se trabajaria de fazer toda cosa, por que la pudiesse ganar, quier a tuerto, quier a derecho. E aun lo defendieron por otra razon, porque quando tal pleyto les fuesse otrogado, que pudiessen fazer con la parte a quien ayudassen, non podrian los omes fallar Abogado, que en otra manera les quisiesse razonar, nin ayudar, si non con tal postura lo que seria contra derecho, e cosa muy dañosa a la gente. Pero si algun Abogado fuesse tan atreuido, que fiziesse tal postura (76) como esta, con la parte a quien ayudasse; mandamos, que despues que le

(70) Hace al caso la l. 3. D. *de extraord. cogn.* cuya disposicion [que se refiere á los médicos que abusan de la triste posicion de sus enfermos y les inducen á vender sus bienes para pagar los gastos de curacion y medicinas] las estiende tambien á los abogados la Glos. del cap. *infames* vers. *præterea* 3. quest. 7. y añád. l. 9. C. *de prof. et medic.*

(71) Conc. l. 1. §. 10. D. *de extraord. cognit.* Pero ¿deberán los abogados patrocinar gratuitamente á los pobres? V. S. Tom. 2. quest. 7. art. 1. donde opina por la negativa, á menos que se tratare de pobres constituidos en tanta necesidad, que aparezcan, de otra suerte imposibilitados de defenderse. * — V. lo dicho en la nota de este tít.

(72) *Unusquisque propriam mercedem accipiet secundum suum laborem*. 1. *ad Corinth.* cap. 3. vers. 8. Y á proporcion que el trabajo, debe disminuir tambien el salario, V. Bart. á la l. 10. D. *de ann. legat.* Bald. á la l. 1. col. 2. C. *de legat.* Specul. tít. *de posit.* §. 7. *sed pone agit procurator.*

(73) Conc. l. 1. §. 12. vers. *licita autem quantitas* D. *de extraord. cogn.* y V. lo que en el dia está dispuesto en las *Ordenanzas de los abogados* contenidas en las *Pragmát.* en las que están tasados de otra manera los honorarios, previniéndose en ellas que puede cobrarse en lo civil hasta la vigésima parte del valor del pleito y hasta treinta mil maravedis en las causas criminales, respecto de las que no estaban tasados aquellos por derecho comun, segun espresa Bart. en la 34. §. 1. D. *de donat.* y Salic. á la l. 1. hácia el fin. C. *mandat.* donde habla de los salarios de los abogados en los pleitos en que se ventila cuestion de estado entre las dignidades de Obispos ó Abades. Además en las citadas *Ordenanzas* se previene que el Juez haya de tasar al fin del pleito los salarios de los abogados, cuya tasacion tiene únicamente lugar, cuando la parte la pidiere, como parece nferirse de la l. 1. §. últ. vers. *Hæc omnia si apud præsides petantur* D. *extraord. cognit.* — * V. las ll. 18 y siguientes tít. 22. lib. 5. N. R. de las cuales han caido algunas en desuso, como son las 18. y 20.; debiendo advertirse por lo que hace á lo prevenido en las 25 y 26 que la tasacion de los salarios exigidos de que se habla en las mismas se observa todavía, pero solo cuando lo solicita la parte á quien se han exigido, ó que, por haber sido condenada en costas debe satisfacerlos; en cuyo caso se pasan las cuentas ó nóminas presentadas á las juntas de gobierno de los Colegios respectivos, que es á quienes corresponde hacer la regulacion de dichos salarios art. 15. de los Estatutos generales de los Colegios.

(74) Infiérese de aquí que los maravedis de que se habla en estas leyes, son los maravedis de oro de que habla el derecho comun, setenta de los cuales equivalian á una libra de oro, segun la l. 5. C. *de suscept. et arc.* y hoy equivalen á noventa y seis, segun el valor actual de nuestra moneda; y V. á Juan de Plat. allí y á la rubr C. *de veter. numism. potest.* y Abb. cap. *conquerente* colpenúlt. *de offic. ordin.*

(75) Conc. l. 5. C. *de postul.* l. 1. §. 12. C. *de extraord. cognit.* y pendiente el pleito no puede otorgar con la parte contrato alguno l. 6. C. *de postul.* porque, segun Archid. cap. 3. quest. 7. lo daria el litigante todo para ganar el pleito, como el enfermo para salir de la enfermedad. — * V. l. 21. tít. 22. lib. 5. N. R.

(76) ¿Qué deberia decirse, si no versase el pacto sobre una parte alicuota de la cosa litigiosa, sino sobre otra cosa cierta y determinada, acerca de la cual hubiese tambien pleito? Lo mismo seria, segun Azon y la Glos. en d. l. 5. C. *de postul.* por militar igual razon, y esta es la opinion comun. ¿Mas seria lícito el pacto de otra cosa, sobre la cual no hubiese pleito? Así lo opina Bald. y parece inferirse de las palabras de esta ley *sobre que es la contienda* y de estas otras *tal*

fuere prouado (77), non pueda razonar por otri en juyzio, assi como persona enfamada; e demas, que el pleyto que ouiere puesto con la parte, que (f) non le vala (78).

LEY 15. *Que pena deue auer el Abogado, que falsamente anduuiere en el pleyto.*

Preuaricator en latin tanto quiere dezir en romance, como Abogado (79) que ayuda falsamente a la parte por quien aboga: e señaladamente, quando en poridad (80) ayuda, e conseja a la parte contraria; e paladinamente faze muestra, que ayuda a la suya, de quien recebio salario, o se auino de razonar por el. Onde dezimos, que tal Abogado como este, deue morir (81) como aleuoso. E de los bienes del deue ser entregado, el dueño de aquel pleyto a quien fizo la falsedad, de todos los daños (82), e los menoscabos, que recibio andando en juyzio. Otrosi dezimos, que cuando el Abogado fiziere vsar a sabiendas a la su parte de falsas cartas, o de falsos testigos, que essa misma pena merece (83). E aun dezimos, que el Abogado se deue mucho guardar, de non

(f) non vala Acad.

postura como esta; lo que me parece deberá entenderse á menos que el pacto sobre dicha cosa se hubiese hecho precisamente para el caso de obtener victoria y no de otra manera: pues entónces deberia entenderse así mismo prohibido por militar igualmente la razon de la ley, esto es, el peligro de que el abogado procurase triunfar, sin reparar en los medios lícitos ó ilícitos: y así lo opina Paul. de Castr. á d. l. 5. y á la 53. D. *de pact.* aunque lo contrario pretende Ang. allí. Pero la opinion de Paul. es la mas equitativa mayormente habiendo la ley del Reyno que prohibe á los abogados estipular cosa alguna, á título de *palmario* ó premio de la victoria, segun dd. *Ordenanzas de los abog.* [V. l. 28. tít. 22. lib. 5. N. R.]. Y lo mismo que se dice aquí de los abogados debe entenderse con los procuradores l. 6. §. últ. D. *mandat* l. 53. D. *de pact.* y l. 15. C. *de procur.* donde se dice bellamente que semejantes pactos, son contra las buenas costumbres: por lo qué no serán válidos aunque se otorguen con juramento, cap. *non est obligatorium*, *de regul. jur.* porque induciria á delinquir; lo que es digno de notarse, porque no lo espresan los DD. al tratar de esta materia en los lugares citados.

(77) Aunque sea antes de proferirse sentencia segun la Glos. de d. l. 5. C. *de postul.* vers. *arceantur.* —* He aquí otro caso, además de los espresados en la adic. á la nota 61. en el cual incurre el abogado en la pena de inhabilitacion ó privacion perpetua el ejercer de oficio, y que está vigente y se observa en el dia, á pesar de no hablar de él las leyes recopiladas.

(78) Añád. l. 53. D. *de pact.* y l. 6. §. últ. D. *mandat.*

(79) Por derecho comun se daba á la palabra prevaricador otro significado, que solo impropiamente podia aplicarse al abogado en el caso de que se habla aquí, como puede verse en la l. 1. §. 1. D. *de prævaric.* Y acerca de sí en igual caso se llamará tambien prevaricador al procurador. V. Paul. de Castr. á la l. 1. C. *de ordin. jud.*

(80) Conc. l. 1. D. *de prævaric.* y §. *prævaricator* 2. quest. 3. y Archid. allí.

(81) Por derecho comun, no se imponia la pena de muerte, sino que se incurria por este delito en una pena estraordinaria segun d. l. 1. D. *de prævaric.* y d. §. *prævaricator* y aun podria parecer que esto mismo es lo dispuesto por nuestras leyes de partidas, segun la l. 9. de este tít. la que en esta parte, está en contradiccion con la presente. Tal vez, empero, puedan entrambas conciliarse, entendiendo que d. l. 9. habla del abogado que revelare los secretos que se le han confiado ó cometiere otro fraude, sin llegar á patrocinar secretamente á la parte contraria; y en la presente del que aconsejare ó ayudare á la una de las partes en secreto, defendiendo en público á la otra; lo que es mucho mas grave, por no poder hacerse sin traicion y alevosía, como se espresa aquí: y aunque en otros casos se impone tambien la pena de muerte por la sola violacion del secreto, como en la l. 6. §. 4. D. *de re milit.* y V. Bart. á la l. 11. §. 2. D. *de pœn.* es claro sin embargo, que es mas grave delito el pasar á vias de hecho, ó ayudar á los enemigos, que el tener con él meras confabulaciones, segun dice Bald. á la l. 30. col. 2. C. *de testam.* y hace al caso lo anotado por Bart. á d. l. 1 D. *de prævaric.* á propósito de la cuestion que propone el mismo allí. Y sobre sí el abogado prevaricador puede ser acusado por otro que por aquel en cuyo perjuicio ha prevaricado. V. Ang. á la l. 3. D. *de prævaric.* —* V. la nota 83.

(82) V. Specul. tít. *de advoc.* §. últ col. 3. vers. *ilud autem*, y lo dispuesto en la l. 9. de este tít.

(83) Por derecho comun no se imponia en este caso la pena de muerte, sino la ordinaria del crimen de falsedad, segun la l. 1. pr. y l. 13. D. *ad L. Cornel. de fals.* y Specul. tít. *de advoc.* §. últ. col. 2. vers *item caveat.* esto es la de deportacion, segun d. l. 1. §. 13. y l. 6. tít. 7. Part. 7. ó bien otra arbitraria segun Alberic. á d. §. 13. Mas, ¿incurrirá en la misma pena el abogado que hiciere usar á su defendido de téstigos ó instrumentos falsos, si esa falsedad no llega á causar perjuicio á la otra parte? V. l. 3. C. *si ex fals. instrum.* de la cual infiere Bald. á la l. últ. col. últ. de d. tít. que tambien en dicho caso se incu-

prometer a la parte, que vencera el pleyto (84) que recibe en su encomienda. Ca si despues nol venciesse assi como auia prometido, seria tenudo de pechar al dueño del pleyto, todo quanto daño, o menoscabo le viniesse porende, e demas las despensas que ouiesse fecho, andando en juyzio sobre aquel pleyto.

TITULO VII.

DE LOS EMPLAZAMIENTOS.

Mostramos assaz complidamente en el titulo ante deste, de los Abogados que muestran, e aconsejan al demandador, e al demandado, en que manera deuen demandar, e amparar sus pleytos en juyzio. E porque los emplazamientos son rayz (1) e comienço de todo pleyto; que se ha de librar por los Judgadores, e razonar por los Abogados, en razon de contienda que acaezca entre el demandador, e el demandado, porende queremos fablar dellos. E primeramente, que quiere dezir emplazamiento. E quien lo puede fazer. E en que manera deue ser fecho. E quien puede ser emplazado, o quien non. E que pena

rirá en la misma pena, porque se habrá delinquido contra las buenas costumbres, y el delito se habrá consumado, no atendiéndose en los delitos á los efectos, sino á la intencion: Añád. Bald. á la l. 1. C. *de sepulchr. viol.* Nuestra ley no hace en esta parte distincion alguna, en lo que parece demasiado severa, pues ni aun al mismo téstigo falso se le impone la pena de muerte, mas que como pena de talion, esto es en el caso de haber su falsedad consistido en imputar á alguno un delito por el cual hubiera debido imponerse á este la misma pena, si realmente lo hubiese cometido ó si la falsedad no se hubiese descubierto; segun la l. 1. D. *ad L. Cornel. de sic.* y lo nota la Glos. 2. quest. 2. *in summa*, y está dispuesto tambien en la l. 83. *de Toro* [l. 4. tít. 6. lib. 12. Nov. Recop.]: por lo que podria talvez interpretarse esta nuestra ley mas benignamente, diciendo que solo tendrá lugar cuando fuere de mucha gravedad ó capital la causa en que el abogado haya hecho presentar escrituras ó téstigos falsos: la escesiva severidad de la misma se prueba tambien, atendiendo que á los que se valen de documentos falsos, mientras ellos mismos no los hayan falsificado ó hecho falsificar, si bien se les impone la pena de falsarios, pero no con el mismo rigor que si fuesen autores ó complices de la falsificacion, segun observa la Glos. de la l. 2. C. *de fid. instrum.* glos. mag. y Paul. allí, y aun respecto de ellos se considera tambien atenuado el delito, si desistieren del uso de los documentos falsos antes de proferirse sentencia, en la causa en que los han producido. segun d. l. 2. y l. 8. C. *ad L. Cornel. de fals.*, distincion que podria tal vez aplicarse tambien á los abogados en el caso de que habla la presente ley. — * Las leyes recopiladas han mitigado considerablemente la severidad en efecto escesiva de esta ley de Partida, y por el hecho de aconsejar á la parte el soborno de téstigos ó el uso y presentacion de escrituras falsas, solo imponen al abogado, además de las penas ordinarias de derecho por la complicidad en la falsificacion ó soborno, la de suspension de oficio por el tiempo que al juez ó tribunal le pareciere, como hemos dicho en la nota 61.; l. 8. tít. 22. lib. 5. Nov. Rec. Así mismo la l. 12. de d. tít. y lib. impone además de las ordinarias de derecho, la pena de privacion de oficio, como hemos visto tambien en d. nota 61. al abogado que descubriere los secretos de su parte á la contraria ó á otra en su favor ó *se hallara ayudar ó consejar á ambas las partes contrarias en el mismo negocio* que es precisamente el caso prevenido en nuestra ley aquí, y para el cual conmina la pena de muerte; en lo que por consiguiente deberá tenerse por derogada: mas no deberá considerarse que lo está por la l. recopilada que acaba de citarse la l. 9. del presente título que por igual delito de violar ó descubrir á la parte contraria los secretos de la defensa, declara al abogado que lo cometiere, *infame*, y, además de la privacion de oficio, que pueda el juez *ponerle pena por ende segun entendiere que la meresce por qual fuere el pleito de que fué abogado é el yerro que fizo en él maliciosamente.* Todo lo que podrá tener así mismo lugar despues de la ley recopilada; que no escluye en esta parte el prudente arbitrio del juez, sino que conmina la pena de privacion de oficio, *demás de las penas sobre esto en Derecho establecidas.* El abogado que por haber faltado al secreto ó por haber defendido simultaneamente á las dos partes contrarias, estuviese privado de oficio, y despues á pesar de ello, volviere á ejercerlo, es declarado por d. l. 13. N. R. incurso en la pena de confiscacion de la mitad de sus bienes, en lo que habrá quedado aquella derogada por el art. 10. de la Constitucion de 1837.

(84) V. Specul. tít. *de advoc.* §. *nunc tractemus*, col. 3. vers. *caveat autem ne clientulo*; y nótese bien esta nuestra ley, en cuanto dispone que el abogado prevaricador, además de incurrir en las penas aquí señaladas, está obligado á indemnizar a la parte de los gastos y perjuicios que con la prevaricacion se le hayan ocasionado. V. Specul. allí §. últ. col. 3. vers. *quid si per imprudentiam* y siguientes etc.

(1) Conc. §. últ. Inst. *de pœn. tem. lit.* V. la Glos. y lo DD. á la rubr, C. *de in jus voc.*: y de lo dicho aquí se infiere que, aunque aparezcan

merece el que fuere rebelde, non queriendo venir al emplazamiento. E el que enagenare la cosa sobre que fuere emplazado.

LEY 1. *Que quiere dezir Emplazamiento, e quien lo puede fazer, e en que manera deue ser fecho.*

Emplazamiento (2) tanto quiere dezir como llamamiento que fazen a alguno, que venga ante el Judgador, a fazer derecho (3), o cumplir su manda-

en un juicio llenadas todas las demás formalidades, será no obstante nulo si no ha habido citacion, V. Alber. á la l. 1. D. *de in jus. voc.* * Y así está espresamente dispuesto en los art. 4. y 5. de la l. de 31. Mayo 1837. incurriendo además en la multa de 500 rs. vn. y en la responsabilidad de todos los perjuicios que ocasionare el escribano que, al notificar una providencia, no lo haga con todas las formalidades prevenidas en d. l. y de las que se hablará en las notas sig.

(2) Concuerd. l. 1. D. *de in jus voc.*, donde advierte la Glos. que la mera presentacion de la demanda no se tiene por emplazamiento, ni por haberse verificado aquella puede decirse comenzado el juicio, Ang. á la l. 1. col. 1. C. *de jud.* observa lo mismo á propósito de una cuestion muy árdua, que de hecho dice haber ocurrido, v. al mismo allí.*—Y así por la presentacion de la demanda no se entenderá interrumpida la prescripcion de la cosa sobre que aquella recae ni se anulará la enagenacion que de la misma se hubiere hecho despues de dicha presentacion y antes del emplazamiento, ni inducirá prevencion de jurisdiccion á favor del juez ante quien se hubiere presentado, que son los propios y necesarios efectos del emplazamiento, segun las ll. 2. 12. 13. y 14. de este tít. l. 21. tít. 4. l. 25. tít. 18. l. 29. tit. 29. de esta part.

(3) Indícase aquí que al hacerse el emplazamiento, debe espresarse la causa ú objeto porque se hace, y lo mismo dispone el cap. últ. 5. q. 2 y lo advierte la Glos. al cap. *si Episcopus* 3. q. 2. Specul. tít. *de citat.* §. 1 col. 5. vers. *item quod nulla causa exprimitur,* Juan Andr. en sus adic. Alberic. á la l. 1. D. *de in jus voc.*, y Glos. al cap. *præterea 2, de dilat.*: y esto prueba al parecer, que en el emplazamiento debe insertarse el contenido de la demanda, como puede inferirse tambien de d. cap. 2., y l. 3. C. *de præscript. 30 vel 40 annor.*, donde advierte Bald. que lo dicho procede tan solo ese rigor de derecho, y l. últ. C. *de duob reis stip. vel prom.*, auth. *offeratur* C. *de lit. contest.*, donde trata Cyn. estensamente esta materia, y sobre la cual pretende Bart. allí, que puede igualmente sostenerse la práctica de insertarse el libelo en el emplazamiento; y la de no insertarse en él, comunicándolo despues al emplazado, cuando haya comparecido, debiendo en este particular observarse la costumbre que en cada tribunal hubiere prevalecido. En las citaciones ó emplazamientos de los ausentes, opina Salic. allí, que debe insertarse el libelo, mas nó en los de los presentes; y esto es lo que en la práctica se observa: pudiendo, en órden al modo de hacerse las citaciones en las causas criminales, verse á Bart. sobre la l. 10. D. *de pub. jud.* y sobre la estrav. *ad reprimendum*, donde glosa la palabra *crimine*, y Abb. á d. cap. *præterea 2. de dilat.* * — La consecuencia que, en opinion del glosador, puede inferirse de la presente ley, de haber de insertarse en el cartel de emplazamento el contenido de la demanda ó libelo en virtud del cual aquél se haya proveido, ni se sigue de las palabras de la ley *que venga á fazer derecho*, ni tampoco la persuade razon alguna de equidad ó conveniencia, pues debiéndose en el mismo emplazamento proveer que se dé traslado de la demanda al convenido, y mandándose la comparecencia de este para el efecto precisamente de comunicarle dicha demanda á fin de que pueda enterarse de ella y contestarla, ninguna necesidad hay de anticipar esta diligencia, ni se aborraria, con ello, la comunicacion que siempre fuera indispensable para examinar y escepcionar la accion intentada, ni aun resultaria que el emplazado tuviese mas tiempo para meditar y preparar su contestacion, por cuanto no empezando á correr el término del emplazamiento, hasta despues de notificado, desde el momento mismo de la notificacion puede el convenido obtener que la demanda se le comunique y utilizar así el mismo tiempo que tendria si aquella se hubiese insertado en el emplazamiento. Lo único que parece exigir la natural y legitima ansiedad del que se encuentra emplazado y la necesidad de poder hacer aquellas deliberaciones y tomar las resoluciones para las cuales no es indispensable el conocimiento de la demanda, es que se esprese en la citacion la causa por que se proveyó, esto es el nombre del demandante, ó la circunstancia á lo menos de hacerse aquella en virtud de una demanda: y esto es lo que se practica, consistiendo en el dia los emplazamientos en la notificacion de las providencias en que se provee el traslado de la demanda al convenido, y se previene á este que la conteste dentro el término de la ley, cuyas notificaciones deben hacerse leyendo íntegramente la providencia á la persona á quien se hacen y dándole en el acto copia literal de ella aun cuando no la pida, y haciéndose espresion en la diligencia de haber cumplido lo uno y lo otro. Las diligencias de notificacion deben firmarse por los interesados á quienes se hacen, ó no sabiendo estos por un testigo á ruego de los mismos, y si se resistieren á firmar ó á designar persona que lo

miento (4). E puedelo fazer el Rey, o el Judgador, o el Portero por mandado dellos. E la manera en que deue ser fecho el emplazamiento, es esta: que el Rey puede emplazar por su palabra o por su Portero, o por su carta. E los que han poder de judgar por el en su Corte, o en sus Ciudades, e en las Villas, lo pueden otrosi fazer por palabra, o por carta, o por sus omes conoscidos(5), que sean

haga por ellos, deberán llamarse dos téstigos y hacerse la notificacion en su presencia, llamándose para dicho acto con preferencia á los vecinos mas próximos á la casa del interesado, y residentes en el mismo pueblo donde se hace la notificacion, y sin que puedan ser téstigos los oficiales ó dependientes del escribano. art. 1. 2. de la l. 4 Junio de 1837.

(4) En este caso, esto es, en el de mandar el juez á alguno, que comparezca ante sí de oficio y sin instancia de parte, no se requiere la espresion de causa; segun se indica aquí: bastando que le mande comparecer, diciéndole que así conviene al servicio del Rey y á la administracion de justicia: y así se observa justamente, porque en muchos casos podria no convenir el que se espresase la causa de semejante mandamiento.

(5) Y puede el juez, aunque sea delegado, hacer la citacion por medio de mensajero, segun la Glos. y los DD. á la l. 15. C. *de jud.*, y Specul. tít. *de cit.* §. *sequitur* col. 6. vers. *et nota secundum Uber.*, donde refiere lo que pasó entre Lotario Arzobispo de Pisa y Azon con ocasion de habérseles delegado para el conocimiento de una causa de cierta hermosa niña: debiendo notarse aquí que los *homes conoscidos*, de que habla nuestra ley, se entienden ser los mandaderos especialmente destinados á hacer este servicio, [*nuntiis* dice el glosador, refiriéndose sin duda á los *emplazadores* de que habla la l. 14. tit. 14. lib. 11. Nov. Rec. distinguiéndolos de les porteros ó alguaciles, dando á entender que por medio de ellos podian hacerse las notificaciones y emplazamientos. En el dia estas diligencias están cometidas esclusivamente á los escribanos, y derogada la l. 3. de dd. tít. y lib. N. R. como se dirá en la adic. á la presente nota] sobre lo cual v. Specul. en d. §. *sequitur*, col. 2. y cap. *cum parati, de appel.*, y Bald. á la l. 1. §. 12. vers. *et sanè* D. *de offic. præf. urb.* Y en órden á si un juez puede hacer citaciones por medio del mandadero de otro juez, v. Bald. á la l. 1. q. 16. D. *de offic. consul.*, donde está por la negativa, y segun el mismo á la l. 2. C. *quom. et quand. jud.*, todo juez sea ordinario ó delegado, y aun el árbitro ó arbitrador, puede elegirse sus mandaderos: y los jueces inferiores pueden valerse de los de los superiores, Bart. á la extrav. *ad reprimendum*, Glos. á la palabra *per nuntium.* * — La l. 3. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec. establecia que *el juez de un lugar pudiese ir por si ó enviar, por su carta de emplazamiento, á emplazar* á los ausentes hallados en lugar de otra jurisdiccion, sobre causas ó pleitos *que á él perteneciese de librar*: lo cual habia producido sin duda la institucion de los *mandaderos* ó *emplazadores* destinados espresamente á practicar semejantes dilijencias de emplazamientos ó notificaciones á personas ausentes. En el dia ningun juez puede ejercer acto jurisdiccional alguno fuera del territorio que le está señalado, y cuando tiene que emplazarse á un ausente fuera del partido, se remite exhorto al juez que lo es del punto en que se halla la persona que debe ser emplazada, directamente ó por conducto de la audiencia respectiva, segun que el exhortado esté ó no sujeto á la misma que el exhortante; y observando los tramites y formalidades esplicadas en el final del apéndice al tít. 4. de esta partida, cuando el ausente á quien debe emplazarse lo fuere en pais estrangero. Y en el caso de haber de emplazarse á alguno que, hallándose en el mismo partido, no resida en el pueblo cabeza de partido y residencia del juez de él, se comisiona, por medio de oficio, al alcalde constitucional del pueblo en que se halle, para que práctique y haga practicar la dilijencia por su secretario, escribano ó fiel de fechos, art. 34 del reglam. prov. para la admin. de just. que comete esclusivamente á dichos alcaldes ó á sus tenientes todas las dilijencias que en las causas así civiles como criminales se ofrezcan en los pueblos donde no residan otros jueces ordinarios que ellos: en lo cual se les considera como ausiliares ó delegados de los jueces respectivos, art. 106. del Reglam. de los juzgados de 1ª instancia. Los Sres. Goyena y Aguirre, §§. 4596 y 4603. de su Febrero pretenden que con arreglo á d. art. 34. del Reglam. no debe entenderse cometida á los alcaldes la práctica de las notificaciones y de otras cualesquiera dilijencias, sino únicamente las que hayan de practicarse precisamente en los pueblos no cabezas de partido y que no pueda practicar ó no practique el juez por sí mismo: de donde, y por lo mismo que los emplazamientos ó notificaciones no hay necesidad de que se practiquen en el punto en que se halla el interesado, pudiendo este trasladarse á la cabeza del partido, infieren los citados escritores, que en el caso propuesto deberá oficiarse al alcalde respectivo no para que este practique la diligencia, sino para que mande comparecer al juzgado á la persona á quien deba hacerse el emplazamiento ó notificacion. Mas no nos parece que sea este el espíritu de d. art. 34. sobre todo despues que se ha declarado á los alcaldes, ausiliares ó delegados de los jueces ordinarios para el efecto de dilijenciar los despachos

señaladamente puestos para esto. Otrosi, quando alguno ouiesse querella de otro, e lo fallasse en la Corte del Rey, bien puede dezir a la Justicia del Rey, que gelo emplaze; e el puedelo fazer por si, e por su ome. E aun y ha otra manera de emplazamiento, contra aquellos que se andan escondiendo, o fuyendo de la tierra, porque non fagan derecho a aquellos que se querellan dellos. Ca estos atales pueden (6) ser emplazados, non tan solamente en sus personas, mas aun en sus casas, faziendolo saber, a aquellos que y fallaren de su compaña. E si casas non ouieren (7), deuenlos pregonar en tres mercados, por que lo sepan sus parientes, e sus amigos, e gelo fagan saber, que vengan a fazer derecho a aquellos que se querellan dellos; o que sus parientes, o sus amigos los puedan defender dellos en juyzio, si quisieren. E quando el emplazamiento fuere fecho por

que aquellos les libren, d. art. 106; sino el de que practiquen los alcaldes por sí mismos todas las dilijencias que *se ofrezcan* y en las que sin perjuicio de la administracion de justicia pueda esta conciliarse con la mayor comodidad de los interesados, como sucede en el caso particular de que tratamos, en el cual haciéndose la notificacion ó emplazamiento por el escribano ó fiel de fechos de la alcaldía, con la misma formalidad que se haria por el del juzgado, se ahorra el gasto que ocasionaría la traslacion de este último al punto de residencia del interesado ó la de este mismo al pueblo cabeza de partido que puede ser y es á veces muy distante de los situados en los estremos de la demarcacion: y así hemos visto que se observa, sin perjuicio de practicarse lo que pretenden los Sres. Goyena y Aguirre cuando el interesado se halle en algun pueblo muy inmediato al en que reside el juzgado ó cuando alguna otra razon especial así lo aconseje, d. art. 34. Debe, empero, advertirse que lo dicho se entiende únicamente con respecto á las notificaciones que sirven de emplazamiento y que por lo mismo deben hacerse personalmente, como quiera que para las demás, pudiendo estas hacerse en la persona de un Procurador, ninguna necesidad hay, ni aun de oficiar al alcalde del pueblo en donde resida el interesado, antes es lo mas espedito y así lo ha autorizado la práctica, que los litigantes no residentes en la cabeza de partido, hayan de gestionar por medio de apoderado ó designar una persona idónea para que con la misma se entiendan las notificaciones hacederas, la cual deberá ser en el dia alguno de los procuradores de número del juzgado respectivo, seccion sexta de d. reglam. de los juzgados de 1ª instancia.

(6) Lo dispuesto aquí debe entenderse unicamente con los que se ocultan ó huyen para que no pueda citárseles, pues á los que, sin malicia se hayan ausentado, no podrá hacérseles la citacion en sus casas, antes deberá averiguarse su paradero y emplazárseles personalmente, segun Hostiense al cap. *causam quæ de dolo et cont.* añadiendo que deben á dicho efecto hacerse pesquisas por toda la provincia; bien que Inoc. cap. últ. *de eo qui mitt. in posess. caus. rei serv.* dice que por el mero hecho de hallarse alguno fuera de la ciudad, puede hacérsele la citacion en su casa, y así lo opina tambien Bart. á la l. 4. §. 5. D. *de damn. inf.* y Abb. al cap. *causam quæ* col 2. *de dol. et cont.* y es lo que en la práctica se observa.* — Mas no deja de ser dudoso si procederá ó no el verificarlo así despues de la l. de 4 Junio de 1837. Dispone esta en su art. 3. que la notificacion por cédula (así se llama la que se hace en las personas de los que se hallan en la casa del interesado) deberá hacerse cuando este no pueda ser habido á la primera diligencia en busca, sin necesidad de mandato judicial, escepto en los emplazamientos ó traslados de demanda y las notificaciones de estado y citaciones de remate en los juicios ejecutivos: cuyas últimas palabras han dado lugar á la cuestion de si las notificaciones esceptuadas lo son únicamente por ser necesario en ellas el previo mandato judicial para que puedan hacerse por cédula, ó ademas por requirir mayor número de dilijencias en busca para que pueda proveerse aquel mandato: mas, como observan muy oportunamente los Sres. Goyena y Aguirre §. 4600 del Febrero, el espíritu de la ley, la construccion gramatical de la misma y la importancia de aquellas citaciones convencen de que se quiso exigir, además del mandato, las tres dilijencias en busca, y así lo entiende tambien el Sr. Ortiz de Zuñiga, cap. 7. sec. 4. part. 1. Bibliot. jud.

(7) Nótese que cuando se ha de emplazar á alguno que se oculta y no tiene domicilio conocido en el cual pueda hacérsele la notificacion, se hace esta por medio del pregonero en los términos que previene nuestra ley aquí. Mas ¿deberá practicarse lo mismo con el que no se oculta, pero se ha ausentado sin malicia y no puede ser habido ni tiene domicilio conocido? Parece que con mayor razon deberá citársele tambien por el pregonero, y requerir además á sus parientes y amigos, por si quieren asumirse su defensa: segun la Glos. á d. cap. *causam quæ, de dol. et cont.* aclarada por Bald. á la authent. *qui semel* col. 2. C. *quom et quando jud.*: á diferencia de cuando se hace la citacion por cédula en el domicilio, en cuyo caso no tiene lugar aquel requirimiento, Abb. á d. cap. *causam quæ* col. 4. y tampoco cuando la ausencia es dolosa y al objeto de sustraerse al emplazamiento, aun-

alguno de los Porteros mayores del Rey, o por su Justicia (8), o por alguno de los Judgadores de las Villas; mandamos que tal emplazamiento se pueda prouar por aquel que lo fiziere (9) con otro testigo, si fuere negado: mas si fuere de los menores Porteros, tenemos por bien, que se prueue por dos testigos sin el Portero, porque non pueda y ser fecho engaño. Pero el emplazamiento, que el Rey, o los Judgadores de su Corte (10) fizieren por su palabra, mandamos que sea creydo sin otra prueua.

LEY 2. *Como los emplazados deuen venir ante los Judgadores, e quien puede ser emplazado, e quien non.*

Venir deue ante el Judgador todo ome que fuere emplazado por mandado del, e parecer por si, o por otri, al plazo que fuere puesto; maguer ouiesse preuillejo (11), o otra razon derecha, por que non fuesse tenudo de lo fazer. Esto es, por honrra del logar, e del poderio, que tiene el Juez por el Rey. Ca si non quisiesse venir, semejaria que lo fazia mas por desden, que por otra cosa. Pero quando fuere antel, e mostrare su priuillejo, o alguna otra razon derecha, por que non puede ser apremiado de responder, deuele ser cabido. E como quier que todos sean tenudos de venir antel Judgador quando los emplazaren, assi como sobredicho es, con todo esso omes y a, que non podrian ser emplazados, e si lo fueren, non son tenudos de (a) responder, ante aquel que los emplazo, assi como aquel que fuesse Juez mayor (12), o egual de aquel que lo emplazasse; o el Clerigo en el tiempo que cantasse la Mis-

(a) parecer Acad.

que no tenga el ausente domicilio conocido, como se infiere claramente de esta ley, y lo advierte Bald. en el lugar citado.*—En el dia se cita á los ausentes, cuyo paradero se ignora, por edictos y pregones, que se insertan en la Gaceta, Boletines oficiales ú otros periódicos.

(8) A menos que lo haya hecho alguno de los jueces de la Corte, en cuyo caso se tendrá la palabra del mismo por suficiente prueba sin necesidad de testigo, como se dispone en el final de esta ley.*—V. la adic. á la nota sig.

(9) Téngase presente lo dispuesto aquí con lo cual han quedado resueltas las cuestiones que, acerca el modo de probar las dilijencias de emplazamientos se habian suscitado, V. Specul. y estensamente Juan Andr. en las adic. tít. *de citat.* §. *sequitur* col. 2. vers. *sed nunquid* y á los DD. al cap. *cum parati de appell.* donde dice la Glosa que merece fe el portero que afirma haber hecho una citacion, y del mismo parecer es Bald. á la extravag. *ad reprimendum* glos. sobre la palabra *per nuntium*, opinion que es desechada por nuestra ley aquí, declarando que la sola palabra del portero, aunque sea de los mayores, no es bastante para probar la citacion. —* En el dia apenas puede tener aplicacion lo que se dispone en esta ley y lo que añade á la misma el glosador, por no hacerse notificacion alguna, sea ó no en calidad de emplazamiento, sin que intervenga en ella el escribano. Mas es digno de notarse que aun á este, con todo y ser una persona pública y autorizada, no le da la ley entero crédito para el efecto de entenderse probada la práctica de la dilijencia de notificacion, sino que en el caso de no querer suscribirla por sí ó por otro el interesado, exige la asistencia de dos testigos.

(10) Nótese que se da crédito á la palabra de los jueces de la Corte como si fuese la del Rey, cuando afirman haber hecho alguna citacion personalmente y de palabra. * V. la adic. á la nota ant.

(11) Conc. l. 5. D. *de judic.* y V. Juan de Plat. á la l. 42. C. *de decur.*—*Conc. l. 7. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec.

(12) Añád. l. 4. D. *de recept. qui arb.* cap. 16. *de majorit. et obed.* l. 13. §. 4. D *ad Trebell* y cap. *innotuit, de elect.* á menos que el juez superior se sujete á la jurisdiccion del inferior ó igual suyo que le ha emplazado, l. 14. D. *de jurisd. omn. jud.* De lo dispuesto en esta ley parece inferirse que, pues un juez no puede ser emplazado por otro igual ó inferior á él, podrá serlo por uno que sea superior, contra lo declarado por las ll. 2. D. *de in jus. voc.* y 48 D. *de judic.* [Esto es que ningun Juez de los que tenian el mero imperio, podia ser llamado á juicio, mientras estaba en el ejercicio de la jurisdiccion]. Tal vez, pues deba decirse que nuestra ley ha limitado en esta parte al derecho comun, estableciendo que un Juez no pueda ser citado por otro que sea su inferior ó igual, pero si por el que sea su superior ó que sea juez de otro territorio; y así lo pretende la Glos. á la l. 21. glos. 1. C. *de episcop. aud.* la cual, sin embargo es esplicada con una notable limitacion por Alber. á la l. 16. col. penúlt. D. *de offic. præs.* donde espresa que solo puede un juez ser emplazado por otro, aunque sea superior ó de otro territorio, mientras sea en méritos de demanda promovida por uno que no sea súbdito del emplazado, y en pleito en que pueda comparecerse y gestionarse por medio de procurador: opinion que parece aprobada por Jason á d. l. 2. limit. 4. *de in jus voc.* y l. 48. D. *de judic.* Mas es digno de advertirse que la citada Glos. habla en general, sin que haya razon plausible de diferencia

sa(13), o dixiesse las otras Oras en la Eglesia; o Monjes, o Monjas, o Hermitaños, o otros Religiosos (14), de los que estan so poder de otro su Mayoral, sin cuyo mandado non pueden yr a otra parte. Mas quien derecho quisiere alcançar de tales personas como estas, deue fazer emplazar a sus Mayorales, assi como de suso es dicho, en el Titulo que fabla de los Demandadores e Judgadores. Otrosi dezimos, que non deuen, nin pueden ser emplazados (15), los que han a ser a dia señalado con el Rey en batalla, o con sus Señores en fazienda, o en lid, o los que fincan para guardar Villas, o Castillos (16), o otras Fortalezas, que touieren del Rey, o de otros sus Señores, seyendo en tiempo que temiessen peligro. Esso mismo dezimos, de aquellos que fincan para apaziguar la tierra, si la vieren leuantada, o en bollicio, si fueren omes para ello; o si fincaren para amparar tierra, o Reyno de su Señor, en tiempo de guerra. E los que fueren enfermos (17) de grandes enfermedades (18), o feridos, de guisa que non pudiessen uenir, o presos (19); nin los que fiziessen bodas, que non deuen ser emplazados en aquel dia que las fizieren (20), nin aquellos que les muriere alguno en su casa, que deuen luego soterrar; o los que estouieren a muerte, o a soterramiento de Señor, o de su pariente, o de su vezino, o de amigo conoci-

entre el caso de ser un juez convenido por uno de sus súbditos, y el de serlo por uno que no lo es: antes bien Alber. y Salic. á d. l. 21. entienden aquella glos. indistintamente, así para el caso de demandarse á un juez en el lugar de su domicilio como para el de demandársele en otro, en el cual no ejerza jurisdiccion. * En el dia está espresamente declarado por las leyes, cuales son los tribunales competentes para juzgar á los jueces así superiores como inferiores, y cuales son, por consiguiente, los que puedan emplazarles, en los negocios relativos al ejercicio de la jurisdiccion como se dijo en el apéndice al tít. 4. de esta Part. Mas, en órden á los negocios comunes, son todos considerados como particulares personas: y, salvas las consideraciones que se les deben por razon de su oficio ó dignidad, no disfrutan de privilegio alguno y deben sujetarse, lo mismo que los demás, á la jurisdiccion del ordinario: ni, en los ministros de los tribunales superiores, hubiera podido haber razon alguna para entenderlo de otra manera, siendo estos como son, todos colegiados y no residiendo la jurisdiccion en cada uno de sus miembros, sino en todos ellos colectivamente, formando sala ó tribunal. Por lo que hace á los jueces inferiores ó de primera instancia no puede haber absolutamente dificultad en que pueden ser emplazados por sus iguales, estando como está, espresamente declarado que corresponde respectivamente á cada uno de ellos el conocimiento de las causas civiles y de las criminales sobre delitos comunes que se ofrezcan contra los de igual clase que se hallen en el mismo pueblo ó en otro cuya capital esté mas inmediata, art. 46. Reglam. prov. para la admin. de just.

(13) Conc. l. 2. D. *de in jus voc.* y V. Ang. y Bart. allí.

(14) Conc. d. l. 2.

(15) Conc. l. 7. D. *si quis caution*: y l. 14. D. *ex quib. caus. major.* la cual se refiere esclusivamente á los ausentes por causa pública; á diferencia de la presente que se estiende tambien á los que están obligados á permanecer en un lugar determinado; y hace al caso la l. 4. D. *de in jus voc.* y Bart. allí. — * La permanencia forzosa de alguno en un lugar distinto del en que puede ser demandado por razon de su ordinario domicilio no creemos le escuse de ser emplazado, ni de la obligacion de comparecer, cuando lo fuere, siendo la ausencia ocasionada por sus negocios ó intereses particulares; ni de la presente ley, á pesar de lo que dice el glosador, puede inferirse lo contrario, por no hablarse en ella, mas que de la ausencia por causa pública ó por otras que en el dia no pueden tener lugar, y en tiempo del glosador, eran consideradas como públicas, como eran la de estar alguno ausente y ocupado al servicio de sus Señores en la guerra ó administracion. Los ausentes, pues que fueren emplazados, no estándolo por causa pública, deberán comparecer ante el juez que los emplazare personalmente ó por medio de procurador, pero deberá concedérseles para la comparecencia un término mas largo, al arbitrio del juez, atendida la distancia y demás circunstancias, l. 12. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec.

(16) Pues los soldados ó militares no pueden, sin licencia, separarse de sus cuarteles ó estacioeiones ll. 11. y 15. C. *de re milit.*

(17) A menos que fuese una emfermedad crónica y muy larga, en cuyo caso deberia el que la padeciese comparecer por medio de procurador. Specul. tít. *de procur.* §. 2. hácia el fin.

(18) L. 60. §. 1. D. *de re judic.*

(19) Sin embargo, el que se hallare preso, deberá tambien comparecer por medio de procurador, si los hay en el lugar en que se halla, Bart. á la l. 5. hácia el fin. D. *de public. judic.*

(20) Aunque no fuesen las bodas del mismo interesado las que se celebrasen, sino las de al-

do, fasta que sean tornados (21) a sus casas del soterramiento. Otrosi dezimos, que non deuen ser emplazados los que non son de edad, o que son de fuera de su sentido (22), o desgastadores de sus bienes, de manera que les son dados Guardadores para ello. Pero los que ouieren querella destos tales, bien pueden fazer emplazar, a aquellos que (23) touieren a ellos, e a sus bienes en guarda. Otro tal dezimos, que non deuen emplazar a los que van en mandaderia (24) del Rey, o de su Señor, o de su Concejo; nin al Pregonero (25), de mientra que va pregonando por la Villa; nin a ome, nin a muger, que sea sieruo de otro. Ca (*b*) este non puede ser emplazado, si non en casos señalados, assi como dezimos de suso en el Titulo de los Demandadores. Otrosi non deuen emplazar a aquel, que fuesse emplazado de otro (26) Judgador, para parecer antel a dia señalado, en quanto durare el tiempo del emplazamiento primero. Fueras, si el Judgador que lo emplazasse a postremas, fuesse mayor (27), que el otro que lo ouiesse fecho emplazar primeramente. Ca estonce deue obedecer al emplazamiento del Judgador mayor. E mientra que durare el tiempo deste emplazamiento, non le deue el otro Juez, que le emplazo primero, fazer ninguna cosa nueua contra el, por razon quel emplazara, e non pareciera antel. E si por auentura la fiziesse contra el, o contra alguno de los otros sobredichos, en esta ley, mandamos que non vala.

LEY 8. *Como las dueñas, nin las donzellas nin las otras mugeres que biuen onestamente en sus casas, non deuen ser emplazadas, que vengan antel Judgador personalmente.*

Dueña (28) casada, obiuda, o donzella, o otra muger, que biua onestamente (29) en su casa,

(*b*) estos non pueden ser emplazados, Tol. r.

gun gran señor por las cuales se hiciesen fiestas por muchos dias, segun Alber. á la l. 2. D. *de in jus voc.*

(21) En el caso que aquí se espresa bien podrá citarse á los que vayan al entierro. entendiéndose el emplazamiento, para cuando vuelvan de él; Bart. á d. l. 2. D. *de in jus voc.* y V. la l. 13. tít. 9. Part. 7. y lo anotado allí.

(22) Añád. d. l. 4. D. *de in jus voc.*

(23) Indícase con esto que no puede hacerse el emplazamiento en la persona de un menor, sino que debe citarse á su tutor: mas esto debe entenderse de los menores constituidos en la infancia; porque á los que han salido de ella, puede emplazárseles personalmente y mandarles que comparezcan legitimamente, Glos. á la l. 4. D. *de in jus voc.* y Bart. á la l. 1. §. 2. D. *de admin. tut.*; lo cual, empero, creo que no procederia con los que tuviesen tutor, ni bastaria en este caso el emplazamiento personal, como lo dice nuestra ley espresamente: debiendo entenderse únicamente con lo que no los tengan el podérseles citar en su persona, y obligarles con ello á comparecer legitimamente; y así lo opina la Glos. de la l. 5. D. *de bon auctor. jud. possid.* y Bald. á la l. 1. C. *qui petant. tut.*

(24) L. 37. D. *ex quib. caus. major.*

(25) Añád. l. 2. D. *de in jus voc.*

(26) Añád. d. l. 4. D. d. tít.

(27) V. l. 54. §. 1. D. *de re jud.* y Specul. tít. *de cit.* §. 1. col. 3.

(28) Toma esta ley su orígen del cap. 2. *de jud.* y l. 21. C. *de procur.* y l. últ. C. *de arbit.* Conc. l. 1. C. *de offic. divers. judic.*

(29) Estas palabras *que biua onestamente*, en cuanto se refieren á las de *dueña casada*, lo mismo que á las de *viuda ó donzella*, prueban al parecer, que no viviendo honestamente una mujer, puede, aunque sea casada, ser emplazada en persona real y verbalmente, contra lo que pretendia Andr. Barb. en las adiciones á Bart. sobre la authent. *matri et aviæ*, C. *quand. anul. tut. offic. fung. pot.*, y á Bald. sobre la l. 8. hácia el fin *quom. et quand. jud.* donde, fundándose en lo dicho por Juan Andr. en las adic. á Specul. tít. *de rapt.* en la rúbr., opinaba que á la muger casada aunque no fuese honesta, no podia reducírsela á prision por deudas. y del mismo parecer era Barb. al cap. *pastoralis de judic.* citado allí por Felin.; siendo digno este punto de detenida reflexion, porque hablando la l. 62. de Toro indistintamente, y exigiéndose en esta de partida la circunstancia de la honestidad á mas de la de ser casada, tal vez no tendria lugar lo dicho por Andr. Barb. y demás AA. citados. * — D. l. 62. de Toro es la l. 4. tít. 11. lib. 10. Nov Recop. y dispone que ninguna muger por ninguna deuda que no descienda de délito pueda ser presa ni detenida, *sino fuere conoscidamente mala de su persona;* cuyas últimas palabras no dejan de importar una verdadera limitacion y no puede decirse por consiguiente que la disposicion de d. l. sea tan indistinta ó absoluta como pretende nuestro glosador: antes bien la muger *conoscidamente mala* de que se habla en ella, habrá de ser la que no *biua onestamente*, sobre todo refiriéndose d. l. á las obligaciones que no provienen de delito, en las cuales no puede ser mala la muger, sino por falta de honestidad. Por lo demás es en el dia esta cuestion enteramente ocie-

non (c) deuen ser emplazadas ninguna dellas, de manera que sea tenuda de venir personalmente (30) ante los Judgadores, para fazer derecho, en el pleyto que non sea de justicia de sangre, o de otro escarmiento: porque assaz abonda, que tales mugeres como estas embien sus Personeros en juyzio en los otros pleytos. Esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon. Porque non seria guisada cosa, que tales personas como estas pareciessen embueltas publicamente con los omes, assi como de suso diximos, en el Titulo que fabla de los Abogados. Pero si los Judgadores quisiessen fazer algunas preguntas a ellas mismas, para saber verdad, deuen ellos yr a su casa, o embiar algund Escriuano, que las pregunte, e escriua lo que dixeren. Otrosi dezimos, que todo ome a quien emplazassen, estando en su casa (31), por razon de pleyto que non fuesse

(c) debe ser emplazada Acad.

sa, por no estar en uso la prision por deudas (V. lo anot. á la l. 4. tít. 15. p. 5.): y hemos llamado sobre ella la atencion únicamente para observar que la presente ley de partida, al disponer que las mugeres honestas no pudiesen ser citadas, se referia tan solo á la citacion *real*, esto es á la captura que se tenia, en este sentido, por emplazamiento: pero no las dispensaba de comparecer por sí ó por procurador, cuando hubiesen sido emplazadas verbalmente ó por escrito por medio de lejítimo mandamiento; en cuyos términos y habiendo, como se ha dicho, caido en desuso la citacion real, única respecto de la cual eran privilegiadas las mugeres, no disfrutarán estas en el dia privilegio alguno, y podrán ser emplazadas lo mismo que los demás; bien que, siendo casadas, no podrán comparecer sin licencia de sus maridos ó en su defecto de la del juez, á tenor de lo anot. á la l. 5. tít. 2. de esta part.

(30) De aquí es, que, ni aun por deudas fiscales, pueden ser encarceladas las mujeres, l. 1. y authent. allí. C. *de offic. divers. jud.* á no ser que procedan aquellas de delito, y sean estas de mala vida; segun la l. 62. de Toro; ó segun pretende Bart. á la l. 11. col. 5. D. *de testam. tut.*, cuando se trate de una deuda procedente de la administracion de una tutela que haya desempeñado la misma muger, para lo cual habrá debido renunciar á todas las leyes que la favoreciesen; y aun entónces, sino hubiese hecho esta renuncia, no podria prendérsela, segun el mismo Bart. allí y Bald. Nov. trat. *de dote* fol. 30. col. 3. vers. *imo comperio quosdam*, el cual lo estiende todavía mas y dice que, siendo casada la muger, aunque haya administrado una tutela y renunciado al beneficio ó privilegio de la ley, tampoco puede ser reducida á prision por deudas procedentes de aquella administracion; porque estando obligada antes que todo á prestar al marido los servicios y obsequios que forman el débito conjugal, no puede hacer renuncia alguna que ceda en perjuicio de aquél. Todo esto lo dice Bald. allí como cuestionable, y no deja en efecto, de merecer alguna consideracion, por lo muy limitado que quedaria entónces lo dicho por Bart. en el lugar citado. Y V. al mismo allí, acerca de si puede encarcelarse á una muger por una deuda procedente de promesa dotal, donde cita á varios que están por la afirmativa, fundándose en el textó de la l. últ. C. *ad Vellejan.* pero él opina negativamente. * V. la adic. á la nota ant.

(31) Conc. ll. 18. 19. 20. D. *de in jus voc.* debiendo entenderse lo que se dice aquí, de ser alguno citado estando en su casa, para el caso de haber él permitido que entrase en ella el emplazador ó de haberse dejado ver dentro de ella; mas aun en este último caso no podria aquél entrar violentamente en la casa, para hacer el emplazamiento, segun dd. ll., sino que deberia hacerla, llamando á los vecinos, en los términos que dispone la l. 1. de este tít. V. Alberic á d. l. 19. Y seria lícito á cualquiera de la familia el oponerse á que la casa fuese allanada, l. 5. §. 2. y Bart. allí D. *de injur.* siendo tan privilegiado, en esta parte, el domicilio, que á nadie, hallándose en el suyo, puede aprehenderse para obligarle á comparecer personalmente ante el Juez, como se le puede obligar hallándole fuera de su casa, segun se dispone aquí y en d. l. 18. y lo advierte Bart. á la l. fin. D. *ad L. Jul. de pecul.*, donde indica á los acreedores un medio para poder hacer la citacion real en la persona del deudor, aunque este no salga de su casa, y consiste en reclamar que se le condene por haber despreciado el mandato del juez; y así, procediéndose contra él criminalmente, podrá aprehendérsele aun en su propio domicilio. Lo dispuesto en la presente ley no deja, por lo demás, de sufrir algunas escepciones, como las que esplica Jason á d. l. 18. siendo de notar mas particularmente la de que no disfruta el privilegio de no poder ser aprehendido en su casa, el que haya inducido sospechas de querer fugarse, y sobre lo mismo puede verse al citado Jas. á la l. 22. D. *de reb. cred.* Añádase, empero, que á pesar de estar prohibido el hacer la citacion real en las personas de los que son hallados en sus casas, si un juez contra lo establecido por la ley mandase estraer de ella á alguno, no incurriria por esto en responsabilidad alguna el portero ó emplazador que lo ejecutase, Bald. á la l. 5. col. 1. C. *de accus.* * En órden á lo dispuesto en esta ley y lo

de maleficio, que non es tenudo de venir personalmente antel Judgador, si non quisiere. E esto es, porque cada vno (32) deue ser seguro en su casa, e auer folgura en ella. Pero deue embiar su Personero, que parezca antel Judgador, a responder en su logar. Mas si alguna destas personas fueren emplazadas sobre pleyto criminal, tenudo seria estonce, de parecer personalmente antel Judgador, maguer el emplazamiento fuesse fecho, estando el en su casa.

LEY 4. *Como los fijos non pueden fazer emplazar a sus padres, nin los aforrados a los que los aforraren.*

Natural razon es, e derecho, que los fijos ayan reuerencia, e fagan honrra a sus padres, e a sus madres, e que ganen siempre dellos, faziendoles seruicio, e non por contiendas, nin pleytos, aduziendolos en juyzio. E porende touieron por bien los Sabios antiguos, e defendieron, que el fijo, nin el nieto, non pueden fazer emplazar, para aduzir en juyzio al padre, nin a la madre, nin al auuelo, nin a la auuela, mientra que fueren en poderio dellos Fueras ende por aquellas cosas señaladas, que diximos de suso en el Titulo de los Demandadores, e en el otro Titulo, que fabla del poderio que han los padres sobre los fijos. Pero el fijo que fuere salido del poder de su padre, bien lo podria fazer emplazar en juyzio con otorgamiento (33) del Judgador. Ca de otra guisa non podria emplazar a su padre, nin a su madre, nin a su auuelo (34), nin a su auuela. Otrosi dezimos, que el aforrado non deue emplazar al que le aforro, sin otorgamiento del Juez. Ca siempre deue auer reuerencia, e fazer honrra, a aquel que lo saco de seruidumbre, e le dio libertad. E esto se entiende, del señor que aforro su sieruo por su voluntad, queriendole fazer bien e merced, tomando dineros (35) del sieruo mismo, o non los tomando. Mas si por auentura otro ome (36) diesse dineros al señor, porque aforrasse su sieruo; estonce tal aforrado bien podria emplazar en juyzio al que lo aforrasse, non pidiendo licencia al Judgador. E non es tenudo de fazelle aquella honrra, nin aquella reuerencia, que los otros aforrados que de suso diximos.

LEY 5. *Que pena merece el aforrado, que emplaza sin licencia del Judgador al que lo ouiesse aforrado.*

Pechar (37) deue por pena cincuenta marauedis en oro el aforrado, a aquel que lo aforro, quando lo emplazasse sin licencia del Judgador.

anotado aquí por el glos. téngase presente lo que se ha dicho en la nota ant. sobre la prision por deudas.

(32) Conc. l. 18. D. *de in jus voc.* y l. 103. *de reg. jur.* debiendo advertirse que la presente ley de Part. parece aclarativa de las ded erecho comun, en cuanto establece que la citacion hecha en el domicilio, ó por cédula, obliga al emplazado á comparecer por medio de procurador, mas no personalmente, aunque en la citacion se hubiese mandado espresamente la comparencia personal; lo que debe entenderse en los términos esplicados al principio de la nota ant. *Conc. la l. 8. tít. 4. lib. 11. N. R. y esto es lo que en el dia se observa; no entendiéndose mandada por los emplazamientos la comparecencia personal, á menos que así se esprese en el cartel por alguna justa causa, como para absolver posiciones ú otras semejantes.

(33) Conc. l. 4. §. 1. y sig. D. *de in jus voc.* * V. l. 3. tít. 2. de esta part.

(34) Y tampoco al visabuelo ni á los demás ascendientes, d. l. 4. §. 1.

(35) Conc. l. 10. pr. D. *de in jus voc.*

(36) No recuerdo disposicion alguna en el derecho comun de donde la presente pueda haber tomado orígen; á menos que por declararse en d. l. 10. *de in jus voc.* que no puede emplazar á su patrono el que adquirió la libertad con su dinero, *(suis nummis)*, se hubiese creido tácitamente dispuesto lo que aquí se establece, esto es que podian ser emplazados los patronos por los siervos que hubiesen adquirido su libertad con dinero de otro: bien que á semejante disposicion pareceria oponerse la l. 38 hácia el fin. D. *de liber caus.*

(37) Conc. l. últ. D. *de in jus voc.* Pero ¿serán válidos en este caso la citacion y los consiguientes procedimentos practicados en virtud de demanda propuesta por un liberto contra su patrono sin pedir la venia judicial? V. Alber. á la l. 11 D. d. tít. donde se resuelve por la afirmativa. Ang. y Bart. allí opinan por la contraria: pero es, en mi concepto, mas probable la opinion de Alber. como quiera que la ley se limita, en dicho caso, á imponer al liberto una pena, sin declarar la nulidad de la citacion ni del procedimiento. Bald. á quien puede verse allí, procede en esta parte con distincion. * Parécenos, empero, que lejos de poderse inferir la nulidad de semejante procedimiento, de lo dispuesto en la presente ley, mas bien deberia decirse lo contrario puesto que, no solo se limita aquella á imponer la pena al liberto que, sin obtener la venia,

Fueras ende (38), si el señor que fue emplazado, non pareciesse antel Judgador al plazo, que fuesse puesto, por razon del emplazamiento; (*d*) o si viniesse ante del el aforrado, arrepintiendose, e le quitasse aquel pleyto (39) sobre quel auia emplazado; o si por auentura viniesse el aforrador de su grado, e le respondiesse en juyzio, al plazo quel fue puesto, non caloñando al aforrado, como nol deuiera emplazar sin otorgamiento del Judgador. Ca por qualquier destas razones, es quito el aforrado de la pena sobredicha.

LEY 6. *Como non deue ser emplazada la muger, ante aquel Judgador que la quiso forzar, o casar con ella sin su plazer.*

Trabajandose (40) el Judgador, de casar con alguna muger, sin su plazer, que morasse en aquella tierra do el ouiesse poderio de judgar, o queriendo de otra manera passar a ella por fuerza; dezimos que tal muger como está, nin otra, nin otro de su compaña, que biuiesse con ella, dende adelante non deuen ser emplazados ante aquel Judgador. E si los emplazassen, no serian tenudos de venir, nin embiar Personeros, para responder delante del. Ca podria ser, que porque ella non quiso consentir a su voluntad, que se moueria el Juez, maliciosamente faziendola emplazar, e asacando tortizeras demandas, para tomar vengança della. Pero aquellos que ouieren querella de tal muger como esta, o de algunos de los de su compaña, puedenlos fazer emplazar ante otro Judgador de aquel logar, si lo y ouiere. E si por auentura non lo y ouiesse, puedenlos fazer emplazar antel Adelantado, o antel Merino,

(*d*) o si viniese antél, et el aforrado repintiendose Acad.

haya emplazado á su patrono, sino que además requiere, para que se entienda aquel incurso en la misma, que el emplazado reclame contra dicha informalidad; de suerte que, no haciéndolo, se procede contra él, sin necesidad de la venia; lo que no podria entenderse así, si la falta de dicho requisito importase una verdadera nulidad. Mas sobre esto debe observarse, de otra parte, que lo dispuesto en nuestra ley aquí ha dejado de tener objeto en el dia, porque siendo el mismo juez y no la parte quien debe proveer el emplazamiento y el escribano quien debe practicarlo: apenas podrá venir, por consiguiente, el caso de que se cite al patrono sin la competente venia, á menos que el demandante haya ocultado su calidad de liberto del convenido: á diferencia de lo que sucedia por derecho romano antiguo, segun el cual el mismo interesado era quien personalmente emplazaba *(in jus vocabat)* al convenido, y usando de la formula *sequere ad tribunal*, podia llevarlo á la fuerza *(ob torto collo)* á la presencia del juez: y de esto bien que aun entre los romanos, fué posteriormente derogado, se conservaron algunos vestigios en el derecho comun que fueron como la disposicion de que se trata, trasladados al derecho de partidas, aunque ya de hecho inaplicables por haber caducado los principios de que procedian. Tal es la pena en que incurria el liberto que emplazaba á su patrono sin haber obtenido la venia judicial.

(38) Conc. l. 11. D. *de in jus voc.*

(39) No basta, pues, paraque se exima de la pena, que se arrepienta de haber hecho el emplazamiento sin obtener la competente venia, sino que es necesario que renuncie á la demanda propuesta, Glos. a d. l. 11. en la primera esposicion que es aprobada aquí por nuestra ley.

(40) Conc. l. 1. C. *si quacumq. præd. pot.* de la cual toma su orígen la presente. Inoc. cap. *insinuando*, *de offic. deleg.* y Ang. á la l. 4. D. *ad Trebell.* pretenden que el caso de que se habla en esta ley es el único en que está exento el emplazado de comparecer ante el juez. Pero lo mismo sucederá siempre que, entre este y aquel á quien haya mandado emplazar, hayan mediado grandes enemistades, á tenor de lo anotado á la l. 22. tít. 4. de esta part. [en la cual se trata de las causas por las que puede recusarse al juez como sospechoso, y por lo tanto no se dispone en d. l. 22. lo mismo que en la presente, dado que la recusacion, aunque sea por grandes enemistades, no puede intentarse, sino ante el mismo juez á quien se quiere recusar, y por consiguiente no escusa de comparecer, á diferencia del caso aquí propuesto, en que la muger á quien haya querido el juez violentar ó casarse con ella contra su voluntad no estará obligada á comparecer, aunque sea emplazada, por sí ni por medio de procurador, y podrá impunemente desobedecer el mandato que contiene el emplazamiento]: y tambien cuando el emplazado lo sea por el juez que en alguna otra ocasion le hubiese hecho sufrir tormento injustamente, en cuyo caso habrá quedado aquél exento de su jurisdiccion: por donde deben procurar todos los que se hallen en dicho caso declinar la jurisdiccion del juez que les haya indebidamente atormentado, para que se abstenga este de proceder no solo contra ellos, sino contra los demás de sus familias, l. 30. (segun cierta lectura) C. *de Appel.* y Ang. á la l. 2. pr. D. *de appel. recip.* * En el dia no tendria aplicacion lo dicho aquí por estar abolido el tormento.

que fuere Mayoral (41) de la tierra. E el Mayoral es tenudo de emplazarlos, e de fazerles fuero, e derecho; o de darles otros omes buenos de aquel logar, que sean sin sospecha, que los oyan, e que los delibren.

LEY 7. *Como las partes pueden alongar entre si el plazo, despues que son emplazados.*

Avienense entre si las partes, para alongar el plazo del emplazamiento, que les fue puesto por mandado del Judgador (42). E en tal razon como esta dezimos, que quando ellos aluengan el plazo con consentimiento del Judgador (43), que lo pueden fazer. E son tenudos de venir ante el Juez, a la sazon que pusieren entre si. E la parte que non viniere, deuen fazer contra el, assi como contra ome rebelde, que non viniere al plazo que le pone el Judgador. Mas si ellos por si sea longassen el pleyto sin consentimiento del Juez, el que non uiniere, non debe auer otra pena, si non aquella que ellos pusieren entre si; nin puede passar el Judgador contra el por razon del emplazamiento. Esso mismo dezimos, que quando algunos, que non fuessen emplazados por mandado del Judgador, se abiniessen, e tomassen plazo, a que pareciessen antel Juez. Ca non tenemos por bien, por muchas contiendas, e muchas barajas que acaescen entre los omes, que vn ome pueda (44) emplazar a otro, nin pararle señal, si non en la manera que de suso mostramos.

LEY 8. *Que pena merece el que fuere rebelde en non venir al Emplazamiento.*

Rebeldes y ha algunos omes, de manera que non quieren venir al emplazamiento que les fazen. E estos non deuen fincar sin pena, por-

(41) Y así deberá acudirse, en este caso, ante otro juez que sea superior, y no ante el vicegerente de aquel cuya jurisdiccion se ha declinado por razon de enemistad. Y si no hubiere otro que sea superior, deberá acudirse al Rey, segun Salic. a d. l. unic. — *En el dia no pudiendo los tribunales superiores conocer de negocio alguno en 1.ª inst.ª, mas que de los espresamente esceptuados, y no siéndolo aquellos de cuyo conocimiento, por enemistad ú otra causa semejante está inhibido el juez ordinario; deberá en tal caso acudirse ante el que, segun las leyes, sea suplente de este último, que lo es por ausencia ó enfermedad del mismo, el alcalde ó teniente de alcalde del pueblo cabeza de partido, art. 54. Reglam. prov. y en las causas en que dicho ordinario sea interesado, el del partido cuya capital esté mas inmediata, ó cualquiera otro de los del mismo pueblo si los hay art. 46. al Reglam. En el caso de inhabilidad por razon de enemistad que es el de que aquí se trata, parece deberá observarse por analogía lo dispuesto en d. art. 46. mas bien que el 54. y así lo entienden tambien los Sres. Goyena y Aguirre en el §. 4291. del Febrero.

(42) Debe hacerse la citacion por mandato del juez, como se declara aquí y en la l. 1. de este tít. y l. últ. C. *de exhib. reis*, siendo digno de notarse á este propósito el texto del cap. 6. tít. 9. collat. 6. Nov. 80. y Bart. allí y al cap. 1. *de judic.* donde V. á Abb. notab. 3. Y lo mismo que aquí está aun mas espresamente declarado en la l. nueva de Alcalá [es la l. 14. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec.] por la que se prohibe á los escribanos porteros, pregoneros emplazadores y demás oficiales que tengan cargo de emplazar, el que emplazen á persona alguna sin que primero les sea espresamente mandado por las justicias ó por cualquier dellas que de la causa sobre que se hiciere el emplazamiento, hubiere de conocer, [bajo la pena de cincuenta maravedis por cada vez que contravinieren á dicha prohibicion y de pagar todas las costas y daños que ocasionaren con semejantes emplazamientos]. Cuando se ha de emplazar á una persona ilustre debe hacérsele la citacion por escrito, V. á Juan de Plat. á la l. penúlt. C. *de dignit.* y V. sobre lo dicho antes á Bald, a la l. 25. C. *de Episc. et cleric.* y l. 1. col. últ. D. de *jurisd. omn. jud.* * En el dia, sin distincion de personas deberán hacerse todas las citaciones en los términos y con las formalidades prescritas en la l. de 31. Mayo 1837 de que se ha hablado en la nota 3. de este tít.

(43) Nótese que la prorogacion del término señalado por el juez, hecha por las partes sin el consentimiento de este último, altera la naturaleza de dicho término, en cuanto, no compareciendo dentro de él, se hacia el emplazado contumaz: V. l. 7 y lo anotado allí. C. *de locato.* Y segun Specul. tít. *de dilat.* §. *nunc videamus*, si aquella prorogacion, aunque hecha con anuencia del juez, tiene lugar despues de espirado el primer término, si se ha usado la palabra *prorogamos*, no producirá efecto alguno; porque, habiendo espirado el término, ya no es susceptible de prorogacion; lo contrario, sin embargo opina Bald. á la l. 1. C. *de tempor. et repar. appell.* y esto parece lo mas probable.*—Y nótese tambien que el término del emplazamiento, no puede prorogarlo el juez, bajo su mas estrecha responsabilidad, sino por causa justa y verdadera que se esponga, con tal que la proroga no esceda en ningun caso del término señalado por la ley; regla 2. art. 48. Reglam. prov. para la admin. de just.

que desprecian el mandamimento de aquellos, a quien deuen obedecer. E porende dezimos, que quando alguno fuere emplazado del Rey por su palabra (45), o por su Portero, o por su carta, si fuere Rico ome, o Concejo de algund Logar, o otro ome onrrado, assi como Arçobispo, o Obispo, o Maestre de alguna Orden, o Comendador, o Prior, o Abad; qualquier destos sobredichos, que non viniesse, o non embiasse al plazo, o fuere rebelde, non queriendo entrar en el pleyto sobre que fue emplazado, o se fuere de la Corte (46), o sin mandado del Rey; peche a el cient maravedis (47), porque le desprecio su mandamiento. E si fuer Infançon, o otro Cauallero, o ome honrrado de Villa, peche treynta marauedis al Rey. E si fuere ome de menor guisa, peche diez marauedis. E sobre todo esto deue pechar qualquier destos sobredichos a su contendor todas las despensas (48) que ouiere fecho sobre razon de aquel emplazamiento, porque non quiso venir fazerle

(44) Podria, no obstante, el juez comisionar á la misma parte para hacer el emplazamiento, arg. l. 14. §. 17. D. *de furt.* y V. Bart. y Bald. allí, citando á la Glos. a la l. 5. C. *quom et quand. jud.* los cuales, empero, sostienen que en tal caso no se daria fé al interesado [esto es, cuando afirmase haber practicado la citacion]; y lo mismo pretende Abb. al cap. *cum dilecti* 7. notab. *de dol et cont.* y añád. á Specul. tít. de citat. §. *sequitur*, col. 1.: y añádase tambien que podria la misma parte encargarse de llevar las letras citatorias ó cartel de emplazamiento y notificarlas ante un escribano, V. Bart. extravag. *ad reprimendum* vers. *per litteras.* Por lo demás, cuando la una de las partes cita á la otra en alguno de aquellos casos en que las leyes le permiten hacerlo, no se entiende practicar con esto una verdadera citacion, sino un simple aviso ó requirimiento (*monitio*) Bald. al cap. 1. *de mil. vassal. qui cont. est.* col. 5. y sobre lo que procederá cuando una de las partes sea sorprendida en el acto de fugarse V. á Abb. cap. 1. col. 13. *de jud.*

(45) He aquí las tres maneras con que puede hacerse la citacion, Specul. tít. *de citat* §. *sequitur* y siguientes * — V. lo dicho en la nota 41.

(46) Lo mismo es dejar de comparecer que ausentarse sin licencia, siendo emplazado, como se declara aquí y en el cap. 1. *de jud.* y cap. 11. quest. 3. l. 53. D. *de re jud.* Specul. tít. *de contum.* §. 1. princ.

(47) Una de las penas en que se incurre por la contumacia es la multa que se señala aquí contra los que no comparecen dentro el termino que, plazarles se les ha prefijado; V. l. 1. D. *si quis* al em. *jus dic. non obt.* Specul. tít. *de contum* §. *nunc dicamus* pr. y Juan Andr. en las adic. allí. Pero ¿es necesario que haya mediado un segundo emplazamiento para poder exigir aquella multa? Así lo opina Bart. á la l. 3. §. 7. D. *de re milit.* diciendo que, de otra manera, no tendria término para escusarse antes de pagar la multa, si hubiese estado impedido de comparecer; sobre lo cual V. tambien á Abb. al cap. 1. col. 12. y 13. *de judic.* Felin, col. 6. y Abb. al cap. últ. §. últ. col. 19. *ut lit. non contest.* * — En el dia no se impone por la contumacia otra pena que la de indemnizar á la parte contraria de todos los gastos y perjuicios que con aquella, se le hubieren ocasionado, y ademas la de haber de pasar por la providencia que el juez dictare en méritos de la la demanda propuesta y conforme á lo que haya solicitado la parte que esté presente, á la cual compete, en aquel caso la eleccion de seguir contra el contumaz la via de asentamiento de la que se hablará en el título siguiente, ó de instar que se siga sustanciando el juicio en rebeldía de la otra parte; l. 2. tít. 5. lib. 11. Nov. Rec. lo que se verifica, abriendo el pleito á prueba y siguiendo los demas trámites ordinarios, confiriendo traslado de la demanda y ulteriores peticiones al contumaz y haciéndole todas las notificaciones hasta llegar á sentencia, la cual deberá proferirse y notificarse en los propios términos, sin que pasado el que las leyes conceden para apelar, pueda el contumaz reclamar contra ella ni contra los procedimentos que la hayan precedido; á menos que alegue y pruebe haber estado legitimamente impedido de comparecer y de esponerlo así á tiempo mas oportuno; por lo demás, y aunque no está espresamente derogada esta nuestra ley de Partida en cuanto no commina la multa pecuniaria contra el que, siendo emplazado, no compareciere, solo en las citaciones que se hacen para comparecer ante el juez de paz, está espresamente prevenido que no presentandose el demandado, se le cite segunda vez á costa suya y se le commine con una multa de 20 á 100 rs. vn. que deben exigírsele en caso de incumplimiento. art. 26. Reglam. prov. para la admin. de just. Y sobre lo dicho en la presente nota conviene no olvidar la terminante disposicion de la regla 2. art. 48. d. Reglam. prov. en que se manda la observancia de la l. 2. tít. 15. lib. 11. Nov. Rec. esto es que basta que se acuse una sola rebeldia cumplido que sea el término respectivo, para que, sin necesidad de especial providencia, pueda seguirse dando á los autos su debido curso, y por consiguiente tambien para seguir, á instancia del actor, la via de asentamento, ó abrir la causa á prueba en ausencia del que no hubiere comparecido.

(48) Añád. l. 15 C. *de judic.* y para imponer esta condena de costas no se requiere que haya mediado segunda citacion, mientras la primera

derecho. E si aquel que fue rebelde, ouiesse seydo emplazado para ante algun Judgador de los de la Corte del Rey, mandamos que peche (48) (e) cinco marauedis al Judgadador, ante quien fue emplazado, porque despreció su mandamiento. E el que negare, que non (49) fue emplazado, si gelo prouaren, peche la pena doblada al Rey, o a aquel para ante quien fue emplazado, e otrosi las despensas dobladas a su contendor. E todo esto que diximos de los emplazados, mandamos que sea guardado, contra aquellos (50) que los emplazan, si non vinieren, o non embiaren, como deuen, al plazo. Otrosi dezimos, que todo ome que fuere emplazado a querella de otro, que venga fazer derecho ante su Juez, que es puesto en las Cibdades, e en las Villas, si non viniere al plazo, o non embiare ome que razone por el, o si el se fuere sin mandado del Judgador, que peche por pena al Alcalde medio marauedi, e otro medio a su contendor. Essa misma pena deue auer, el que le fiziere emplazar, si non viniere, o non embiare su Personero al plazo, como deue.

(e) cient Tol. 1. Esc. 1. 2. y 4.

LEY 9. *Que pena merece el Judgador, que non quiere emplazar como deue, e aluenga el pleyto por razones de alguno.*

La maldad de los omes deste mundo es tanta, e vsan della (51) en tantas maneras, que si la justicia, e el derecho non los estoruasse, non podrian los omes buenos beuir en paz, nin alcançar derecho. E porende dezimos, que si el Juez, por maldad, o por malquerencia, non quisiesse emplazar los omes a querella de otro; o alongasse el plazo, por ruego, o por amor, o por ayuda que les quisiesse fazer; si gelo pudieren prouar, que peche al Alcalde (52) de lo suyo, las despensas que fizo, e el daño que recibio el demandador, porque non gelo quiso emplazar, o porque gelo alongo sin derecho: e sea creydo (53) el demandador por su jura sobre estas despensas, e estos daños, a bien vista (54) de aquel, a quien se querello del Alcalde.

maravedis *por el trabajo que tomó y por los daños* se haya hecho con apercibimiento de incurrir en ella, caso de incomparecencia, Abb. al cap. 1. col. 13. *de judic.* y Felin. allí col. 6. y V. DD. á d. l. 15.

(48) En el dia está tasada esa multa en que se incurre por la coutumacia, y por las quejas de los Jueces de la Corte, se ha señalado á los mismos una cantidad anual en las penas de Cámara. * V. R. O. 11. Enero 1841.

(49) Justa pena del que niega falsamente haber sido emplazado, igual á la que, en un caso análogo, se conmina en la l. 4. C. *de leg. Aquil.* autent. *contra qui propriam*, C. *de non num. pec.* l. 1. §. 2. D. *deposit.* y §. últ. Instit. *de oblig quæ ex quas contract:* requiriéndose para que se imponga esa condena de costas, que la parte lo pida antes de la contestacion del pleito, Glos. al cap. 10. tít. 5. Novel. 19. collat. 3. Bald. á la l. 1. col. 6. hácia el fin, C. *de furt.*

(50) Nótese el remedio de que puede usar el convenido contra el actor, cuando este no compareciere despues de haber instado y obtenido el emplazamiento: y V. Abb. al cap. *causam*, col. últ. *de dol. et contum.* donde esplica otros tres remedios que le competen, en dicho caso, al reo preente. * La l. 6. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec. dispone, lo mismo que la presente, que no compareciendo el actor despues de haber conseguido que se emplazase al convenido y habiendo este comparecido, debe ser indemnizado por aquél de todas las costas y perjuicios ocasionados, espresando detalladamente lo que se puede reclamar por gastos de viage, y añadiendo además que debe dicho actor pagar al demandado cien *que recibió en partir de su casa.*

(51) *Homini ad malitiam dedito facile est, quodcumque malum adinvenire* Prefacio al tít. 3. collat. 6. Novell. 72. *Inmitis et agrestis est omnis malitia,* S. Ambrosio lib. *de Noe et arca* cap. 14.; y como dice el antiguo proverbio y S. Ambros. d. lib. tít. 22. *qui malitiam de pectoribus hominum conatur auferre, est acsi quis reti substili haurire cupiat aquam.*

(52) Porque el juez se hace responsable, por su negligencia de las resultas del pleito, l. 19. y Bald. allí, C. *de test.* Glos. al cap. *quoniam contra* vers. *negligentiam*, *de probat.* y añad. Glos. al cap. 3. quest. 7. y l. 13. §. 8. C. *de judic.*

(53) Nótese bien esto; pues, por derecho comun, para declararse responsable al juez por su negligencia ó por haberse denegado á administrar justicia, era necesario que probase el actor los perjuicios que se le hubiesen ocasionado por la falta de emplazamiento, ó manifestar que si no los habia probado, no habia sido por su culpa, sino por la negligencia del juez, que requirido para administrar justicia no quiso hacerlo, Glos. notab. á la l. penúlt. y Juan de Plat. allí C. *de naufrag.* Pero nuestra ley aquí previene que los perjuicios que por dicha causa se reclamaren deberán estimarse por lo que declare el mismo interesado bajo juramento; el cual se tendrá por suficiente prueba, lo que sin embargo, procederá tan solo en el caso en que constare haber mediado dolo ó malicia por parte del juez, mas no cuando solo hubiere mediado culpa, l. 4. §. últ. hácia el fin D. *de in lit. jur.*

(54) Y por consiguiente previa tasacion del juez, l. 9. C. *unde vi* y l. 4. §. 1. D. *de in lit. jur.*

LEY 10. *Quanto tiempo deuen esperar los emplazados a sus contendores en casa del Rey, demas del plazo.*

Esperar dezimos que deuen los omes emplazados para la Corte del Rey a sus contendores, si algunos dellos vienen al dia que les es puesto, e los otros non. E esto tenemos que es derecho por dos razones. La vna, por guardar que en la Corte del Rey non pierda ninguno por arrebatamiento de plazo, como en los otros logares. Ca este es logar, do se deuen fazer las cosas con mayor acuerdo (55), e con mayor consejo, porque non se ayan ligeramente (56) a desfacer. E por ende ha menester mayor tiempo, que aquel señalado que les dan por plazo. La otra razon es, por guardar de daño al que viniesse, que cuydaria ganar por arrebatamiento del plazo; e despues, quando viniesse su contendor, si pudiesse mostrar razon derecha, porque non pudiera venir, donde cuydara auer pro, venirle y a ende daño, porque auria otra vez a tornar al pleyto, e fazer mas despensas. E aquel sabor que ouiera, cuydando que auia vencido el pleyto, tornarsele y a en desabor, si por auentura el otro venciesse a el. E porende tenemos por bien, que todos los que fueren emplazados para la Corte del Rey, si fueren de aquel Reyno, do el Rey anduuiere, o morare, que esperen a sus contendores despues del plazo, tres dias (57). E si fueren de los otros Reynos, esperenlos nueue dias.

LEY 11. *Si aquel que fuere emplazado mostrare escusa derecha por que non vino, que le deue valer.*

Embargamientos han a las vegadas los que son emplazados, de manera que non pueden venir, nin embiar antel Juez, para responder, a los plazos que les fueren puestos (58). E porende dezimos, que derecha cosa, e guisada es, que pues ellos non dexan por al, de venir, si non,

(55) Nótese lo dispuesto aquí sobre la grande deliberacion y detenimiento que exijen los negocios judiciales: y añád. cap. 2. quest. 6. donde dice Archidiac. *Deliberatio hominem refrœnat, et a malo judicio retrahit.* V. tambien l. 8. *de leg.* vers. *tenore consilii perpenso*, y l. 17. y Bart. allí D. *de jur patron.*: lo que, sobre todo, debe tenerse presente al tratar de dictar aquellas providencias que han de causar estado y no pueden despues revocarse, l. 15. y Bald. allí C. *de appel.*

(56) Vergonzosa es la variedad en el juicio, como se delara aquí y en la l. últ. hácia el fin C. *de mod. mulct.* mas no por esto debe el juez dejar de enmendar el error cuando conozca haberlo cometido, sobre lo cual V. dos textos notab. en el cap. 22. quest. 4. y cap. 17. *de accusat.* y la Glos. allí.

(57) V. lo dispuesto hoy en las *Ordenanzas de Madrid*, á tenor de las cuales no debe esperarse este segundo plazo de tres dias. * — La disposicion de las *Ordenanzas*, á que se refiere aquí el Glosador se halla transcrita en la l. 13. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec. en la que se previene que el término del emplazamiento se entienda ser preciso y perentorio, y que, espirado aquél, no se hayan de acusar mas rebeldias al emplazado, aunque no haya comparecido, ni deba el demandante esperar los nueve dias de Corte ni los tres de pregones, de que habla nuestra ley de partida y que concedian tambien las de los *Ordenamientos* y de *Estilo*. V. tambien la regla 2. art. 48. reglam. prov. para la admin. de just.

(58) Débese, pues, prefijar un término en el emplazamiento, dentro del cual haya de comparecer el emplazado, l. 5. §. 1. D. *quod vi aut clam.* y l. 69. D. *de judic.* donde observa Paul. de Castr. estar dispuesto lo contrario en el cap. 22. §. 1. *de sent, excom.* esto es, que será válida la citacion aunque se haya hecho sin señalamiento de término; bien que esto, segun el mismo Paul. y Ang. á la l. 118. §. 2. D. *de verb. oblig.* no debe entenderse tan absolutamente que sea válida semejante citacion aun para el efecto de que, en virtud de la misma y no compareciendo el emplazado, puedan practicarse, á instancia de la parte que esté presente, procedimientos perjuiciales al primero, sino tan solo al efecto de que se pueda castigar á este por su contumacia, como quiera que habiendosele notificado el emplazamiento, aunque no se haya señalado término, está obligado á comparecer tan luego como le sea posible. Alex. por el contrario pretende que semejante citacion producirá los mismos efectos, que si en ella se hubiese prefijado término; y esta parece ser la opinion comun entre los canonistas al cap. *cum parati*, *de appel.* * — Y así nos parece se observaría en la práctica, bien que en semejante caso, no podria tal vez tener aplicacion lo dispuesto en la l. 13. tít. 4. lib. 11. Nov. Rec. y art. 48. Reglam prov. (V. la adic. á la nota ant.) y deberia por consiguiente acusarse mas de una rebeldia al emplazado para poderse proceder contra este como contumaz: siendo de notar, por otra parte, que difícilmente podrá darse hoy un emplazamiento en que espresa ó tacitamente no se haya prefijado término para comparecer; por cuanto estableciendo la l. 1. tít. 6. d. lib. 11. Nov. Recop. que el demandado haya de contestar precisamente la demanda dentro de nueve dias, esto

por non poder, que non ayan pena de rebeldes. E los embargos derechos, que los pueden escusar, son estos (59). Assi como si el emplazado fuesse embargado (60) de grand enfermedad; o ouo embargo en el camino (61), por (*f*) llenas de rios, o de grandes nieues, o de otra tempestad; o si lo embargassen ladrones, o enemigos conocidos (62), que le touiessen los caminos, o quel ouiessen desafiado, e fuessen mas poderosos que el, de manera que non osasse venir, a menos de peligro de muerte; o si fuesse preso (63), o embargado por alguna otra razon semejante destas. Ca prouandola (64), e mostrandola al Judgador, deue valer; de manera que pena, nin daño non

(*f*) avenidas Tol. 2.

es dentro los nueve primeros á contar *del fin del término de la carta de emplazamiento*, l. 1. tít. 7. d. lib. 11., ya no se considera arbitrario por parte del juez el conceder el término que bien le parezca, como resultaba serlo por derecho de partidas, ni acostumbran concederse los términos de treinta y cuarenta dias prevenidos en la l. 12. tít. 4. d. lib. 11., sino que por la comun se manda á los emplazados comparecer y contestar la demanda dentro el término de nueve dias ó en general dentro el término de la ley; escepto en los emplazamientos que hacen los jueces de primera instancia, para que comparezcan las partes ante los tribunales superiores, en los cuales deja la ley al arbitrio de dichos jueces el señalar el término que les parezca y previene que deba entenderse ser de quince dias si las partes fueren de aquende los puertos, y de cuarenta si fueren de puertos allende, en el caso de no haberlo prefijado el juez, l. 2. tít. 20. lib. 11. Nov. Rec. de la que se hablará en su lugar, l. 23. tít. 23. de esta partida.

(59) Conc. l. 2. §. 3. D. *si quid caus. in jud.* añád. l. 12. tít. 23 de esta Part. y l. 37. tít. 11. Part. 5.

(60) Añád. l. 2. de este tít. l. 60. D. *de re judic.* l. 2. §. 3. D *si quis caution. in judic.* debiendo esta disposicion hacerse estensiva al que se hallare impedido por enfermedades de sus allegados Glos. al cap. *communis filius distinct.* 23. Alber. y Alex. á d. l. 2. §. 3. Y la enfermedad podrá acreditarse por la relacion de los médicos ó por el aspecto pálido y macilento del emplazado; V. Abb. al cap. *querelam*, 3. *notab.*, *de procurat.*

(61) Añád. d. l. 2. §. 3. D. *si quis caution in judic.* l. 2. y l. 13. §. 7. D. *de excus. tut.* en la que se considera tambien como legítimo impedimento la abundancia de nieves, como en nuestra ley aquí y Alber. á d. l. 2. Pero todo esto debe entenderse en el caso en que el emplazado no haya diferido demasiado su comparecencia, y dejado pasar los dias en que podia haber comparecido sin impedimento, d. l. 2. §. 6. pues, como advierte Alex. allí, no le aprovecharia aquél, si hubiese sobrevenido, cuando ya no podia el emplazado, aun poniéndose en camino, comparecer á la presencia judicial, dentro el término señalado, sin doblar en el viaje el tiempo necesario para ir del lugar en que se hallaba al en que reside el juez.

(62) V. Oldrald. *consil.* 43. pues, es necesario, para que corra el término, que haya la suficiente seguridad en los caminos y lugares por donde debe pasar el emplazado, cap. 47. *de appel.* y añád. Specul. tít. *de citat.* §. 1. vers. *item quod sit citatus.*

(63) Aunque lo fuese sin justa causa, mientras lo fuese por un juez, segun Bart. y Alex. á d. l. 2. §. 2. D. *si quis caution. in jud.* mas si fuese preso ó detenido por un particular que no fuese insolvente no se le consideraria legitimamente impedido de comparecer, sino que tendria regreso ó accion contra el que le hubiese hecho la fuerza, ó podria eximirse de toda responsabilidad cediendo esta accion al que hubiese instado el emplazamiento, V. Bart. allí. * — Pero nuestra ley aquí considera como legítimo impedimento el haber sido preso el emplazado y lejos de exijir el que lo haya sido por un juez, despues de referir los impedimentos naturales como avenidas, nieves, etc. añade el de estar ocupado el camino por ladrones, enemigos, y concluye *ó si fuese preso ó embargado por alguna otra razon semejante destas*: cuyas últimas palabras comprenden toda especie de embargo ó detencion forzada; de la cual es claro será responsable el que haya hecho la fuerza, y de todos los perjuicios que de ella se sigan al actor, sin necesidad de considerar en en aquel caso como rebelde al emplazado y de establecer el regreso y cesion de acciones que establecia el derecho romano, y que, en nuestro concepto, no consiente la letra ni el espíritu de la presente ley.

(64) Pero, para probar que uno ha estado legitimamente impedido, ¿bastará que jure haber mediado alguna de las causas espresadas en esta ley? V. Alex. á d. l. 2. §. 6. D. *si quis caution, in judic.* donde dice ser la mas comun opinion la de que estará al arbitrio del juez el declarar si el juramento será ó no suficiente prueba, segun la importancia de los perjuicios que haya ocasionado la incomparecencia, la cualidad del impedimento, por ejemplo, si se alega haber sobrevenido en un lugar apartado ó despoblado, y tambien la cualidad de la persona del emplazado. De todos modos, empero, no se deberá deferir mas que una sola vez el juramento del que alegare haber estado impedido, l. últ. D. *de bon auct. jud. possid.* segun Bald. Ang. y Alex. allí.

reciba, por razon que non vino al plazo. Pero si la enfermedad (65) del emplazado durasse mucho (66), deue embiar sa Personero (67), que faga derecho por el. Otrosi, quando el emplazado, que esta desafiado se teme de sus enemigos, quel tienen en camino, assi como de suso diximos, deuelo fazer saber (68) al Judgador que lo emplazo, que por esta razon non es osado de venir antel. E el Juez, luego que lo supiere, deue y dar tal consejo, que por el emplazamiento pueda venir, o embiar antel seguramente. E mientra tal segurança non le diere, non deue yr adelante por razon del emplazamiento.

LEY 12. *Como el que fuere emplazado, non se puede escusar, de non responder ante el Juez que lo emplazo, maguer vaya despues a morar a otra parte.*

Emplazado (69) seyendo algund ome, delante

(65) Nótese que la obligacion de comparecer los enfermos, siendo emplazados, por medio de procurador, se entiende únicamente en el caso de una enfermedad crónica y duradera, arg. l. 28. C. *de testam.* y l. 18. D. *de judic.* pues á los que padecen una enfermedad aguda se les considera totalmente impedidos, aunque en el cartel de emplazamiento no se les haya mandado la comparecencia personal, sino que compareciesen por sí ó por procurador, segun Juan de Imol. á la l. 60. D. *de re judic.* y Alex á la l. 2. §. 3. D. *si quis caut.* cuya opinion parece la mas verdadera atendidos los términos generales y absolutos, en que se espresa esta nuestra ley, al declarar exentos de *venir nin enviar* á los que se hallan *embargados de grande enfermedad* á pesar de opinar lo contrario Bald. Paul. de Castr. y Ang. allí, esto es que la enfermedad jamas escusa de comparecer por medio de procurador. Y aunque este impedimento sobreviniese despues de empezado ya el pleito, todavia entónces escusaria al que lo tuviese, no siendo de larga duracion, Alex. á d. l. 2. §. 3. ni estaria aquel obligado á enviar procurador, aunque fuese el negocio sencillo, como se infiere de esta nuestra ley y V. Abb. al cap. *querelam*, *de procur.*

(66) Cuando hubiese duda en determinar si la enfermedad es de corta ó larga duracion, debería presumirse lo segundo, como mas favorable al emplazado, segun Juan de Imol. á la l. 60. D. *de re judic.* y Alex. á d. l. 2. §. 3. D. *si quis caut.*

(67) Entiendase, empero, que estará obligado á enviar procurador, cuando fácilmente pueda encontrarlo ó constituirlo, l. 19. vers. *sed hoc.* D. *pro socio.* Glos á la l. 41. D. *de procur.* Bart. á la l. 5. § 7. D. *de nov. op. nunc.* y Ang. á d. l. 2. §. 3. D. *si quis caut.* donde añade este último, que al procurador debe enviarsele con la escritura de poder y con facultad de substituir, siempre que se tema que podrá haber algun impedimento personal de parte del mismo, esceptuandose el que provendria de su muerte, porque este nadie tiene obligacion de haberlo previsto, Inoc. cap. 1. *ut lit. non contest.*

(68) Nótese aquí el único caso en que, hallandose el emplazado impedido de comparecer, debe enviar á alguno que manifieste al juez el impedimento, á fin de que este procure removerlo: de suerte que, no haciendolo así, no le aprovecharía despues al emplazado alegar que habia estado impedido, como se infiere de esta nuestra ley, puesto que exige que lo haga saber. Y en esto se diferencia el impedimento que proviene de tener el emplazado ocupado el camino por sus enemigos, de los que provienen de enfermedad y demas causas que en esta misma ley se espresan, en los cuales no perjudica al emplazado el lapso del término del emplazamiento, aunque no haya hecho saber que estaba impedido, l. 60. D. *de re judic.* pues todas las escusaciones por punto general se miran favorablemente por equidad, V. l. 1. y Bar. allí *de vacat. et excusat. numer.* Pero siempre el que se hallare impedido obrará con mas acuerdo haciendolo saber al juez oportunamente, como está prevenido en d. cap. *querelam* 2. *de procurat.* y V. Abb. alí y á Bald. *de milit. vasall. qui cont. est.* col. 2. al principio.—*Difícilmente ocurrirá en el dia, atendidas nuestras costumbres, que el emplazado halle invadidos los caminos por sus enemigos particulares: mas si por semejante motivo tenia lugar una invasion, que impidiese al que se hallara emplazado de transitar y comparecer ante el juez; ó le impediria tan solo de pasar personalmente al punto en que residiese el tribunal, ó tambien de buscar en él y constituir un procurador que legítimamente le representase. Si lo primero, no le escusaría de presentarse por medio de apoderado; y si lo segundo, faltaria la razon que tuvo la ley para obligar al emplazado á poner en noticia del juez, la imposibilidad de comparecer, esto es, la de deber el juez remover el impedimento, dándole las seguridades necesarias para pasar el camino sin temor á sus enemigos. Un hecho semejante, si llegase hoy á ocurrir, tendria un carácter totalmente distinto del que debia tener en el siglo en que fueron publicadas las partidas: y siendo, de otra parte, mas limitadas las atribuciones de la autoridad judicial, creemos que semejante impedimento, si llegase á ocurrir, escusaria al emplazado de no haber comparecido, aunque no lo pusiese en noticia del juez hasta despues que hubiese cesado y finido el término de la citacion.

(69) Conc. l. 7. D. *de judic.* y nótese bien que se

del Judgador que auia poderio de judgarle, si despues desso se partiesse de aquel logar, para yr morar a otro que non fuesse de aquella jurisdicion, non puede ende escusarse, que non responda ante aquel Juez, que lo auia emplazado primeramente. Esso mismo dezimos de otro qualquier, que fuesse assi emplazado, e quisiesse yr a Escuelas (70), o en romeria, o en mandaderia del Rey, o de su Concejo, o por otra razon semejante destas. Ca por ninguna destas razones non se puede escusar, que non responda por si, o por Personero, ante aquel que lo auia emplazado. E si non lo fiziere, puede el Judgador fazer contra el, assi como contra rebelde.

entiende prevenida la jurisdiccion solo por haberse hecho el emplazamiento, con tal que se haya este notificado al emplazado, como se espresa en la presente ley y l. 3. D. *quæ sent. sine appell. resc.*; de donde se infiere que no tendrá lugar la prevencion, aunque el emplazamiento se haya proveido, mientras no se haya practicado la notificacion ó citacion personal ó en el domicilio del citado, ó no se hayan cumplido todas las demas formalidades indispensables: porque, omitiéndose alguna de ellas, no obliga la citacion al emplazado, cap. 36 *de elect.* hácia el fin, y la citacion, no siendo hecha legitimamente no produce efecto alguno, Bald. á la authent. *offeratur* col. últ. C. *de lit. contest.*: y no solo se previene la jurisdiccion con la citacion verbal, sino tambien con la real que es todavía mas eficaz, segun Ang. á d. l. 7. Mas, ¿tendrá asimismo lugar, cuando el emplazado, siendo lego al tiempo de hacerse la citacion, se hiciere despues clérigo? Cuestion es esta que suelen la practica ofrecerse, y la cual ha tratado Bart. á la l. 1. D. *de pœn.* pudiendo verse á Ang. ád. l. 7. y añad. cap. 19. *de for. compet.* donde se espresa notablemente Marian. Socin.—*A propósito de la cuestion que propone aquí el glosador, opinan algunos AA. prácticos fundándose en la presente ley que el mismo juez que ha proveido el emplazamiento debe continuar conociendo del juicio hasta que esté terminado, aunque el reo mude despues de domicilio, ó por cambiar de estado, adquiera un fuero diferente del que antes tenia. Lo primero lo establece nuestra ley espresamente mas no habla del segundo caso; y aun con respecto á él podria haber alguna dificultad en adoptar la opinion de los AA. antes citados. Cuando el que ha sido emplazado por el juez de su territorio, pasa á domiciliarse en territorio sujeto á otro juez, entónces muda de fuero, pero no de jurisdiccion, quedando sujeto á la misma que antes, bien sea aquella la ordinaria, ó privilejiada y especial. Y asicomo, aun sin mudar de domicilio, podia antes haber prorogado voluntariamente la jurisdiccion de un juez de cualquiera otro territorio en que no residiese, si ante el hubiese sido demandado, así tambien la prevencion de jurisdiccion que es el principal efecto del emplazamiento, era justo que se hiciese y se ha hecho, por la presente ley, estensivo al caso en que se adquiriese un nuevo fuero por mutacion de domicilio. Mas cuando el que ha sido emplazado por su juez competente, muda de condicion y se sujeta á un juez privativo, habiendo dependido hasta entónces del ordinario, ó viceversa, no solamente en este caso, hay una mutacion fuero, sino tambien de jurisdiccion; y esta podrá ser, y será, en el dia necesariamente improrogable, por no haber, como en su lugar se ha dicho, otros fueros privilegiados que el eclesiástico y el militar, á los cuales no pueden renunciar los que los disfrutan. Si, pues, el que ha sido emplazado lejitimamente por el juez ordinario siendo paisano ó lego, se hiciere, antes de terminarse la causa, eclesiástico ó militar, ¿deberá continuarse aquella ante el mismo ordinario y se entenderá prevenida por este la jurisdiccion, ó deberán remitirse los autos para que los continue, segun su estado, al juez que ha venido á serlo competente y privativo del demandado? Esta es la cuestion que no hallamos definida por nuestra ley de partida, la cual habla solamente del cambio de domicilio, sin que por analogia pueda decirse lo mismo de la mutacion de estado, ya por no obrar en entrambos casos las mismas razones como se ha dicho, ya porque, habiendo entre ellos tan marcada diferencia, el mismo silencio de la ley con respecto al segundo, puede hacer creer que no quiso que en él hubiese, como en el primero, prevencion de jurisdiccion: y esto hace que consideremos ese punto como muy dudoso, inclinandonos mas bien á creer que en dicho caso deberian remitirse los autos al juez competente. El que un eclesiástico, por ejemplo, haya sido emplazado, siendo lego, por el juez ordinario y haya comparecido y contestado la demanda ante el mismo, hará que hayan de sostenerse los procedimientos practicados por dicho Juez mientras el demandado no hubiere mudado de condicion; mas luego que este ha adquirido el fuero privativo y pasado á otra jurisdiccion á la cual no puede renunciar, ¿qué motivo puede haber para que un juez, de otra parte incompetente, le pueda absolver y condenar y proceder contra él en ejecucion de lo que hubiere fallado? ¿Qué perjuicios se siguen á las partes de que, mudando de condicion el convenido, se remitan los autos al Juez de su jurisdiccion, para que, sin perjuicio de lo obrado hasta entónces, los continue segun su estado?

(70) Refierese esto á lo que disponian las ll. 1.

LEY 13. *Que pena merece el emplazado que enagena la cosa sobre que lo emplazaron.*

Muchas vegadas acaece, que los emplazados, por fazer engaño a los que los fizieron emplazar, venden, o enagenan maliciosamente, las cosas sobre que los emplazan; e quando vienen antel Judgador, para fazer derecho a aquellos que las demandan por suyas, dizen estonce los emplazados, que non son tenudos de responderles, porque non son tenedores de aquellas cosas que les demandan. Porende Nos, queriendo desfazer tal engaño como este, tenemos por bien, e mandamos, que todo ome despues que fuesse emplazado (71), si enagenasse la cosa, sobre que fuesse fecho el emplazamiento, quel quisieren demandar, diziendo, e razonando los demandadores, que non auia derecho en ella, e que era suya (72) dellos; que tal enagenamiento non vala, e que sea tornada (73) aquella cosa, en poder de aquel que la

7. 8. y 28. D. *ex quib. caus. major.* y V. l. 1. y Juan de Plat. allí C. *qui milit. non poss.*—* Por derecho comun, la ausencia por cualquiera justa causa escusaba de comparecer, por que debia hacerlo el emplazado personalmente; y eran justas causas, segun las leyes aquí citadas, la de ir á los estúdios y otras semejantes: mas habiendose declarado que podia estarse á juicio por medio de apoderado, era consecuencia necesaria de este principio que no escusase al demandado el estar ausente por algun motivo de los antes espresados; y así lo declara la presente ley.

(71) Por estas palabras y las que siguen despues *quel quisieren demandar*, parece significarse que la cosa sobre que se haya intentado una accion real, deba considerarse litijiosa luego de hecha la citacion, aunque en el cartel no se hubiere insertado la demanda y antes de tener conocimiento de ella el convenido, contra lo establecido en la authent. *litigiosa C. de litig.* Mas creo que no debe entenderse así y que por esta ley nada se ha innovado en el particular; pues no puede la cosa considerarse litijiosa, mientras no sepa el poseedor que se la han pedido en juicio, como lo declara el texto notable de la Clement. 2. *ut lit. pend.* hácia el fin y V. la Glos. allí.—*En el dia, no pudiendose intentar formalmente demanda alguna sin que la haya precedido el juicio de conciliacion, no podria alegar ignorancia el convenido que enagenase la cosa revindicada, despues del emplazamiento, aunque no hubiese visto el libelo en virtud del cual aquél se hubiese proveido. Con mayor razon, pues, deberá hoy considerarse litijiosa la cosa reclamada desde el momento en que ha sido emplazado el convenido; pues que antes de esto ha debido enterarsele de la demanda en el juicio de paz: lo que procede con arreglo á los mismos principios, por que discurre aquí el glosador, y sobre todo segun la letra de la presente ley, la cual ni siquiera exige para dicho efecto, el que el convenido haya visto la demanda, sino tan solo que se haya hecho el emplazamiento.

(72) Ya se haya intentado la accion revindicativa, ya la publiciana, Glos. á d. authent. *litigiosa C. de litig.* y Bart. y Salic. allí, pues por el solo hecho de haberse practicado el emplazamiento, se hacen litigiosas la accion intentada y la cosa que es objeto de ella. En el caso, empero, que se haya entablado una accion personal, parece deberá estarse á lo establecido por derecho comun, por no haberse este derogado por la presente ley; y se exigirá por consiguiente que haya habido litiscontestacion, al efecto de considerarse la cosa litigiosa, l. 2. C. d. tít. La l. 16 del mismo tít. declara que lo mismo que se dispone aquí para el caso de haberse enagenado la cosa litigiosa, deba entenderse tambien de la accion, una vez se haya hecho asimismo litigiosa por haberse deducido en juicio. Si la accion que se ha entablado es la hipotecaria, no se hará litigiosa la cosa, sino la posesion de la misma, V. Ang. y Bald. allí. ¿Que deberá decirse, empero, cuando se intentare una accion mixta? V. los DD. y señaladamente á Salic. y V. la Glos. allí donde trata del caso en que se pida, por la accion confesoria, alguna servidumbre. Si se pide, por accion personal, la traslacion del dominio ó cuasi dominio, ó algun otro derecho de los que forman parte del mismo, como el usufruto, se hacen litigiosas por la litiscontestacion la accion intentada y la cosa que es su objeto, Bart. á la l. 1. D. *de litig.* y Novel. 112. col. 8.

(73) Conc. l. últ. C. *de litig.* de la cual infiere Bart. que la sentencia proferida contra el convenido que ha enagenado la cosa litigiosa puede llevarse á ejecucion contra el comprador de la misma: y lo propio opina Bart. á la l. 1. D. d. tít. y á la l. 3. C. *de pignor.* y Ang. á d. Novell. 112. Alex. á la l. 15 col. 4 D. *de re judic.* y Paul. de Castr. á la l. 1. C. *de alien. judic. mut. caus. fact.* y á la l. 6. C. *ut in posess. legat.* lo cual es fuera de toda duda, con tal, empero, que la enagenacion haya tenido lugar cuando la cosa se habia hecho ya litigiosa, como claramente lo advierte Bart. á d. l. 3. col 6. y 7. Debe, no obstante, advertirse que, segun Ang. en lugar citado, lo dicho solo tendria lugar, cuando el comprador hubiese sabido que la cosa era litigiosa; pues si lo hubiese ignorado, no podria intentarse contra él la ejecucion, sino que debería pedirse antes la nulidad de la compra: doctrina que, á ser cierta, limitaría estraordinariamente lo que antes se ha esplicado: y la funda Ang. en

enageno, e que sea él tenudo de fazer derecho sobre ella. E demas, que aquel que la compro,

la l. últ. C. *de litigios.* la cual solo declara responsable al comprador de la cosa litigiosa, en el caso de haberla comprado, sabiendo que lo era. A pesar de esto, empero, dudo mucho que sea admisible la citada opinion de Ang. y creo mas bien que puede intentarse la ejecucion contra el comprador, ya hubiese ó no sabido, al verificar la compra, que adquiria una cosa litigiosa. Así á lo menos lo persuade la letra de la presente ley, que habla indistintamente, al establecer que sea nula la enagenacion y que haya de restituirse la cosa; inclinandome mas á esta opinion el considerar que la doctrina de Ang. ninguna diferencia produciria en último resultado, mas que complicar el pleito con un círculo vicioso; haciendo que debiese primero reclamarse la nulidad de la venta, despues de lo cual habria de venirse á parar al fin á gestionar contra el comprador; por cuya razon, sin duda, y por la de que la ignorancia del comprador no puede purgar el vicio de que la enagenacion adolece, se espresan sobre el particular, Bart. y los DD., sin hacer la distincion entre el comprador que sabe y el que ignora el vicio de la cosa comprada, arg. § 2. y 8 Instit. *de usucap.* Cuando empero, la cosa no hubiere llegado a ser litigiosa, aunque se hubiese enagenado en fraude, no tendria lugar la ejecucion contra el comprador, sino que deberia reclamarse antes la nulidad de la enagenacion, Bart. á d. l. 15. col. ult. á cuyo parecer se inclina tambien Alex. allí, citando á otros varios que opinan lo mismo, á la l. 1. §. D. *si mul. vent. nom.* Al contrario Bald. á la l. 2. C. *ne uxor pro marit.* y l. 8. col. 7. C. *de execut. rei judic.* pretende que habiendose enagenado una cosa en fraude de la ejecucion, puede esta intentarse contra el tercer poseedor, si la enagenacion se hubiere hecho despues de promovido el juicio y aun antes de haber sido la cosa litijiosa, como sucede, cuando la accion intentada es personal. No obstante la opinion de Bart. parece la mas comun, y V. sobre el particular á Ludov. Rom. cons. 296. y decis. 396. Decis. Napolit. —* Nuestra ley de partida dispone, es verdad, indistintamente que sea nula la enagenacion de la cosa litigiosa y que haya de restituirse esta al que la enagenó, tanto si el comprador sabia, como si ignoraba el vicio de aquella cosa al tiempo de hacer la adquisicion: mas ni esto nos parece una razon suficiente, paraque en entrambos casos pueda instarse directamente contra el comprador la ejecucion de la sentencia proferida contra el reo que hizo la enajenacion frandulenta, ni creemos que la doctrina de Ang. en el lugar citado pueda calificarse como aquí la califica el glosador. La enagenacion de la cosa litigiosa no será menos nula é ineficaz, porque, antes de dirijirse la accion ejecutiva contra el comprador, haya de reclamarse nulidad de la misma en juicio separado, contra el convenido que enagenó dicha cosa en fraude de la demanda intentada, ni esto hará que despues de declarada la nulidad no pueda el actor pedir la restitucion de la cosa al comprador: de suerte que la doctrina de Angelo en nada contradice á la letra ni al espíritu de la ley de partida: la cual declara indistintamente la nulidad de la enagenacion y la obligacion en el adquisidor de restituir la cosa; mas no habla del modo con que aquella nulidad y restitucion podrá y deberá instarse y obtenerse; sin que, por lo mismo, haya inconveniente en distinguir de casos en cuanto al modo con que la ley habrá de cumplirse, mientras no se impida ó dificulte el cumplimiento de la misma. El comprador que de buena fe ha adquirido una cosa ignorando que fuese litigiosa, no puede sin evidente injusticia hacerse de igual condicion á la del que, no pudiendo alegar semejante ignorancia, ha sido, en cierto modo, complice en la frandulencia del vendedor: y puesto que de todos modos deberá sufrir el perjuicio de haber de restituir la cosa que creia legalmente adquirida, fuera poco equitativo imponerle ademas el gravámen de haber de defender la enagenacion, como deberia hacerlo si el actor pudiese dirijirse inmediatamente contra él, antes que aquella fuese declarada nula en juicio contradictorio; porque, no teniendo noticia de la frandulencia, no podria, sin ser omiso y negligente, acceder á la demanda del primero que le reclamase la cosa, ni dejaria de sobrellevar nuevos gastos y perjuicios, si viendose convenido trataba de sostener un juicio en el que forzosamente habria de sucumbir. Por todo lo que nos parece mas equitativa la opinion de Angelo impugnada aquí por el Glosador, y creemos que, enagenada la cosa litigiosa, no podria esta reclamarse directamente del adquisidor de buena fe, sin que antes, en juicio separado, se hubiese declarado nula la enagenacion; á menos que, estando como está dispuesto por le presente ley, de acuerdo con d. l. últ. C. *de litig*, que dicho adquisidor pueda recobrar ademas del precio desembolsado la tercera parte de él, se entiendan suficientemente compensados los gastos y perjuicios consiguientes á la ejecucion; lo que tampoco, nos pareceria justo, por quedar el adquisidor ya bastante perjudicado con la sola declaracion de nulidad del contrato que celebró de buena fé, y consiguiente restitucion de frutos; de todo lo que apenas, en la mayor parte de los casos, le indemnizaría completamente el recobro del capital improductivo, aunque aumentado en la tercera parte.

si fuesse sabidor de aquel engaño, que pierda el precio que dio por ella. E otrosi el vendedor, que peche otro tanto de lo suyo, por el engaño que fizo, e sea todo de la Camara del Rey. Mas si el comprador non fuesse sabidor del engaño, e ouiesse comprado aquella cosa a buena fe, deue cobrar el precio que auia dado por ella; e aun demas le deue dar el vendedor por pena, tanto quanto montasse la tercera parte del precio que valio aquella cosa. E las otras dos partes del precio que valio aquella cosa, deue el vendedor pechar al Rey. E si por auentura el emplazado ouiesse cambiado aquella cosa por otra, si aquel a quien la dio por cambio, fue sabidor del engaño, deue pechar al Rey, tanto quanto valia aquella cosa sobre que fuesse fecho el emplazamiento; e deue pechar de lo suyo otro tanto, el que la cambio despues que fue emplazado; e demas deue ser desfecho el cambio, e fazer derecho sobre la cosa que fue emplazado. Esso mismo dezimos, si la cosa fuesse dada en donadio despues del emplazamiento. Mas si el que la recibio en cambio, o en don, non fue sabidor del engaño, non deue auer pena ninguna. Pero dezimos, que el cambio, o el donadio, que non vala. E aun mandamos, que aquel que la dio, o la cambio maliciosamente despues que fue emplazado, que peche al otro, a quien la auia dada, o cambiada, la tercera parte del precio que valia aquella cosa, e las otras dos para la Camara (74) del Rey. Essa pena misma sobredicha, en que diximos que cae el emplazado, por el engaño que faze, enagenando la cosa sobre que lo emplazan, el e aquel a quien la enagena; essa misma dezimos, que ha logar en el emplazador, que engañosamente enagena la cosa, que demandaua, e razonaua por suya, despues del emplazamiento, e aquel a quien la enagena despues que fazen emplazar a otro sobrella. Ca el emplazador, nin el emplazado, non deuen, nin pueden fazer enagenamiento nueuamente en ninguna manera de la cosa, sobre que es fecho el emplazamiento, que quieren demandar por suya, assi como de suso diximos, fasta que sea librada la contienda, que sea entre ellos, por juyzio; o sea dado por quito el emplazado del emplazamiento.

LEY 14. *Quando se puede enagenar la cosa, sin pena sobre que es fecho el Emplazamiento.*

Enagenada non puede, nin deue ser la cosa, sobre que es fecho el emplazamiento, fasta que la contienda, que han sobre ella, sea librada por juyzio, assi como de suso diximos en la ley ante desta; fueras ende en casos señalados. E el primero es, si aquella cosa sobre que es fecho el emplazamiento, fuesse dada despues en casamiento (75) a otro. El segundo, quando aquella cosa perteneciesse a muchos, e la quisiessen partir entre si, e enagenarla los vnos a los otros, que son ende tenedores della. Pero en qualquier destos casos, a quien passasse la cosa, tenudo seria de responder a la demanda, sobre que fue fecho el emplazamiento. E el tercero es, quando la enagenassen despues del emplazamiento, en razon de manda que (g) fiziesse a su finamiento. Mas en este caso postrimero (76), el heredero de aquel que ouiesse mandado tal cosa, tenudo seria de defender, e seguir el pleyto, que era mouido sobre ella, fasta que sea acabado. E si lo venciere, deuela entregar a aquel, a quien fue mandada. E si por auentura perdiere el pleyto sin su culpa, e sin su engaño, non es tenudo el heredero, de dar ninguna cosa por razon de aquella manda. Otrosi dezimos, que si aquel a quien fue mandada la cosa, sobre que era fecho el emplazamiento, sospechare que el heredero non andara, nin seguira lealmente el pleyto, bien puede el mismo, si quisiere, ser con el heredero en juyzio, para seguir el pleyto sobre aquella cosa.

(g) Fiziesen Acad.

(74) Apruebase aquí la opinion que, en segundo lugar, adopta la Glos. á la l. últ. C. *de litig.* vers. *recipiat.* la misma que sigue allí Salic. y habia abrazado antes Azon en la *Summa C. de litigios.*

(75) Sea por causa de dote ó de donacion *propter nuptias*, d. l. últ. C. *de litigios.* en la cual se añade ademas otro caso en que puede enágenarse validamente la cosa litigiosa, esto es, cuando la enagenacion se hace á título de transaccion, como si habiendoseme movido pleito sobre una misma cosa por dos distintos demandantes, transigo con uno de ellos y le cedo la cosa reclamada, la cual, en tal caso, no se considerará litigiosa para el efecto de anularse la enagenacion: y esta disposicion, aunque no confirmada espresamente por esta nuestra ley, se observaria, no obstante, por equidad, á menos que constase haber habido en la enagenacion alguna fraudulencia, como si se transigiese con uno, que hubiese puesto su demanda posteriormente y con el fin de transigir en perjuicio del primitivo demandante: y hace al caso la l. 5. D. *ex quib. caus. major.*

(76) Conc. la authent. *nunc. si hæres C. de litig.*

LEY 15. *Como deue fazer el Judgador, contra aquel que engañosamente enagena la cosa ante que sea emplazado sobre ella.*

Una de las cosas del mundo, de que mas se deuen trabajar los Reyes, e los otros Señores, que tienen logar de nuestro Señor Dios en la tierra, para mantenerla en Justicia, es de contrastar a la malicia (77) de los omes, de manera que que el derecho non pueda ser embargado por ellos. E porende Nos, queriendo seguir esto, dezimos que si algund ome, sospechando que algund otro lo queria emplazar, por razon de alguna cosa de que el era tenedor, la enagenasse, ante que fuesse emplazado sobre ella, engañosamente (78), a otro ome que fuesse mas poderoso que si, o de otro Señorio, o ome que fuesse muy escatimoso, e reboltoso, mas que el, porque al otro fuesse mas embargado su derecho, aguisandole que ouiesse mas fuerte aduersario que el; mandamos, que el que tal engaño fiziere, que non le vala; e que sea en escogencia del demandador de aquella cosa, de la demandar a el, bien assi como si la touiesse en su poder, o al otro, a quien fue enagenada. E esta demanda se puede fazer, con todos los daños, e los menoscabos, que fiziere por esta razon.

LEY 16. *Como aquel que ha algund derecho contra otro, si lo otorgare, o lo diere ante del Emplazamiento, o despues, a algun ome mas poderoso que el, por razon de algun oficio que tenga, que non deue valer.*

Buscan carreras, non tan solamente los demandados, para fazer engaño, assi como diximos en la ley ante desta, mas aun los demandadores. E porende auemos Nos a catar carreras, para constrastar la maldad dellos. Onde dezimos, que si algun demandador (79), ante que emplaze en juyzio a su contendor, o despues, enagenare aquel derecho, que el ha contra el, en otro ome que fuesse mas poderoso que si, por razon de algun oficio (80) que touiesse, otorgandele (81) aquel derecho en razon de vendida, o de cambió, o de donadio, o enagenandole en otra manera qualquier semejante destas; mandamos, que tal enagenamiento non vala, e quel demandado non sea tenudo de responder a ninguno dellos sobre esta razon. E demas, el que gelo enageno (82), pierda quanto derecho auia contra el otro, en aquel pleyto que enageno. Mas si por auentura el demandador enagenasse su derecho a otro ome que non fuesse mas poderoso quel, e esto fizies-

(77) Añád. l. 1. tít. 1. de esta Part. y l. 38. D. *de rei vindic.* y cap. 15. *de rescript.*

(78) Conc. ll. 1. 2 3. D. *de alien. jud. mut. caus. fact.* l. 30 tít. 2. de esta Part. y V. lo anotado allí, que debe aplicarse tambien á la presente; siendo muy de notar la palabra *engañosamente* de que usa aquí nuestra ley, pues no tendria lugar lo dispuesto en ella, cuando la enagenacion se hubiese hecho sin dolo, como si el poseedor de la cosa la enagenase por su edad avanzada, por falta de salud [que le impidiese de cuidarla] ó por imprescindibles ocupaciones, l. 4. §. 3. D. d. tít. y l. prox. siguiente; ó si por odio á los pleitos, hiciese donacion de la cosa que creia le pedirian en juicio, d. l. 4. § 1. vers. *potest autem.*

(79) Apruébase aquí la opinion de la Glos á la l. 1. D. *de alien. jud. mut. caus. fact.* segun la cual. lo dispuesto en las ll. del C. tít. *ne liceat. potent.* tiene lugar solamente respecto de las enagenaciones que se hagan de los derechos ó acciones que pueden intentarse en juicio, y no con respecto á las de las cosas que han de ser objeto de dichas acciones ó demandas, contra el parecer de Alber. Bart. Paul. de Castr. y el comun de los DD. quienes pretendian que lo mismo habria de tener lugar en entrambos casos, por espresarse aquellas leyes indistintamente. A tenor, pues, de lo dispuesto aquí en nuestra ley, solo podrá aplicarse la pena en la misma comminada al actor que enagenare su accion á favor de otro mas poderoso; mas no incurrirá en ella el convenido que en los propios términos enagenare la cosa, sino que relativamente á este último deberá observarse lo establecido en la l. prox. sig. y en la 30. tít. 2. de esta Part.

(80) Porque este podria intimidar al convenido con su enojo ó enemistad, Ang. y DD. á d. l. 1. C. *ne liceat potent.*

(81) Tan solo tendria lugar, pues, la pena comminada por esta ley, en el caso de enagenarse ó transmitirse la accion á favor de otro que fuese mas poderoso por razon de su oficio, l. 2. C. *ne liceat potent.* Mas no, como lo pretenden Aug. y Paul. á la l. 1. d. *tít.* en el caso de procurarse la proteccion de un poderoso, sin transferirle la accion ó derecho. Y ¿que deberia decirse, si aquel contra quien hubiera de intentarse la accion fuera tan poderoso, como el á quien dicha accion se hubiese transferido? V. Salic. á d. l. 2. y lo anotado á la l. 8. tít. 5 de esta Part.

(82) Sin perjuicio de castigarse tambien, al arbitrio del Juez, al poderoro á favor de quien se hubiere hecho la enagenacion, l. 1. C. *ne liceat potent.* y la Glos. DD. y Paul. de Castr. allí.

se desamparandose de todo el derecho que y auia, e otorgandolo verdaderamente al otro, ante que emplazasse a su contendor; dezimos, que tal enagenamiento es valedero, porque semeja, que fue fecho sin engaño. Pero si el ouiesse ya fecho emplazar (83) su contendor, por razon de la demanda que auia contra el, e despues quisiesse enagenar su derecho (84) que auia en este pleyto, no lo podria fazer, maguer quisiesse enagenarlo, a ome que non fuesse mas poderoso que si. Fueras ende, en las cosas señaladas que diximos en la ley deste titulo, que comiença: Enagenada non deue, nin puede ser la cosa.

LEY 17. *Como el derecho que alguno ha contra otro, que lo puede dexar en su testamento a ome que sea mas poderoso que el, si quisiere.*

Sospechar non deue ome, que aquel que esta acerca de su finamiento, que dexasse tortizeramente en su manda, ninguna cosa escrita, que fuesse a daño de otro, e a peligro de su anima. E como quier que en la ley ante desta diximos, que ninguno non puede enagenar el derecho que ouiesse contra otro, vendiendolo, o cambiandolo, o enagenandolo en otra manera qualquier semejante destas a ome mas poderoso que si, por razon de officio que ouiesse; pero dezimos, que lo puede fazer en testamento, o en manda (85), otorgando a alguno en ella, maguer fuesse mas poderoso, el derecho que ouiesse contra otro. Ca despues que fuesse finado el que fizo la manda, o el testamento, bien puede el otro demandar en juyzio aquel derecho, quel fue otorgado, tambien como faria aquel, que fizo el testamento, si fuesse biuo. Fueras ende, si aquel que fizo la manda, ouiesse ya començado a mouer el pleyto en juyzio por emplazamiento, o en otra manera, sobre quel derecho quel otorgo al otro a su finamiento. Ca estonce el heredero del (86) finado deue seguir el pleyto, sobre aquel derecho que fue otorgado al otro, fasta que sea dado juyzio acabado sobre el: e el bien, e la pro que ende saliere, deue ser dado despues al poderoso, en la manera que fue otorgado, por aquel que fizo el testamento.

TITULO VIII.

DE LOS ASSENTAMIENTOS.

Con guisa es, que pues que diximos en el titulo ante deste de los Emplazamientos, que fablemos en este los Assentamientos (1), que mandan

(83) No es, pues, necesario que haya habido litis-contestacion, para que se entienda nula la enagenacion de la accion á favor de un poderoso, como se ha dicho antes en la glos. á la l. 13. de este tít.—* Y por lo dicho es facil reducir á sencillas reglas todo lo que disponen aquí nuestras leyes acerca las enagenaciones fraudulentas. Cuando las cosas ó acciones enagenadas, lo han sido despues de haberse hecho litijiosas, por el emplazamiento ó litis-contestacion segun los casos y en los términos esplicados en la nota 72, entónces es nula *ipso jure* la enagenacion, y se la considera fraudulenta sin necesidad de otra prueba, que la del hecho de haber llegado á serla cosa litijiosa: cuando antes de haberse esto verificado se hace la enagenacion, puede tambien haberse otorgado en fraude de tercero; pero esto deberá probarse ó mejor se admitirá prueba en contrario de la presuncion de fraudulencia, como si el que enagenó la cosa quisiere probar alguno de los estremos indicados en la nota 78. En una palabra deberá constar que ha mediado dolo para que la enagenacion se anule; escepto en el caso de haberse enagenado una accion á favor de un poderoso, pues esta enagenacion se tendrá siempre por fraudulenta y nula, aunque al tiempo de hacerse no fuera todavia litijiosa la accion transferida.

(84) Apruébase aquí la opinion de la Glos. á d. l. 1. C. *ne liceat potent.* y l. 2. C. *de litigios.* contraria á la de Placentino y Azon, segun los cuales la authent. *de litigios.* habria corregido y derogado las ll. que admitian tambien el vicio *de litijiosas* no solo en las cosas, sino en las acciones y derechos incorporales. Alber. á d. l. 1. refiere haber conseguido algunas veces que se declarase conforme á la citada opinion de Azon y Placentino: mas el mismo allí manifiesta adoptar la contraria, esto es, la de la Glos. y los DD. que es la que aprueba aquí la presente ley.

(85) Nótese que, por via de última voluntad, no está prohibida la enagenacion, aunque se haga á favor de algun poderoso, por razon de su oficio, l. 12. y Bald. allí 2. de *hæred. instit.*

(86) V. l. 14 hácia el fin de este tít.

(1) Véanse sobre esta materia de *asentamientos* l. 5. tít. 3. lib. 2. *fuero de las leyes.* l. 1. y siguientes tít. 4 lib. 2. y l. 1. tít. 9. lib. 3. *Ordenamiento* y cap. 5. y 6 *Ordenanzas de Madrid.* [Son las ll. 2. y 3. tít. 5. lib. 11 N. R.] y á Bald. á la l. 9. y á la authent. *et qui jurat* C. *de bonis auctorit. jud. possid.* donde trata estensamente dicha materia y trae con respecto á ella muchas y notables especies, ventilando tambien sobre lo mismo importantes cuestiones á la l. 2. § 1. D. *si ex noxal. caus. agat.* y V. tambien á Specul. tít. *de prim. et*

fazer los Judgadores en los bienes de los demandados, porque non vienen ante ellos, al plazo que les fue puesto el dia del emplazamiento. E porende queremos primeramente mostrar, que cosa es este assentamiento. E por cuyo mandado deue ser fecho. E contra quien. E en que manera. E que deue ser fecho contra aquellos, que lo embargaren, e non quisieren consentir que se faga. E que derecho gana el demandador, en aquella cosa en quel mandan assentar, maguer non le dexen apoderar en ella. E otrosi, que pena deue auer, el que gelo forçare. E fasta quanto tiempo puede el demandado cobrar la cosa, en que fue fecho el assentamiento al demandador. E otrosi, como el Judgador deue passar contra el que fuere emplazado, sobre algund yerro que aya fecho, e non quisiere venir al plazo.

LEY 1. *Que cosa es Assentamiento, e por cuyo mandado deue ser fecho, e contra quien.*

Assentamiento (2) es tanto, como apoderar, e assossegar (3) ome en tenencia de alguna cosa, de los bienes de aquel aquien emplazan. E puedenlo fazer los Judgadores por mengua de respuesta, non queriendo (4) venir ante ellos los emplazados; o seyendo rebeldes, non queriendo responder quando viniessen ante ellos; o ascondiendose maliciosamente, non queriendo fazer derecho.

secund. decreto anotado estensamente por la Glos. y Bart. y Alex. á la l. 15 §§ 15. y 16. D. *de danm. infect.*—* La *via de asentamiento* de que se habla en las ll. de este tít. y en las de d. tít. 5. lib. 11. Nov. Recop. ha caido casi enteramente en desuso: mas ni se hallan derogadas las espresadas leyes, que por lo mismo deben considerarse vigentes, ni creemos que pudiera escusarse su observancia, si alguno formalmente la reclamara: escepto en las causas ó negocios mercantiles en los que está espresamente declarado no poder darse lugar á los asentamientos, art. 166, ley de enjuiciamiento de 24 Julio 1830. D. Manuel Ortiz de Zúñiga en la nota nº. 1. al cap. 7. sec. 4 Part. 1. Bibliot. judic. considera derogada por la ley de 10 Enero de 1838. la via de asentamiento en los juicios de menor cuantia; sin que podamos atinar la razon que para formar semejante concepto habrá tenido aquél ilustrado escritor. Es verdad que la ley citada, al establecer especificadamente todos los trámites que en los referidos juicios deben seguirse, no espresa que pueda admitirse en ellos la via de asentamiento: mas este silencio que podia proceder de la inobservancia de aquel remedio legal, mas bien, de otra parte, deberia haberse tomado por una tácita ratificacion del mismo. Tampoco el Reglam. prov. para la admin. de just. hace mencoin directa ni indirectamente de los asentamientos; y esto no obstante no se cree que estén aquellos derogados en los juicios ordinarios, antes el mismo Sr. Ortiz de Zúñiga en el lugar antes citado afirma espresamente lo contrario. La l. 4. tít. 5 lib. 11. Nov. Recop. dispone que *no pueda hacerse asentamiento de seiscientos maravedis abajo*; pero añade en seguida que en tal caso *se dé mandamiento para sacar prenda en tercera rebeldia y que este mandamiento vaya enderezado á los Alcaldes del lugar donde se hubieren de hacer las prendas.* Y este medio supletorio es en todo caso adaptarse el que deberian en los negocios de menor cuantía si en ellos se consideraban derogados los asentamientos; los cuales habrian de serlo por d. l. recopilada y no por la citada de 10 Enero de 1838, como antes se ha dicho; y bien que esta última ley se opondria en cierto modo á la referida práctica; por disponerse en ella (art. 3 y 27. ded. l.) que todos los términos señalados en la misma se entiendan precisos y perentorios, y que pasados los nueve dias del emplazamiento haya el escribano de recojer los autos, sin que sea necesario para ello peticion de parte ni mandato judicial; con todo, esto se deberá entender dispuesto para el efecto de seguirse la via de prueba en rebeldía, sin que el demandante deje de tener en el juicio de menor cuantía la misma facultad que en el juicio ordinario de elegir la via de asentamiento, para lo cual deberá acusar la rebeldía y pedir formalmente lo que corresponda, sea que se le conceda el verdadero asentamiento, ó que se proceda á sacar y vender prendas con arreglo á d. l. 4. tít. 5. lib. 11. Nov. Recop.

(2) El asentamiento, empero, ¿se decreta por el juez en virtud de su noble oficio ó bien del oficio mercenario, de suerte que no pueda denegarse á decretarlo, cuando alguno se lo pide? Bald. á la authent. *et qui jurat.* col. 4. C. *de bon. auctor. jud. possid.* dice que los asentamientos pertenecen al noble oficio, y que este debe implorarse espresamente; V. al mismo en las *adiciones* y cap. 5. y 6. *Ordenanzas de Madrid* y l. 1. tít, 9. lib. 3. *Ordenamiento Real*; debiendo advertirse que la via de asentamiento tiene asimismo lugar, en pena de la contumacía aunque se incurra en esta despues de contestado el pleito.

(3) V. ll. 2 y 3. de este tít.

(4) La contumacia se prueba de tres maneras esplicadas en el cap. últ. § *porró*, y V. Abb. allí 2. notab. *ut lit. non contest.* á saber; 1ª. cuando el convenido no comparece espirado el término que en el emplazamiento se le habia concedido como perentorio, d. cap. 24 quest. 3. l. 53. D. *de re judic.* debiendo empero advertirse que no

LEY 2. *En que manera deue ser fecho el Assentamiento.*

La manera en que se deue fazer el assentamiento, es esta: que primeramente deue el Judgador dar su juyzio (5), diziendo assi (6): porque Fulan fue rebelde (7), e non quiso venir al plazo a fazer derecho a Fulan su contendor; digo, e mando, que el demandador sea metido en tenencia (8), por mengua de resto.—*Conc. con la presente d. l. 1. tít. 5. lib. 11. Nov. Rec.

basta una sola citacion, antes son necesarias tres, para poder inmitir al demandante en posesion por el primer decreto, segun la Glos. y Abb. al cap. *quoniam contra* col. 6. *de probat.* Specul. tít. de prim. decret. § *sequitur* princ. y l. 1. tít. 9. lib. 3. Ordenam. cap. 5. *Ordenanzas de Madrid*, Bald. á la l. 8 col. 3 y 4 C. *quom. et quand. jud.* y á la Authent. *et qui jurat* col. 5. C. *de bon. auctor. jud. possid.* La 2ª. especie de contumacia consiste en ocultarse el reo maliciosamente para que no se le pueda emplazar: la tercera en impedir de otra manera que pueda hacersele la citacion. Y hay ademas otra especie que tambien se espresa en esta ley, á saber la del que comparece al emplazamiento, pero se niega á contestar la demanda ante el juez que le ha emplazado: en cuyo caso se considera mas grave la contumacia que en el de no comparecer, Bald. á la l. 1. col. 2. C. *quom. et quand. jud.* y l. 2. d. tít. sobre todo si el emplazado se resiste á contestar, espresamente y á la faz del tribunal; V. Bald. á la l. 1. *quorum appel. non rec.* Añádase á lo dicho que cuando el emplazado no comparece por estar ausente y ocupado en el servicio público, se pone no obstante al actor en posesion de los bienes por el primer decreto, pero no se da lugar en tal caso á proferirse el segundo. l. 4. y Bald. allí *de restit. milit.* V. cap. últ. *de eo qui mitt. in posess. caus. rei serv.* y la Glos. allí y al cap. *consultat. de offic. deleg.* Y aunque no se haya hecho el emplazamiento personalmente, sino á domicilio, tiene tambien lugar la inmision en posesion por el primer decreto, segun Inoc. y Abb. d. cap. últ. *de eo qui mitt. in poses.* sin que obste á lo dicho lo dispuesto en la l. del *Ordenamiento* [l. 1. tít. 5 lib. 11. Nov. Rec. en la cual se dice haber lugar á *asentamiento* cuando el demandado fuere emplazado *en persona* por el emplazamiento, y no viniere al plazo, ó si viniere y se fuere sin mandado del Juzgador] porque, generalmente está alterado el texto de la misma en las ediciones, y seria menester verlo en el original; y porque no se habla en ella de la inmision en posesion por el primer decreto, sino de la que se concede por el segundo, ó bien del caso en que se proceda á abrir la causa á prueba en rebeldía, lo mismo que si se hubiese contestado la demanda: y en el propio sentido debe entenderse lo que se dice en la l. 10 8. tít. 18. de esta Part. de la citacion personal, hecha por lo menos una vez; esto es que no es absolutamente necesaria, para inmitir al actor en posesion por el primer decreto. (5) ¿Deberá, empero, proferirse esta sentencia con todas solemnidades ordinarias, por escrito y estando el Juez sentado *pro tribunali?* Specul. tít. *de primo decret.* §. *sequitur* col. 2. opina que deberá proferirse por escrito, citando, no obstante á otros que pretenden lo contrario, y esto último es lo mas conforme con lo dispuesto en la l. 2. tít. 22. de esta Part.; y á lo mismo parece inclinarse Juan Andr. allí, añadiendo que tambien puede proferirse sin estar el juez sentado *pro tribunali.* Y sobre si podrá proferirse en dia feriado, V. Bald. *de milit vasall. qui contum. est.*, col 4. y Glos. á la l. 2. *de fer.* donde opinan por la negativa.

(6) V. Abb. cap. 1 *de eo qui mitt. in posess. caus. rei serv.* donde despues de Inoc. espresa la fórmula en que deben ir concebidos el primero y segundo decretos.

(7) Es necesario pues, para que tenga lugar el asentamiento que se considere al reo contumaz. V. Specul. tít. *de contum.* § *sequitur* princ. y tít. *de prim. decret.* § *sequitur* princ.

(8) Y no se ha de atender al dictarse el primer decreto á si el demandado poseia la cosa por título de dominio ó por otro distinto, aunque sí al dictarse el segundo, V. Bart. á la l. 5. § 6. D. *ut in posess. leg.* Mas el que ha obtenido por el primer decreto posesion de la cosa sobre la que habia intentado una accion real, ¿se entenderá que verdaderamente la posee, antes que haya transcurrido el año dentro del cual puede el demandado purgar su contumacia? Cuestion es esta, en que ha habido gran diversidad de pareceres; sobre los cuales V. á Alex. á la l. 3. § últ. D. *de adquir. posess.* donde esplica los resultados que de resolverla en uno ú otro sentido podrian seguirse; y concluye que el que por una accion real ha sido inmitido en posesion por el primer decreto, es verdadero poseedor, bien que revocable, aun durante el año: y esto mismo parece inferirse de lo dispuesto aquí y en la l. 6 de este tít. V. no obstante la l. 10. tít. 30 de esta Part. que establece lo contrario; á saber, que por el primer decreto no se adquiere la posesion, sino la mera detentacion. Pero esto podria entenderse tambien en el sentido antes esplicado, y decir que la citada ley se espresa en aquellos términos, porque la posesion obtenida por el primer decreto es revocable durante el año, en el caso de comparecer el demandado y purgar así su

puesta, de la cosa que demandaua (9) por suya, o que razonaua que auia derecho de auella. E si por ventura aquella cosa non parece (10), deue dezir, que le manda meter en tenencia de tantos bienes del demandado, quanto podria valer aquella cosa señalada, sobre que el non quiso fazer derecho. Mas si acaesciesse, que la demanda sobre que el demandado non quiso fazer derecho, fuesse en razon de debda, o de otra cosa que fuesse tenudo el demandado de dar, o de fazer; estonce deue dezir el Judgador, que manda entregar, por mengua de respuesta al demandador en tantos bienes del demandado (11), quanto era aquella debda que le demandaua, o por quanto era pre-

contumacia. Así puede el actor durante el año arrendar los predios en cuya posesion se le ha inmitido y vender los frutos que vaya percibiendo, l. 8. § 1. y Bart. allí *de bon. auctor. jud. possid.* y V. Bald. á la authent. *et qui jurat.* col. 5 C. d. tít. donde dice que el cultivar y arrendar dichos predios corresponde al acreedor. Añad. Abb. al cap. *contingit, de dol. et contum.* col. 2. y V. á Bald. á d. authent. sobre si el que habitare en la casa cuya posesion haya obtenido por el primer decreto, deberá abonar á cuenta del capital reclamado ó pagar el precio de la habitacion: y por lo que hace á si, por el primer decreto, podrá el actor espeler al poseedor que se resista á entregarle la posesion, en el caso de proceder el asentamiento de accion real, opina Alex. por la afirmativa fundándose en que el que ha obtenido el primer decreto es verdadero poseedor; aunque el que lo ha obtenido por accion personal no puede espeler al renitente, segun la l. 15. § 20 D. *de damn. infect.* y V. Alex. al § 16 de d. l. fol. antepenúlt. col. 2.— * V. tambien la l. 3. hácia el fin *de adquir. vel omitt. posess.* y l. 5 princ. *ut in posess. legat.* Debe advertirse aquí, como se dirá en su lugar correspondiente, que el término de un año ó de cuatro meses que concedian las leyes de Part. para purgar la contumacia, segun que la accion intentada fuese real ó personal, se ha restringido por la l. 1. tít. 5. lib. 11. Nov. Rec. á dos meses en el primer caso, y á un mes en el segundo. Y á propósito de la cuestion que trata aquí Gregor. Lopez, de si durante dicho término y antes de interponerse el segundo decreto, puede ó no considerarse como verdadero poseedor al demandante que ha obtenido el asentamiento, parece que así átenor de las leyes de Part. como de las recopiladas puede este punto resolverse sin gran dificultad, atendido que, no haciendo el actor suyos los frutos hasta la interposicion del segundo decreto, como que está obligado á restituirlos, si el emplazado comparece y purga su contumacia dentro del plazo señalado, no puede considerarse al primero como un verdadero poseedor, bajo aquel respecto ó sea para el de adquirir los frutos por la percepcion. Mas teniendo, antes del segundo decreto, como tiene, (l. 5. de este tít.) el derecho de impedir que se le perturbe en la posesion, y de reclamar que se le ampare en ella, en el caso de hacersele fuerza, puede y debe, en este sentido, entenderse concedida algo mas que una simple detentacion. En una palabra, el demandante que ha obtenido el asentamiento por el primer decreto tiene algunos de los derechos posesorios, como el de intentar los interdictos de recobrar y retener, y carece de algunos otros, como el de hacer suyos los frutos por la percepcion: de donde se infiere que, en tal estado, obtiene, en toda la estension de la palabra, una verdadera posesion natural, con los derechos que son el resultado de la misma, pero no la posesion civil, la que no se adquiere sino por la interposicion del segundo decreto. Mas estando, como están, bien definidos por la ley los derechos que, en uno y otro caso, se adquieren por el asentamiento, viene á reducirse á una cuestion de meras palabras la que trata aquí el Glosador, y de que parece se habian ocupado muy formalmente los intérpretes; puesto que, llámese ó no poseedor al demandante á quien, por la contumacia del reo, se ha entregado la cosa reclamada ú otra equivalente, no puede haber dificultad en determinar la estension de los derechos que tiene sobre la misma cosa, cuando se le ha entregado en virtud del primer decreto, ni cuando ha llegado á interponerse el segundo.

(9) Y ¿si fuese mueble la cosa reclamada y sospechoso el acreedor ó demandante? Deberia entónces aquella secuestrarse, segun la l. 5 § 22. vers. *in cæteris.* D. *ut in posess. legat.* y Bald. á la Authent. *et qui jurat.* col. 15. C. *de bon. auctor. jud. possid.*

(10) V. l. 7. §. 16 D. *quib. ex caus. in pos. cat.*

(11) Conc. l. 9. y authent. *et qui jurat.* C. *de bon. auctor. jud. possid.* cap. 5 § últ. *ut lite non contest.* lo que no debe entenderse tan estrictamente, que solo pueda proveerse el asentamiento en los bienes del reo, hasta cubrir el exacto valor de la cantidad o cosa reclamada, sino tambien por el de las costas y perjuicios sufridos, segun la Glos. y Alber. á d. authent. *et qui jurat.* Mas ¿tendrá tambien lugar el asentamiento en los bienes prohibidos de enagenar, como los amayorazgados? Parece deberia seguirse en ese caso la opinion de Bald. á la authent. *et qui jurat* col 14 vers. *quæro númquid. in rebus prohibits* C. *de bon. auctor. jud. possid.* y de Alex. consil. 23. col. 2. vol. 1. donde citando á Bald. pretende que no tendrá lugar el asentamiento respecto de aque-

ciada aquella obra (12) que le deuia de fazer. E esta entrega deue ser fecha primeramente en los bienes (13) muebles del rebelde, si ouiere tantos en que se pueda fazer. E si non, deue ser fecha

llos bienes que por disposicion del testador ó fundador del mayorazgo no pueden salir del patrimonio, porque indistintamente esté prohibida la enagenacion de los mismos. ¿Qué deberia decirse, empero, en el caso de haber obtenido el fundador Real licencia para imponer toda clase de vinculos y prohibiciones, y en fuerza de la misma, hubiese ordenado que ni aun en los frutos del mayorazgo pudiese trabarse la ejecucion? Parece que semejante prohibicion no seria válida, segun se infiere de la l. 40. D. *de admin. et peric. tut.* á menos que la licencia del príncipe se hubiese obtenido espresamente para establecerla, en cuyo caso quedaría aquella doctrina limitada y valdria la prohibicion en cuanto, infringiendola, hubiese de perjudicarse al mayorazgo: ó en cuanto debiese el poseedor quedar sin lo necesario para su decorosa subsistencia y para cumplir las cargas del mayorazgo: porque los privilegios deben entenderse siempre con el menor gravámen posible de tercero, l. 3. y Bald. allí C. *de test. mil.* y porque se daria lugar á muchos fraudes con que se engañaria á los que contrajesen ignorando la existencia de tales privilegios, á cuyo proposito hace la l. 11. § 2. D. *de instit. act.*—*Lo anotado aquí por el Glos. habrá dejado de tener aplicacion en el dia por estar abolidos los mayorazgos y vinculaciones, á menos que se tratase de proceder por la via de asentamiento contra un poseedor de bienes vinculados que, por haberlo sido ya al tiempo de publicarse la ley de desvinculacion, tuviese gravada la mitad de los mismos á favor del inmediato sucesor, en cuyo caso, ó bien tendria lugar el asentamiento contra la mitad libre de aquellos bienes, si procedia de una demanda ó accion personal intentada contra el mismo poseedor por deudas que este hubiese contraido, ó bien procediendo de una accion vindicativa de una parte determinada de los bienes vinculados, podria proveerse en ellos el asentamiento, lo mismo que se hubiera podido antes de la desvinculacion, en el caso de revindicarse dichos bienes alegando sobre ellos el derecho de dominio anterior á la fundacion del vínculo.

(12) Y así cuando el objeto de la demanda fuere el cumplimiento ó verificacion de algun hecho, deberá el juez proceder á la estimacion del interes que el actor pueda tener en que aquel hecho se verifique, l. 13. D. *de re jud.* y lo mismo opinaba Odofr., segun refiere Alber. á d. anthent. *et qui jurat.* C. *de bon auctor. jud. possid.*, opinion que viene confirmada por esta nuestra ley contra lo que pretendia Bald. á d. authent. col 3., esto es, que cuando con la demanda intentada se reclamase un hecho simplemente, deberia proveerse el asentamiento en todos los bienes del convenido: lo cual solo tendria lugar cuando el hecho reclamado fuese inestimable, ó de tal naturaleza que no pudiesen determinarse los perjuicios que de la falta de cumplimiento deberian seguirse al acreedor ó demandante.—*La citada l. 1. tít. 5. lib. 11. Nov. Recop. parece, á primera vista, haber modificado un tanto la disposicion de la presente de partida, en cuanto, al establecer los casos en que deberán entregarse al actor por via de asentamiento las mismas cosas ó bienes reclamados en la demanda, ú otras diferentes y de un valor ó cuantía igual al de la demanda, previene que lo primero tendrá lugar cuando fuere una accion real, y lo segundo cuando fuere personal la que se hubiere intentado. Mas no creemos que, por dicha ley recopilada, antes del Ordenamiento, pueda entenderse derogada la de partida, ni que los autores de la misma y tampoco los intérpretes que, como nuestro Glosador, se han espresado en iguales términos hubiesen tenido la formal intencion de derogarla, bien que para facilitar su esposicion y por lo que mas comunmente se verifica, hubiesen adaptado la formula de la ley del Ordenamiento. Aun cuando se intente una accion personal, puede tener y tendrá lugar el asentamiento en cosas determinadas, siempre que lo fueren las que por aquella se hubieren reclamado, lo cual no solamente se verifica en la demanda revindicativa, sino tambien en la personal, como en el caso de pedirse, en fuerza de un contrato de venta, la traslacion de dominio de una cosa, cuyo precio se ha pagado. Y á este caso, sin duda alguna, se refiere nuestra ley de partida, cuando dice que *el demandador sea metido en tenencia de la cosa que demandaua por suya*, ó que *razonaua que auia derecho de auella.* De donde se infiere que el asentamiento en bienes ó cosas indeterminadas por el valor ó cuantía de la demanda solo tendrá lugar, no precisamente cuando la accion intentada sea personal, sino cuando el objeto de la misma sea una deuda de cantidad ó un hecho, y cuando, siendo una cosa determinada, hubiese esta desaparecido, que son los tres casos espresados en esta nuestra ley.

(13) Este asentamiento, pues, debe hacerse en los bienes del deudor por el mismo órden que, para un caso análogo, establece la l. 15. §. 2. D. *de re judic.*, á menos que aquél se hubiese proveido en virtud de una demanda ó accion hipotecaria; pues entónces, se haria estensivo á todos los bienes y hasta á los creditos activos del convenido, segun Bald. y la Glos. á d. au-

en los bienes que fueren raiz, fasta en la quantia de la debda, segund que sobredicho es. E tal mandamiento como este llaman en latin Sententia interlocutoria (14), que quier tanto dezir, como juyzio que es dado sobre pleyto, que non es librado por juyzio acabadamente. Pero ante que el Judgador faga fazer la entrega por alguna de las razones sobredichas, deue dezir al demandador, que muestre algund recabdo, por que se mouio a emplazar, e fazer demanda contra el demandado. O a lo menos (15) deue tomar jura del, que el emplazamiento, e la demanda que le fizo, non se mouio a fazerla maliciosamente, mas porque tenia que la podia fazer con derecho. Otrosi dezimos, que si fuere Rey, el que manda fazer tal entrega, deuela mandar fazer al Aguazil, o a su Portero. E si fuere Juez de su Corte, deuese fazer la entrega por algunos de los Porteros del Rey. E si fueren de los Judgadores de las Cibdades, o de las Villas, puedenla fazer ellos mismos, o sus omes conocidos por su mandado, que señaladamente fuessen puestos para esto. E sobre todo, deuen los Judgadores amparar (16) la tenencia, a aquellos que fueren metidos en ella, de manera que non les sea fecha fuerça, nin tuerto.

LEY 3. *Que deue fazer el Judgador contra aquel que embarga el Assentamiento, o non consiente que se faga.*

Mandando el Rey assentar a alguno, en aquela cosa que demanda, o en (*a*) bienes de su contendor, en alguna de las maneras que dizeen la ley ante desta; si aquel que es tenedor de aquella cosa, en que mandan fazer el assentamiento, non consintiere que lo fagan, deue embiar el Rey al Juez, o al Merino de aquel lugar, o a otro ome qual quisiere, quel eche ende (17). E si gelo amparare, peche cient marauedis al Rey, (*b*) e cinco a aquel que fiziere el assentamiento por su mandado, e al contendor las despensas (18) que fiziere por razon deste assentamiento. Mas si el assentamiento fuere fecho por mandado de otro Judgador, deue el embiar, al que ha de fazer la justicia en aquel logar, que eche dende a aquel que lo ampara, e assiente al demandador en aquello que el Judgador le mando. E si este lo amparare, mandamos que le peche diez marauedis (*c*), e al Judgador otros tantos, e al contendor las despensas, assi como dize de suso. E essa misma pena dezimos, que aya otro qualquier que lo embargare, non seyendo señor de aquella cosa, en que mandan assentar, nin mostrando razon derecha, por que lo embarga. Peró si alguno lo embargare, diziendo que aquello (19) en quel quieren assentar, es suyo, o ha derecho en ello, prouandolo (20) por testigos, o por carta, dezimos que aquel assentamiento non se deue fazer en aquella cosa, maguer fuesse fecha la demanda señala.

(*a*) buena Acad.
(*b*) ciento Acad.
(*c*) al Rey, et al Judgador otros tantos, Acad.

thent. *et qui jurat.* C. *de bon. auctor. jud. possid.* vers. *juxta mensuram.*

(14) De interlocutoria la califica tambien Inoc. aun cuando por ella se interpone el segundo decreto, cap. *dilecto*, *de verb. signif.* y V. Abb. cap. 1. col. 3. *de eo qui mitt. in posess. caus. rei serv.* y cap. *consultationibus*, *de offic. de* leg.

(15) Apruébase aquí la opinion de Azon *in summa C. de bon anctor. jud. possid.* col 3. donde pretende que basta el juramento del actor para obtener el asentamiento; sobre lo cual se hallaban muy divididos los expositores del derecho comun, segun Specul. tít. *de contum.* §. *sequitur* col. 3. á menos que constare al juez la absoluta falta de derecho con que acciona el demandante en cuyo caso no deberia proveer el asentamiento, Specul. tít. *de prim. decret.* §. *sequitur* col. 2. vers. *quid. si constat.* Y nótese que asimismo se aprueba aquí la opinion de Acurs. á saber, la de que es tambien necesario que preceda esa sumaria informacion ó juramento sobre la justicia de la demanda para acceder al asentamiento, aunque este se pida en méritos de una accion real, sobre lo que habia tambien por derecho comun gran diversidad de pareceres, segun Specul. d. §. *sequitur.* col. 4. —* Y creemos que deberia tambien observarse en el dia lo mismo que se dispone en esta nuestra ley de Partida; pues á pesar de que la l. 1. tít. 5. lib. 11. Nov. Recop. no establece la necesidad de dicha sumaria informacion ó juramento, debe entenderse que tampoco ha tratado de derogar, en esta parte, la presente de Partida, no habiendolo hecho espresamente. V. l. 5. tit. 11. lib 10. N. R.

(16) Añád. l. 1. D. *ne vis fiat ei qui in pos. miss. est.* y V. Bart. á la l. 3. pr. D. *ut in posess. legat.*

(17) Conc. l. 3. D. *ne vis fiat. ei qui in posess.* y añade Specul. observarse así en la práctica, tít. *de eo qui mitt. in posess. caus. rei serv.* vers. *porro missus.*

(18) Añád. l. 1. § 5. D. *ne vis fiat ei qui in pos.*

(19) Conc. l. 1. § 4. D. d. tít. lo que sin embargo debe limitarse y entenderse en el sentido en que lo esplica Bald. á la l. 8 C. *quom. et quand. jud.* vers. *quæro*, *numquid ad impediendum* y á la l. 2. col. últ. D. *si ex nox. caus. agat.* vers. 13. *quæritur.*

(20) Entiéndase en el mismo sentido en que lo

damente sobre ella. Mas si la demanda fuesse fecha sobre razon de debda, o de alguna otra cosa que fuesse tenudo de fazer, deue catar otra cosa (24) desembargada, que sea de aquel demandado, en que fagan el assentamiento. E si aquel que dize que era suyo aquello en que quieren assentar, o que auia derecho en ello, si non lo pudiere prouar, assi como sobredicho es, caya en la pena que diximos de suso, que deue auer el que embarga el assentamiento. E esto mandamos, porque semeja, que mas lo fizo por embargar maliciosamente (22) que el otro non fuesse assentado en aquella cosa, que por derecho que y ouiesse.

LEY 4. *Que derecho gana el demandador en aquella cosa en que lo mandan assentar, maguer gelo contrallen.*

Ganar deue algund derecho el demandador en la cosa en que le mandauan asentar, maguer non se faga el assentamiento, seyendo embargado por alguna de las razones que de suso diximos. E porende dezimos, que si el Rey, o otro Judgador, mandare assentar a alguno, por mengua de respuesta, en aquello que (*d*) mandaua, o en buena de su contendor; si aquel que touiere la cosa en que le mandaua el Judgador assentar, la defendiere por fuerça, o se alçare, de guisa que el assentamiento non pueda ser complido; si pasare vn año (23), e la cosa sobre que era la contienda, razonasse el demandador que era suya, o que auia algun derecho señalado en ella; o si passaren quatro meses, e la demanda era en razon de deuda (24), o de otra cosa que le deuian dar, o fazer, de manera que el demandado en este plazo non venga a fazer derecho, como deue, a su contendor; mandamos, que el demandador gane la tenencia (25) de aquella cosa, tambien como si fuesse assentado en ella sin embargo ninguno. E demas, el que lo embargasse, aya la pena que de suso diximos.

LEY 5. *Que pena deue auer el que forçare a alguno, de aquello en que fuere assentado.*

Osadia muy grande tenemos, que fazen aquellos, que fuerçan a sus contendores, o a otros qualesquier, de aquello en que son assentados por mandado del Rey, o de alguno de los otros Judgadores. E porende dezimos, que si alguno fuere assentado en alguna cosa, que demandaua señaladamente en juyzio, o en (*e*) bienes de su contendor, por mengua de respuesta, si otro gelo tomare (26), o gelo forçare despues de esso, sin mandado del Judgador que mando fazer el assentamiento, o de otro que sea Mayoral del; mandamos, que el forçador sea tenudo de entregarle de aquella cosa que le tomo, o le forço, con todos los daños, e los menoscabos, que jurare (27) que recibio por esta razon. E demas de

(*d*) demandaba Acad.

(*e*) buena Acad.

dispone la l. 15 § 4 D. *de re jud.* y como lo esplica Bart. allí. Y si el tercero que se opone al asentamiento estuviere en posesion de la cosa, no le incumbirá á él probar que aquella le pertenece, sino al que pide el asentamiento probar que es propia del demandado contumaz, segun la Glos. á la l. 2. C. *ne uxor pro marit.* y los DD. y Bart. allí y á la l. 5 § 6. D. *ut in posess. legat.*

(21) Añád. d. l. 15. § 4 D. *de re judic.*

(22) No incurriria, pues, en la pena de esta ley el que se hubiese opuesto al asentamiento fundado en alguna causa probable, aunque injusta, mientras no lo hubiese hecho con dolo, ó como lo dice el texto aquí *maliciosamente*, y lo mismo está dispuesto en la l. 1. § 4 D. *ne vis fiat, ei qui in pos.* y V. lo anotado por Ang. allí.

(23) V. hoy la l. del Ordenamiento: —*Esto es la l. 1. tít. 5 lib. 11. Nov. Recop. por la cual se ha reducido á dos meses el término de un año concedído para purgar su rebeldía á los demandados por accion real; y á un mes, á los que lo son por accion personal. Mas sobre esto debe tenerse presente lo dicho en la adic. á la nota 12. pues, á pesar de haberse sobre el particular modificado la ley de Partida, en cuanto á la reduccion de la términos que por ella estaban señalados, creemos, empero, que el de dos meses se entenderá concedido á todos aquellos de quienes se haya reclamado una cosa determinada, bien sea por una accion real ó personal.

(24) Apruébase aquí la opinion de la Glos. al cap. *contingit*, *de dol. et cont.* á la palabra *actor*.

(25) Conc. d. cap. *contingit* 9. *de dol. et cont.*

(26) Y lo mismo seria si el que desposeyere al actor fuese el mismo demandado, como se infiere de lo dicho al principio de esta ley *que fuerçan á sus contendores ó á otros qualesquier*, y porque no solamente está obligado á la restitucion en los términos que aquí se dispone, el que haya impedido [á la fuerza] que se pusiese al actor en posesion, sino tambien el que le haya despojado de ella, despues de haberla obtenido, l. 1. §. 3. D. *ne vis fiat ei qui in posess. miss. est.*

(27) L. 9. C. *unde vi.* Mas, ¿podria, en el caso aquí propuesto, accionarse contra el despojador en fuerza de la l. 7. d. tít. y pedirse contra él la pena que la misma señala por la fuerza ó des-

esso, por el osadia que fizo, que peche por pena a la Camara del Rey, quanto el Judgador touiere por bien, catando primeramente, quien es aquel a quien fue fecha la fuerça, e que cosa es la que forçaron, e en que manera, e en que tiempo. Ca si todas estas cosas catare afincadamente el Judgador, muy de ligero podra asmar, que pena merece el que la fuerça fizo.

pojo? V. la Glos. de la l. 1. § 3. D. *ne vis fiat ei qui in pos.* donde resuelve esa cuestion por la negativa; fundándose en que no es verdadero poseedor el que tiene la cosa en asentamiento, l. 3. § últ. D. *de adquir. posess.* lo que está fuera duda, cuando aquél procede de una demanda ó accion personal, mas no así cuando procede de accion real; antes están muy divididas las opiniones, como se ha dicho en la nota 8, siendo la mas comun entre los Canonistas la de que no es verdadero poseedor el que ha obtenido el asentamiento por accion real; y siguiendo los Legistas generalmente la contraria, esto es la de que por el asentamiento se adquiere la verdadera posesion, aun antes de transcurrido el año, [ó sean los dos meses concedidos hoy para purgar la contumacia], á tenor de la l. 8. § penúlt. C. *de præscript. 30 vel 40 annor.* y V. Bald. á d. l. 3. § últ. D. *de adquir. posess.* De todos modos, empero, talvez no tendria lugar lo dispuesto en d. l. 7. en los casos de que aquí se habla, toda vez que la presente ley señala una pena especial contra el que desposea al actor de la cosa entregada en asentamiento, bien proceda este de accion real ó personal: sobre lo que V. á Specul. tít. *de primo decret.* § *jam de effect.* vers. *quid si missus* y lo espresamente declarado en la l. 11. tít. 10. Part. 7. —* Otra vez vemos ocuparse aquí al Glosador de la cuestion al parecer tan debatida entre los intérpretes, acerca de si se obtiene ó no la verdadera posesion de las cosas ó bienes dados en asentamiento. Estrañamos á la verdad que se haga depender de ella y que se presente como dudosa la otra cuestion de si incurre ó no en la pena de la l. 7. C. *unde vi* el que desposee al actor de las cosas que tiene en asenmiento, cuando este es un punto por nuestras leyes clara y espresamente definido. La l. 10. tít. 10. Part. 7. copiando exactamente la citada l. romana impone al que á la fuerza desposee á otro sin mandado del juez además de la restitucion y reparacion de daños y perjuicios, la pena de haber de entregar el precio ó valor de la cosa, si el despojador ningun derecho tenia en ella, ó la perdida de los derechos que tal vez tuviese cuando cometió el despojo: y la l. 11. proxima siguiente de d. tít. citada aquí por el glosador, al enumerar los casos en que, á pesar de la fuerza ó despojo no se incurre en la pena antes esplicada, cuenta, entre ellos, el en que se hubiese despojado al que hubiese sido *metido en tenencia de alguna cosa por mandado del judgador por mengua de respuesta*, dando la razon de que este, así como los demas de que allí se habla, *non han verdadera posesion de las cosas, en que son entregados, como quier que hayan la tenencia dellas.* Y esta última parte de d. texto la tuvimos ya presente, al espresarnos, como nos espresamos, en la adic. á la nota 8, porque considerámos allí que los jurisconsultos romanos, cuyas decisiones sirvieron en gran parte para formar las leyes de Partidas, y los intérpretes por cuyas doctrinas discurre siempre el glosador, no tenian al parecer una idea fija y verdadera de la *posesion* como otro de los derechos reales, y la confundian muchas veces con el cuasi dominio, lo que producia en la esposicion de ciertos textos, bastante confusion. El que tiene una cosa en asentamiento, y la repite del que se la ha quitado, sin otro título, que el de habersele entregado en asentamiento, ejerce un verdadero acto posesorio, para lo cual es indispensable tener algo mas que una mera y simple detentacion. Mas sea de esto lo que fuere, que no es este el lugar de estendernos mas sobre semejante materia, repetimos aquí, lo que dijimos en d. nota 8; á saber que la cuestion tan debatida sobre si es ó no poseedor el que obtiene el asentamiento es una cuestion de nombre; porque, llámese á aquél como se quiera, siempre se encontrarán perfectamente determinados los derechos que las leyes le conceden en virtud del asentamiento, antes y despues de interponerse el segundo decreto.

LEY 6. *Fasta quanto tiempo puede el demandador tener la cosa, e los frutos della, en que es fecho el Assentamiento, e como se deue fazer el almoneda della.*

Pues que el demandador fuere assentado por mengua de respuesta, en aquella cosa que demandaua por suya, o razonaua que auia algun derecho (28) señalado en ella, si el demandado

(28) Sea por razon de dominio directo, V. l. 23. D. *de rei vind.* ó de dominio útil. l. 1. § 1. D. *si ager vectig. vel emphiteut. petat.* ó por derecho de servidumbre, §. 2. *Instit. de action.* ó por derecho de prenda ó hipoteca que pretenda tener sobre la cosa, §. 7. Instit. d. tít. ó bien por razon de la posesion en que pretenda estar de la misma y trate de revindicarla, l. 108. tít. 18. de esta Partida hácia el fin. —* En esta nota va enumerando el Glos. todos los derechos reales ó *in rem*, en virtud de los cuales puede intentarse una accion del mismo nombre, particndo como siempre del principio de que solo en el caso de intentarse la accion real, concede la ley para re-

viniere ante el Judgador, desdel dia (29) que fue fecho el assentamiento fasta vn año (30), e diere fiador de estar a derecho, e pechasse las costas que tassare el Judgador, e jurare la otra parte, que auia fechas por esta razon; deue cobrar aquella cosa que le auian tomado por la rebeldia, con todos los frutos (31), e las rentas quel demandador lleuo en este tiempo della. Saluo ende las despensas (32), que fueron fechas en razon de los frutos, o del mejoramiento de la co-

dimir el asentamiento el término de un año (hoy dos meses, V. nota 23) y no en el caso en que por medio de una accion personal se pida la dacion, restitucion ó entrega de una cosa determinada, sobre lo cual V. lo dicho en la adic. á la nota 12. debiendo únicamente añadir á lo que allí dejamos espuesto que la letra de la presente ley no deja de favorecer mas bien la opinion ó modo de espresarse del Glosador, adaptado por la l. 1. tít. 5. lib. 11. Nov. Recop. puesto que se distinguen aquí los dos casos en que el actor *demandaua la cosa por suya ó razonaua que auia algun derecho señalado en ella;* y el en que se demandare al convenido *en razon de debda*, *ó por cosa que era obligado dedar ó de fazer*: por cuyas palabras parece quererse hablar especial y limitadamente de la demanda *real* en el primer caso, y en el segundo de la *personal*, aunque se dirija esta contra cosa *determinada*, que el convenido esté *obligado á dar*, y en los propios términos se espresa la ley anterior. Sin embargo de esto, empero, no creemos aventurada la opinion que en d. nota 12. dejamos emitida, porque en todo caso la presente ley estaria en abierta contradiccion en esta parte con la l. 2 de este mismo título que equipara bien espresamente el caso de la accion real ó vindicativa, al en que el actor demande la cosa *porque razona que á derecho de auella*, que es una demanda personal sobre cosa determinada. En la necesidad, pues de conciliar las especies encontradas de dichos textos preferímos atenernos á la dispuesto en la l. 8 porque para los efectos en esta, como en las dos citadas, prevenidos, es notoria y perfecta la analogia que hay entre la accion real y la personal sobre cosa detérminada; y tambien lo es la falta absoluta de razon para que en el caso de haberse pedido una cosa en virtud de un contrato de venta y se haya aquella entregado al actor por via de asentamiento, se haya de subastar dentro de un mes ó cuatro meses, lo mismo que si se hubiese proveido el asentamiento por una demanda de cantidad ó *de debda*, y no se haya de mantener al actor por el segundo decreto en la verdadera posesion de la misma cosa, como se verificará en el caso de haberla pedido por accion real ó vindicativa. V. la adic. á la nota 37.

(29) Apruébase aquí la opinion de Specul. tít. *jam de effectu* col. penúlt. vers. *ultimo quæro*, y se decide la cuestion promovida por Juan Andr. en las *adiciones*, tít. *de secundo decreto* § *videndum*. vers. *hoc quoque*.

(30) Concordaban con la presente la l. 8. §. penúlt. C. *de præscript. 30. vel 40 annor.* cap. 5. § *in aliis, ut lite non contest.* y todo el tít. *de eo qui mitt. in pos. caus. rei serv.* Hoy por la l. del *Ordenamiento* [d. l. 1. tít. 5 lib. 11. N. R.] se ha reducido ese término de un año á dos meses. Mas ¿que deberia decirse si el reo contumaz, despues de haber comparecido dentro del término á purgar su rebeldía y redimir el asentamiento, reincorporado de las cosas que se habian entregado el actor y convenido nuevamente por este, reincidiere en la contumacia, y proveido por segunda vez, el asentamiento, compareciere tambien dentro del nuevo término pidiendo se le volviese á poner en posesion? ¿Deberia oirsele en dicho caso, y restituírsele los bienes entregados al demandante? V. Specul. tít. *de primo decret.* § *jam de effect.* hácia el fin y Juan Andr. en sus adiciones allí, y Abb. al cap. 1. hácia el fin, *de dol. et contum.* donde resuelven que deberia obligarse entónces al demandado á que garantizase su presencia con fianzas y prendas, y que aun podria diferirse la restitucion de los bienes, hasta tanto que el juicio empezase a estar radicado, y practicados en él algunos legítimos procedimientos. Y si las cosas ó bienes dados en asentamiento fuesen tales que no pudiesen conservarse sin grave riesgo ó menoscabo, podria inmediatamente procederse á su venta, depositándose el precio de ella resultante, segun la l. 5. §. 1. D *de requir. vel absent. damn.* y Bart. allí.—*Mas siendo el efecto del asentamiento, finido el término para purgar la contumacia, el de transferirse la posesion al demandante, con la facultad de hacer suyos los frutos ¿como se lograría esto en el caso de haberse vendido la cosa por no ser fácil su conservacion? ¿Deberia entregarse el precio al actor, para que en adelante pudiese negociarlo? ¿Deberian exigírsele fianzas cuando no tuviese la suficiente responsabilidad y arraigo, para garantizar la restitucion en el caso de comparecer despues el demandado contumaz y de obtener un fallo favorable en el juicio que podria intentar, segun lo dispuesto en esta ley? A entrambas cuestiones contestaríamos afirmativamente.

(31) Añád. cap. últ. y la Glos. allí, *de sequestr. pos. et fruct.* Specul. tít. *de primo decret.* § *restat.* vers. *hoc autem notandum.*

(32) V. l. 7. D. *solut. matrim* y Bald. á la l. 1. C. *de fruct. et lit. expens.* col. 1. 2. y siguientes.

sa. Mas si el año passasse, non podria (*f*) esto fazer: porque del año adelante finca el demandador por verdadero tenedor de la cosa en que fue assentado, e porende (33) gana los frutos, e las rentas que della salieren. Pero finca saluo al demandado todo su derecho, para poder demandar el señorio (34) de aquella cosa, si quisiere, maguer sea passado el año. Mas si el assentamiento fuesse fecho en los bienes del demandado, en razon de debda, o por cosa que el era obligado de dar, o de fazer, a aquel que le fizo emplazar; estonce si el demandado viniere ante el Judgador, desdel dia que (*g*) fuesse el assentamiento fasta quatro meses (35), e diere fiador de estar a derecho, e pechare luego las costas al demandador, que auia fechas por esta razon, que sean tassadas, e juradas, assi como de suso diximos; deue ser entregado en aquellos bienes que le tomaron por razon del assentamiento, con los frutos, e con las rentas que su contendor lleuo ende en este tiempo sobredicho. Mas de los quatro meses (36) adelante, dezimos, que el demandador gana los frutos, e las rentas de aquella cosa, en que fue assentado, e la verdadera tenencia della. E demas desto puede pedir al Juez, que faga meter en almoneda (37) aquellos bienes, en que fue

(*f*) despues esto fazer: Acad.

(*g*) fuesse fecho Acad.

(33) Pues los frutos se adquieren para el poseedor, §. 35. *Instit de rer. divis* cap. 19 *de jur. patron.*

(34) Mas ¿hasta cuando tendrá este derecho? Por todo el tiempo ordinario de la prescripcion, esto es, por los 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. segun Specul. tít. *de primo decret.* § *jam de effectu* col. 4. vers. *sed quamdiu.* y V. Abb. al cap. *quoniam frequenter*, § *in aliis*, col. 18. núm. 33 *ut lit. non contest.* Y, pasado el término de la prescripcion, ¿podrá el actor que hubiere obtenido la posesion por el asentamiento pedir que se le declare definitivamente verdadero dueño de la cosa? V. Bald. á la l. 8. col. ult. C. *quom. et quand. jud. sent.* donde opina por la afirmativa.

(35) Hoy se han reducido á un mes, los dos que aquí se concedian, por la ley del Ordenamiento [d. l. 1. tít. 5 lib. 11. N. R.] Por derecho comun se concedia tambien en este caso el término de un año lo mismo que en el de haberse intentado una accion real, segun *Joan*, citado por la Glos. al cap. *quoniam frequenter.* §. *in aliis* vers. *distinctionem, ut lit. non contest.* donde V. á Abb. col. 17. Y apruébase por nuestra ley la opinion de algunos que cita Specul. tít. *de secundo decret.* § *juxta*, col. 1.

(36) Nótese bien lo dispuesto aquí en esta ley, que decide las diversas opiniones que habia, sobre el particular, entre los interpretes del derecho comun, segun la Glos. á d. cap. *quoniam frequenter*, § *in aliis*, y Abb. allí col. 15. y Bart. á la l. 15. § 16. col. 6. D. *de damn. infect.* reprobandose aquí la opinion de Inoc. en d. § *in aliis* donde establecia que, proveido el asentamiento en virtud de una accion personal, no adquiria el actor la verdadera posesion ni hacia suyos los frutos, aunque hubiese finido el término concedido al reo para purgar la contumacia, sino hasta tanto que se hubiese formalmente interpuesto el segundo decreto: y añád. y V. d. l. del Ordenamiento,—* d. l. 1. tít. 5. lib. 11. N. R.

(37) Esto es, cuando prefiera cobrar el crédito por medio de la subasta, á estar en posesion y hacer suyos los frutos, como espresamente lo dispone d. l. del *Ordenam.* [d. l. 1. tít. 5 lib. 11. N. R.] de cuya eleccion no podrá privarle el juez, obligándole á contentarse con la posesion, como pretendia Specul. tít. *de secund. decret.* § *juxta* col. 2. pues son terminantes las palabras de esta ley: *E el Juez deuelo fazer.* etc.—* Véase aquí, á propósito de lo que se ha dicho en las adiciones á las notas y 28., como al esponer la disposicion de esta ley de que pasado el término de dos meses (hoy de un mes) se vendan los bienes entregados por asentamiento, se refiere esclusivamente el glosador al caso en que se hubiere intentado una demanda personal por *razon de deuda*; ni era fácil que se entendiese de otra manera, por no ser aplicable al caso de pedirse se, aunque por accion personal, una cosa determinada, todo lo que dispone aquí nuestra ley, ni los términos en que se espresa al decir que *deue el demandador tomar el precio fasta la quantia de la debda principal é por las costas é missiones* y que, no pudiendo hallarse comprador, deba el Juez *fazer apreciar* los bienes *é entregar tantos de ellos por pagamiento ó por suyos al demandador, quanto montaua lo que el deuia auer.* Siempre las mismas ideas y palabras de *crédito*, *deuda*, *pago*, aplicables solamente á las demandas de una cantidad ó de un hecho. Y aun, atendida la forma con que en este último caso debe procederse al asentamiento, esto es entregando al actor los bienes que sean necesarios hasta igualar la cuantía de la demanda, es forzoso convenir en que esto no tiene absolutamente aplicacion al caso en que se pida la entrega ó traslacion de dominio de cosa determinada, ó bien que, en caso de tenerla, podrá asimismo practicarse, cuando se reclamare una cosa por la reivindicativa.

assentado. E el Juez deuelo fazer (38), mandandolos pregonar fasta treynta dias, e faziendolo saber aquel cuyos eran los bienes, o en su casa (39), si a el non fallaren. E despues que assi fueren vendidos, deue el demandador tomar el precio, fasta aquella quantia que deuia auer, tambien por la debda principal, como por las costas, e las missiones que ouiesse fechas en esta razon. E si algo fincare, deuelo entregar (40) al demandado. E si por auentura non fallassen (41) quien quisiesse comprar aquellos bienes, estonce deue el Judgador fazerlos apreciar, segun aluedrio de omes buenos, e entregar tantos dellos por pagamiento, e por suyos al demandador, quanto montaua lo que el deuia auer. Otrosi las costas e missiones, que el auia fecho por esta razon. Pero si el demandado viniere adelante del Judgador, ante que sus bienes (42) sean vendidos, o dados en pagamiento, assi como sobredicho es, e quisiere pechar las costas a su contendor, e dar fiador para estar a derecho; deuele ser cabido, e non se deuen los bienes enagenar, maguer los quatro meses fuessen passados. Mas deuelos cobrar el demandado, e yr despues adelante por el pleyto sobre quel emplazaron.

LEY 7. *Como el Judgador deue passar contra el que fuere emplazado sobre algun yerro que aya fecho, si non quisiere venir al plazo.*

Maleficios fazen los omes a las vegadas, sobre que los han de emplazar, e de acusar. E ellos, temiendose de la pena que merescen, andan refusando, de manera que non quieren venir delante del Judgador, a estar a derecho. En tal razon como esta dezimos, que el Judgador deue passar contra el rebelde (43) en esta manera; faziendo pregonar en aquel logar, do solia (44) morar el

(38) Precediendo, empero, la justificacion del crédito reclamado, por medio de instrumento público, ó de dos testigos, segun Bart., á quien puede verse, á la l. 7. §. 2. D. *quit. ex caus. in posess.* ó por un solo testigo que declare el hurto, cuando este delito cometido por el convenido fuere la causa de la obligacion, objeto de la demanda, segun Bald. á la authen. *et qui jurat.* C. *de bon. auctor. jud. pos.* *V. l. 5. tít. 11. lib. 10 N. R.

(39) Así se espresaba tambien la Glos. á la l. 15. §. 15. D. *de damn. infect.* glos. mag. aunque Bart. allí al §. 16. col. 5. pretendia que lo dicho en aquella glos. debia entenderse únicamente para el caso en que se hubiese intentado una accion *noxal* ó la de *damni infecti*, en las cuales no se exije que el convenido se haya ocultado, para que tenga lugar el asentamiento: pero en las acciones personales, como no puede interponerse el segundo decreto, sino en el caso de ocultarse el convenido, l. 7. §. 1. D. *ex quib. caus. in posess. est.* opinaba que no bastaria el que se hubiese hecho la citacion en el domicilio; sino que seria necesaria la personal, ó de otra manera que indujese la presuncion de ocultacion: y así verdaderamente está dispuesto en el dia por la ley del Ordenamiento [d. l. 1. tít. 5. lib. 11. Nov. Recop.] la que exije haya precedido la citacion personal para poder procederse á la venta de los bienes [y aun para proveer el asentamiento por el primer decreto, pues al espresar los casos en que aquel puede tener lugar, empieza diciendo: *si el demandado fuere emplazado en persona por el emplazamiento*]: sobre todo lo cual, V. lo anotado por Specul. tít. *de 2. decret.* §. *nunc dicamus* col. 6. vers. *illud autem* que empieza en la col. 5, donde esplica los casos en que puede procederse á la venta de los bienes del reo, aunque no se haya ocultado: y añád. Alex. á la l. 15. §. 16. col. 28. D. *de damni. infect.*

(40) Y si resultase despues que el actor habia ocultado, sabiéndolas, las escepciones que podia oponerle el convenido como el pacto de no pedir, ¿se rescindiria la venta? V. Specul. tít. *de 1. decret.* §. *nunc videamus* hácia el fin, donde opina por la negativa.

(41) Lo dispuesto aquí trae orígen de lo anotado por Specul. tít. *de 2. decret.* §. *nunc videamus*, col. últ. vers. *emptore autem non invento.* —*y creemos que deberia observarse en el dia á pesar de no estar así dispuesto en la ley recopilada ó del Ordenamiento, la que no habla de ese caso ó del en que subastados los bienes dados en asentamento, no se hubiese presentado comprador.

(42) ¿Qué deberia decirse en el caso de comparecer el demandado despues que ya los bienes estuviesen vendidos? V. Specul. tít. *de 2. decret.* §. *juxta* 2. col. vers. *quid si ille.*

(43) Debe pues, constar la contumacia, sea que el reo citado verbalmente no compareciere, ó que no pueda ser habido, como lo previene tambien la Pragmática de Alcalá. [l. 1. tít. 37. lib. 12. Nov. Rec.]: y lo dispuesto aquí y en d. pragm. tiene lugar asimismo aunque el reo sea menor de edad, segun Bald. y Paul. á la l. 4. C. *si advers. rem judic.* y Ang. tratado *maleficiorum* vers. *si judex*, *videns quod inquisiti non comparent* y Bald. á la l. 4. C. *de auctor. præst.*

(44) Esto es cuando en el mismo lugar del domicilio se formare la causa, pues los pregones deben publicarse en el territorio del juez que conoce del delito, á tenor de la ley del fuero, y la Pragmát. de Alcalá [d. l. 1. tít. 37. lib. 12.

emplazado, e si morada non le fallaren, deue ser pregonado alli do el yerro fizo, como sepan todos, que Fulan fue emplazado, que viniesse delante del Judgador, sobre tal yerro (45) que dizen que fizo, e non quiso venir. E porende el Judgador le manda emplazar otra vez, que venga el mismo por su persona ante el, fasta treynta dias (46), a estar a derecho sobre aquello de que le acusan; e si fasta este plazo non viniere (47), que le entraran todo lo suyo. E quando el Pregonero esto ouiere pregonado assi, deue venir ante el Judgador, e fazer escreuir antel en el libro de los actos, en que manera fizo el pregon por su mandado. E si por auentura el emplazado non viniesse fasta el plazo sobredicho, deue el Judgador mandar escreuir (48) todos sus bienes, e poner tal recabdo (49) sobre ellos, que non puedan ser malmetidos, ni enagenados; e de si deuele mandar emplazar tres vezes (50), pregonandolo (51) cada vez en essa misma manera, dandole tres plazos de treynta dias. E si desdel dia (52) que fueron dados, e fueron pregonados estos tres plazos postrimeros (53), fasta vn año (54), non viniere en su persona delante del Judgador, a estar a derecho, o non embiare a mostrar escusa derecha (55), por que non pudo venir; dende adelante deuen ser entrados sus bienes (56), que es como manera de assentamiento: pero todauia deuen fincar pa-

Nov. Rec.], y l. 1. D. *de requir. reis* vers. *Edictis adesse jubeant.* Mas ¿ qué deberia decirse si á un tiempo conociesen del mismo delito el juez del lugar en que este se hubiese cometido y el en que el reo estuviese domiciliado? V. lo anotado por Bart. á la l. 6. D. *de sepulchr. viol.* y Bald. á la l. 7. col. 8. C. *de execut. rei judic.* — * V. nota 137. tít. 1. Part. 7.ª

(45) Bastará, pues, espresar en los pregones el delito, sin que sea necesario especificar el tiempo y lugar en que se hubiere cometido, segun Bart. á la *extravag. ad reprimendum* glos. *super dicto crimine* y añád. Bald. á la l. 2. C. *de exhib. reis*, y Specul. tít. *de citatione* §. *sequitur* col. 4.

(46) En el dia está dispuesto de otra manera por la Ordenanza de Alcalá [d. l. 1. tít. 37. lib. 12. Nov. Rec. que espresa, en esta parte, derogar la presente de Part. sobre lo cual puede verse lo anotado á la l. 17. tít. 1. Part. 7.ª], y el término de treinta dias que aquí se concede trajo tal vez su orígen de la l. 2. C. *de exhib. reis.* Mas, ¿ podrian abreviarse los términos que esta ley señala en las causas sobre crímen de lesa magestad, en las cuales se procede sumariamente y sin figura de juicio? Así lo opina Bart. á la *extravag. ad reprimendum* vers. *per edictum.* Mas no creo se observase atendidas las leyes del reino, antes bien deberia estarse á lo prevenido en d. l. de Alcalá — * d. l. recopilada.

(47) En el dia no seria necesario ese apercibimiento atendida d. l. de Alcalá — * d. l. 1.

(48) En d. Prag. de Alcalá se previene tambien que se proceda al inventario y secuestro de los bienes, pasado el término del primer pregon. Pero ¿ podrá hacerse antes ? V. Salic. quien á la l. 1. C. *de requir. reis* pretende que, siendo el delito manifiesto, pueden secuestrarse los bienes, aun antes de citarse al reo, pero no, cuando no lo sea, para que no se espongan sin necesidad al público los secretos haberes de las familias, en cuyo sentido parece debe entenderse lo que á este propósito dice Juan de Plat. á la l. 7. col. 2. C. *de jur. fisc.* ¿Qué deberá practicarse, cuando el acusado no posea bienes algunos? Segun Gaudin. trat. *maleficior.* deberá imponérsele una multa, y si despues no tuviere de que pagarla se le hará sufrir una pena corporal, y añád. Specul. tít. *de accusat.* §. *sequitur* col. 3. Y el inventario y secuestro de bienes de que se habla aquí es lo que se llama *annotatio*, segun Gaudin. en el lugar citado.

(49) Añád. l. 5. D. *de requir. reis* y d. Orden. de Alcalá — * d. l. de Nov. Rec.

(50) Deben pues, preceder al embargo de bienes, tres citaciones lo mismo que en lo civil, segun Cyn. y Bald. á la l. 1. C. *de requir. reis*, y en cada una de ellas deben señalarse treinta dias de término, como se dispone aquí y en la l. 13. §. 2. C. *de jud.* y V. Salic. á d. l. 1.

(51) Y acerca de si debe espresarse en el pregon ó edicto el motivo porque se ha procedido á embargar los bienes, V. l. 1. D. *de requir. reis* y Gaudin. tratad. *maleficior.* fól. 15. col. 1. donde opina por la afirmativa, y así lo previene tambien d. l. 1. §. 2.

(52) Apruébase aquí la opinion de la Glos. á la l. 1. D. *de requir. reis* contra la de la Glos. á la l. 1. C. de tít. donde dice deber contarse este término de un año desde el dia en que haya llegado á noticia del reo el hecho de haberse publicado los pregones: á menos que al opinar así entendiese d. Glos. hablar, no del dia en que el reo hubiese sabido materialmente que sus bienes estaban pregonados, sino del en que legalmente se le presumia sabedor de ello, segun Salic allí.

(53) En el dia deberá observarse lo dispuesto en la Pragmática de Alcalá. — * d. l. de Nov. Rec.

(54) Añád. ll. 1 y 2. D. y l. 1. C. *de requir. reis.*

(55) Añád. Bald. á la l. 1. bácia el fin C. *de requir. reis.*

(56) Pero ¿ debe entenderse únicamente de los

ra la Camara del Rey, saluo el derecho que su muger ouiere en ellos, o otro quien quier que lo aya. E si por auentura viniesse, ante que cumpliessen estos tres plazos postrimeros, e diesse fiadores para estar a derecho, sobre aquello que era emplazado, deue ser oydo, e cobrar sus bienes (57). Pero por la rebeldia que fizo, puedele el Judgador mandar, peche tanto como es sobredicho de suso en el titulo de los Emplazamientos, que deuen pechar los rebeldes, que non quieren venir al emplazamiento. E esto se entiende, si non mostrasse escusa derecha, por que non pudo venir. E si por auentura acaesciesse, que el que fuesse emplazado, o pregonado, assi como sobredicho es, se muriesse (58), ante que se cumpliesse el plazo de suso dicho; estonce deuen tornar los sus bienes a sus herederos, e non deuen pechar ninguna pena por el finado por razon de la rebeldia. E esto es, porque la muerte destaja los yerros que fizo el finado en su vida, e las penas que deuia sofrir por ello. Fueras ende, si el yerro fuesse de traycion, o de aleue, o otro alguno, de aquellos sobre que pueden acusar al ome, e dañar la fama, maguer sea finado, assi como dize en las leyes deste nuestro libro, que fablan de los Maleficios. Mas seyendo el biuo, si passare el plazo del año sobredicho, e despues (59) viniere el emplazado delante del Judgador, e quisiere entrar en derecho sobre aquello que era acusado, e pregonado, deue ser oydo. E si mostrare prueuas, o escusas derechas, que le ayuden, e la otra parte non prouare contra el, que fizo aquello de que lo auia acusado, estonce deue ser dado por quito de aquel yerro.

bienes muebles? V. Bald. *de pace tenenda et ejus viol.* princ. núm. 23. Y creo que debe entenderse tambien de los inmuebles, segun la l. del fuero; y V. Alber. á la l. 50 D. *de pecul.* donde trata de lo que deberia observarse cuando el reo ó acusado lo fuese por un delito tal, por el que, si se hallase presente, no deberia incurrir en la pena de pérdida de los bienes, en cuyo caso opina que no tendria lugar el embargo de los mismos que se dispone en la presente ley: y V. á Bald. §. *injuriæ* col. últ. *de pace jur. firm.* Pero la adjudicacion al fisco de los bienes embargados no compareciendo el reo dentro del año ¿tendrá lugar en todos los casos sin distincion y sea cual fuere el delito por el que se haya procedido contra el ausente? Parece que nó y que solo deberán los bienes confiscarse cuando se trate crímenes de alguna gravedad, l. 1. princ. C. y l. 1. D. *de requir. reis.* Ang. á d. l. 1. C. lo limitaba todavia mas al caso en que se tratase de algun delito tal que por el hubiese de imponerse al reo, si se hallara presente la misma pena de confiscacion de bienes, y lo propio opinan Salic. allí y Alber. á la l. 50. C. *de pecul.* Mas nuestra ley de Partida dispone, al parecer lo contrario pues que habla sin distincion alguna y dispone lo mismo para toda clase de delitos: y así está tambien establecido en d. Ordenanza de Alcalá; fundándose tal vez en que la confiscacion de bienes se impone en pena de la sola contumacia, é independientemente del delito; V. *Esdræ* lib. 1. cap. vers. 8. Además, la razon de no poderse, por derecho antiguo, proceder al embargo de los bienes mas que por los crímenes graves, era la de no poderse por estos fallar definitivamente, estando ausente el reo, segun las ll. citadas y la l. 6. C. *de accus.* y al contrario tenia lugar el embargo de dichos bienes tratándose de delitos leves, porque por razon de estos podia procederse hasta definitiva, segun Salic. á d. l. 6. col. 3. Mas como por derecho del reino tiene esto último lugar aunque los reos estén ausentes, sin distincion entre delitos graves y leves, y además se impone el embargo de bienes como en pena de la contumacia, á tenor de d. Ordenanza de Alcalá; parece que por cualquier delito deberá observarse lo que aquí se dispone contra los reos ausentes: bien que seria tal vez equitativo que en aquellas causas en las que, hallándose el reo presente, se le deberia imponer una pena menor que la de confiscacion, se le permitiese recobrar los bienes que en su ausencia se le hubiesen embargado, siempre que compareciese y se ofreciese á pagar la pena, siendo esta leve y no de las corporales, aun cuándo no hubiese comparecido durante el año que en esta ley se le concede para purgar la contumacia y conformarse con la pena que le haya sido impuesta: y así lo opina Bald. á d. §. *injuria* col. últ. y d. l. 50. Pero ¿podrá tener lugar en el dia esa confiscacion de los bienes atendido lo que disponen la authent. *bona danmatorum* y la l. 5. tít. 31. Part. 7.? Specul. tít. *de accus.* §. *sequentur* vers. *forte* opina por la negativa, y del mismo parecer es Salic. á d. l. 1. C. *de requir. reis* hácia el fin. Lo contrario, sin embargo pretende Jac. Butr. citado por d. Salic. allí, y Ang. tratado *maleficiorum*, donde dice *et ejus bona publicamus* col. penúlt. y esto creo es lo mas verdadero, y conforme á estas ll. de Part. y á d. ordenanza de Alcalá — * d. l. 1. tít. 37. lib. 12. Nov. Rec. V. nota 137. tít. 1. Part. 7.ª y tambien la l. 5. tít. 31. Part. 7.ª citada aquí por el glosador.

(57) Esto es luego que ha comparecido y prestado la correspondiente fianza, V. Alber. á d. l. 1. D. *de requir. reis.*

(58) Conc. l. últ. hácia el fin. D. y l. 1. C. *de requir. reis.*

(59) Porque siempre debe darse lugar á la defensa, l. 4. y Alber. allí, D. *de requir. reis.*

Pero los bienes que le auian tomado (60) por razon de la rebeldia, non los puede despues cobrar. Fueras ende si el Rey le quisiere fazer bien, e merced, auiendo piedad del.

LEY 8. *Que deuen fazer de los frutos, que salieren de aquello en que el Judgador mandare assentar a alguno, por alguna de las razones que dize en las leyes ante desta.*

Assentado seyendo alguno, por mandado de Judgador, en los bienes de su contendor, por mengua de respuesta, sobre alguna de las razones que diximos en las leyes ante desta; dezimos, que los frutos, e las rentas, que salieren de aquella cosa en que fuere assentado; ante que passen los plazos de suso dichos, deuelos recebir por escrito, e guardar (61), de manera que non se pierdan, nin sean enagenados, nin malmetidos, porque si su contendor viniere a estar a derecho, los pueda cobrar assi como deue. E si por auentura los frutos, que saliessen de tal cosa como esta, fuessen de tal natura, o en tal tiempo cogidos, que entiendiesse que se non podrian bien guardar, deuelos vender (62) con sabiduria de aquel cuya es la cosa, si fuesse en el logar, e si non, con otorgamiento del Judgador. E el precio que dellos recibiere, deuelo guardar, fasta que passen (63) los plazos, assi como sobredicho es.

TITULO IX.

QUANDO DEUEN METER LA COSA SOBRE QUE CONTIENDEN EN MANO DEL FIEL.

Muchas vegadas acontece, que despues que los demandadores han fecho emplazar a los demandados, ante que les fagan sus demandas, piden a los Judgadores, que aquellas cosas que quieren demandar, sean puestas en manos de omes fieles, porque sospechan contra aquellos que las tienen, que las malmeteran, o que las encubriran, o las traspornan, de guisa que non parescan. E los otros a quien quieren fazer las demandas, dizen que non lo deuen fazer (1), e contienden las partes mucho a menudo sobre esta razon. Onde Nos, por sabor que auemos de destajar las contiendas, que podrian ende nascer, queremos mostrar en este titulo, por quales razones deue ser puesta la cosa, sobre que contienden, en mano de fiel. E quales deuen ser los fieles, que la han de tener. E fasta quanto tiempo deuen tener las cosas, que les dieren en fieldad.

(60) Esto es aquellos de que el fisco se hubiese ya emposesionado, V. Gaud. d. tratad. fól. 15. col. 1.

(61) Conc. l. 7. princ. D. *quib. ex caus. in posess. eat.* y l. 9. D. *de bon. auctor. jud. possid.* y cap. 2. con la Glos. *de sequestr. poss. et fruct.*

(62) Añád. l. 8. § 1. y Bart. allí *de bon. auctor. jud. possid.*

(63) Y pasado el año, sin que durante él haya el reo comparecido, hará el demandante suyos no solo los frutos que desde entónces produjere la cosa, sino tambien los percibidos, y entregados al mismo, como en secuestro, durante el plazo referido, Glos. al cap. 2. *de sequestr. poss. et fruct.* y Abb. al cap. *quoniam frequenter*, § *in aliis*, notab. 4. *ut lit. non contest.*

(1) Y en favor de estos está la regla genaral: pues, por lo comun está prohibido por todos los derechos el secuestro de las cosas muebles ó inmuebles, corporales, incorporales, espirituales ó profanas, Juan Andr. y los DD. despues de la Glos. al cap. *examinata, de judic.* Glos. y estensamente Abb. al cap. 2. *de sequestr. posess. et fruct.* Bald. y Salic. á la l. 1. C. *de prohib. sequestr. pecun.* siendo la razon de esto, el que es muy ventajosa la posicion del que posee, § 4. vers. *commodum*, *Instit.*, *de interdict.* y de aquella ventaja á nadie debe privarse sin justo y especial motivo, cap. 1. *lite pendent.* cap. 1. *de sequestr. poss. et fruct.* cap. *volumus* 16. quest. 4. Puede, empero, la parte, á quien interese, pedir que se describan ó inventarien las cosas ó bienes litigiosos; para que, constando su número ó cuantía, sea despues mas fácil la prueba, Bart. y Salic. á d. l. 1. text. notab. y el mismo Bart. á la l. 1. § 26 D. *de ventr. in poss. mitt.* y este medio tiene la ventaja de prevenir y evitar toda malicia ú ocultacion, sin privar de la posesion al que la obtiene legitimamente, Ang. á la l. 21. § últ. D. *de appell.*, debiendo advertirse aquí que, segun observa Bald. á d. l. 1., hasta el tutor nombrado en testamento, á quien el testador hubiere dispensado de hacer inventario, debe sujetarse, sin embargo, á que se describan los bienes de la tutela, á fin de facilitar la prueba y evitar toda dilapidacion, V. l. 1. § 4. D. *usufruct. quemádm. cav.* Y del mismo modo siempre que se intenta una peticion de herencia, debe procederse, á instancia del actor, á inventariar los bienes reclamados, á menos que esto no pueda hacerse sin grande incomodidad del poseedor, Luc. de Penn. despues de Andr. de Bart. á la l. 7. C. *de jure fisc.* donde trata tambien de la descripcion ó inventario de los bienes, cuando estos se pregonan en méritos de una causa criminal.

LEY 1. *Por quantas razones pueden ser puestas las cosas que otri tenga, en mano de Fiel, e quales deuen ser los Fieles.*

Seis razones señaladas son, e non mas (2), por que la cosa sobre que nasce contienda entre el demandador, e el demandado, deue ser puesta en fieldad, a que dizen en latin sequestratio. La primera es, por auenencia (3) de ambas las partes. E estonce aquel en cuya mano pusieren la cosa en fieldad, deuela guardar (4), e dar, en la manera (5) en que le fue comendada. La segunda es, quando la cosa sobre que es la contienda, es mueble, el demandado es persona (6) sospechosa, e temense del que la trasporna, o la empeorara, o la malmetera. La tercera es, quando fuesse contienda sobre alguna cosa en juyzio, e diessen sentencia (7) difinitiva contra aquel que la tiene, e se alçasse della. Ca luego deue ser de sapoderado de aquella cosa, si fuere ome de quien ayan sospecha, que la malmetera, o desgastara (8) los frutos della. E el Judgador deuela meter en mano de fiel, que la guarde, e recabde los frutos, e las rentas della, fasta que el Judgador del alçada aya librado el pleyto, e mande por juyzio, a quien deue ser entregada aquella

(2) Obsérvese que, si bien en la Glos. al cap. 2. *de sequestr. posess. et fruct.* se enumeran hasta once casos en los que debe procederse al secuestro, á los cuales Abb. allí añade todavía otros; pero todos ellos, en último resultado, pueden reducirse á los seis espresados aquí en nuestra ley.

(3) Conc. l. 39. D. *de adquir. vel amitt. posess.* l. 17 D. *de pos.* l. 110 D. *de verb. signif.* Y en el caso de practicarse el sequestro por avenencia de las partes, pierden estas la posesion y la adquiere el secuestrador, segun la Glos. y Bart. á d. l. 39. lo que no tiene lugar, cuando el sequestro se provee por el Juez, en cuyo caso conserva la posesion el que la tenia, pues no se presume, á menos de espresarse así directamente, que el juez haya querido privarle de ella, como dice Bart. en el lugar citado, y esta es la comun opinion de los DD. allí y á la l. 9. § 3. D. *de dolo* y al cap. 2. *de sequestr. poss. et fruct.* El secuestrador nombrado por las partes puede percibir de las mismas el salario que le hayan señalado, Glos. á d. l. 9. § 3. y Ang. á d. l. 39. Mas ¿podrá asimismo percibirlo el que haya sido nombrado, no voluntariamente por los interesados, sino por el juez? V. Ang. y Bald. á d. l. 9. § 3.

(4) El secuestrador, pues, es el encargado de custodiar la cosa, quien percibe los frutos de la misma, y ejercita las acciones útiles que competirian al poseedor. l. 5. § 1. D. *ut legat. seu fideicom. serv. caus. cav.* y Inoc. y los DD. al cap. *examinata, de judic.* El mismo Inocenc. allí, fundándose en el cap. *consultationibus de jur. patron.*, dice que, cuando se hubiere puesto en secuestro un derecho de patronato, el secuestrador será quien deberá presentar: y aunque Abb. en el lugar citado col. 5. combate aquella opinion, pero la sostienen Felin. al cap. *cum Bertoldus*, hácia el fin, *de re judic.* á quien puede verse, y Roch., citando á otros varios, en su tratado *de jure patron.* vers. *ipse vel is* quest. 32. y Juan de Imol. á d. cap. *examinata.*

(5) Porque el secuestrador nombrado por las partes no tiene mas facultades que las que aquellas voluntariamente le han conferido, l. 6 D. *depos.* Arch. al cap. *quia res* 11. quest. 1. col. 3. y añad. l. 9. § 3. D. *de dolo.*

(6) Conc. l. 7. § últ. D. *qui satid. cog.* y lo mismo deberia practicarse con los frutos de las cosas inmuebles por la propia razon de equidad, segun Archid. á d. cap. *quia res* col. penúlt. 11. quest. 1. el cual añade, que siempre deberia preceder algun conocimiento de causa, como lo prueba d. § últ. l. 7. podria, empero, hacerse sin previa citacion, cuando se temiese la fuga del demandado, segun Bald. en el lugar citado; debiendo entenderse que queda siempre al arbitrio del juez el calificar y declarar si el demandado es ó no persona sospechosa, para el efecto de proveer el secuestro de la cosa reclamada, d. § últ. y los DD. allí.

(7) Conc. l. 21. § últ. D. *de appell.* y cap. últ. *de sequestr. poss.* y V. Clement. 1. *de sequestr. poss. et fruct.*

(8) Y así se tendrá, por sospechoso al que hubiere apelado de la sentencia, por el mero hecho de consumir los frutos en utilidad propia, V. l. 5. D. *de petit. hœred.* y la Glos. allí y Ang. á la l. 21. § últ. D. *de appell.* pues, en opinion de Bald. y Ludov. Roman. á la l. 47. D. *de adquir. hœred.*; el utilizarse de los frutos es un motivo tan justo para proveer el secuestro, como el dilapidarlos. Al contrario Juan de Ana. á d. § últ. y Cardin. al cap últ. *de sequestr. poss. et fruct.* pretenden que solo en caso de verdadera dilapidacion puede tener lugar el secuestro: y V. á Abb. allí donde trata de conciliar aquellas encontradas opiniones, y de fijar los casos en que puede decirse propiamente que se dilapidan los frutos; y de la distincion que á los mismos aplica puede colegirse la diferencia que hay entre el secuestro que se provee, por sospecha de dilapidacion, en primera instancia y luego de propuesta la demanda, y el que se provee por haber el convenido interpuesto apelacion de la sentencia definitiva, en que ha sido condenado. Mas ¿deberá procederse asimismo al secuestro, cuando el demandado, habiendo obtenido sentencia favora-

con sus frutos. La quarta es, quando algun marido de alguna muger fuesse de mal recabdo, e gastador de sus bienes, de manera que comencasse ya de venir a pobreza. Ca estonce bien puede pedir su muger al Judgador que su dote, e los bienes que pertenecen a ella, que los tome de poderio de su marido, e los entregue a ella, o los meta en mano de fiel (9), que los guarde por ella. E los frutos que salieren de aquellos bienes, que los de a el, o a ella para su gouierno, e el Judgador deuelo fazer. La quinta cosa es (10), quando algun ome o muger, que ouiesse dos fijos, non se acordando del vno dellos, ni faziendo mencion del a su finamiento, otorgasse todos sus bienes al otro, dexandolo su heredero en todo; o si se acordasse del, e lo deseredasse sin derecho. Ca tal fijo como este bien puede demandar a su hermano, la parte que deuia auer de los bienes de su padre, o de su madre; queriendo el meter a particion con su hermano, todas las ganancias que fizo con los bienes de aquel su padre, o su madre. E si fuesse muger, que meta otrosi a particion la dote quel fue dada a su casamiento, o que la descuente en la su parte de aquellos bienes que quiere heredar. E que de fiadores al otro hermano, que todas estas cosas aduzira a particion bien e lealmente, e que non fara y ningun engaño. E faziendo esto, deue venir con su hermano a particion de los bienes. E si esto non quisiesse fazer (11), deue ser metida toda la su parte, de los bienes que el deuia heredar, en mano de fiel, que guarde, e recabde los frutos della. E deuele ser dado plazo del Judgador a que faga todas estas cosas. E si fasta aquel plazo las cumpliere, deue el Judgador mandarle dar, e entregar toda su parte, con los frutos que della salieron. E si non, deuelo todo mandar tornar al otro su hermano, que fue establescido por heredero de aquellos bienes. La sesta cosa (12) es, quando alguno que fuesse en poderio de otri, como por sieruo, mouiesse pleyto en juyzio contra aquel que lo touiesse, e fuesse dada (13) sentencia por el, que era libre. E despues desso acaeciesse contienda entre ellos, sobre los bienes que fueron fallados en poder de aquel que lo tenia por sieruo, e aquel que era como por su señor, dixesse que aquellos bienes eran suyos, e que gelos diesse, como a ome que tenia por su sieruo; e el otro negasse, e dixesse que eran suyos, que los ganara el mismo de otra parte. Ca en tal razon como esta dezimos, que estos bienes deuen ser metidos en mano de fiel, fasta que sepan verdad de cuyos deuen ser. Otrosi dezimos, que los omes (14) en cuya mano mandan los Judga-

ble en primera instancia, y sucumbido en la segunda hubiere suplicado de la sentencia de vista? V. Juan Andr. adic. al Specul. tít. *de sequestr. poss. et fruct.* en la rúbrica, donde resuelve la cuestion por la negativa; porque, en aquel caso, dice, cada uno de los litigantes tiene una sentencia en su favor, y por consiguiente iguales presunciones, y en este mismo sentido limita lo dispuesto aquí en nuestra ley de partida d. Clement. 1. *de sequestr. poss. et fruct.*

(9) Conc. l. 22 § 8. D. *solut. matr.* cap. 7 *de donat. int. vir. et uxor.* y l. 29. tít. 11, Part. 4.

(10) Conc. l. 1. § 9. y l. 8. D. *de collat. bonorum* cuyos textos vienen aclarados por esta nuestra ley.

(11) ¿Que deberia decirse, empero, cuando el hermano de quien se habla aquí, por ser pobre, no pudiese afianzar? V. d. l. 1. §. 9. vers. *quod si per inopiam* D. *de collat.*

(12) Conc. l. últ. C. *quib. ad. libert. proclam. non licet.*

(13) Y antes que fuese dada sentencia ¿deberia tambien proveerse el secuestro? Así lo opina Salic. á d. l. últ. C. *quib. ad lib. prov. non lic.* Pero esto deberia entenderse únicamente en el caso de que se hubiese promovido el pleito por uno que, siendo tenido y reputado por esclavo, pidiera que se le declarase libre, y hubiese cuestion sobre si las cosas litijiosas eran de propiedad del dueño ó del esclavo. Mas si se hubiese puesto demanda pidiendo que se declarase esclavo á uno que estuviese en posesion de su libertad, no procederia entónces el secuestro, antes deberian permanecer las cosas ó bienes en poder del demandado, prestando este la caucion fidejusoria, ó en caso de no poder prestarla, la juratoria, segun la l. 1. §. 2. C. *de assert. toll.*

(14) Segun esto podrá el juez nombrar varios secuestradores para una misma cosa, y así se infiere tambien de la ley proxima sig., contra la opinion de Juan Andr. en sus adiciones á Specul. rubr. del tít. *de sequestr. poss. et fruct.* donde pretende que para una cosa litijiosa no puede nombrarse mas que un secuestrador, fundándose en las palabras de la Clement. 1. d. tít. *Apud aliquam personam idoneam*: pero en d. texto se habla de un caso muy especial, esto es, del secuestro de un beneficio, para cuyo buen régimen y administracion convendria talvez que se nombrase un solo secuestrador. —* No nos parece muy lógica la consecuencia que el glosador infiere de las palabras de esta ley y de las de la proxima sig.; esto es, la de poderse nombrar varios secuestradores para una misma cosa, porque al espresar las calidades que deben tener las personas que se nombren para aquel cargo,

dores poner la cosa en fieldad, que deuen ser omes buenos (15), e leales, e abonados en la tierra; de manera que sean sin sospecha, que non traspornan la cosa, nin la malmeteran, nin faran en ella engaño.

LEY 2. *Quanto tiempo deue el ome tener la cosa que le dieren en fieldad.*

Tanto tiempo (16) deuen tener los fieles, la cosa sobre que es la contienda, en su poder, quanto touieren por bien los Juezes (17) que gelo mandaron encomendar, o quanto pusieron las partes, a la sazon que la cosa pusieron en fieldad. E tal tiempo como este nin faze pro, nin tiene daño, a ninguna de las partes, para poderla ganar (18), ni perder por tiempo. Fueras ende, si señaladamente fuesse otorgada, e puesta de ambas las partes, a la sazon que la pusieron en mano de fiel, que aquel tiempo que estuuiesse assi, que se aprouechasse della alguna de las partes. Ca estonce aquel tiempo que assi passasse, se tornaria en pro de alguno dellos, segund el pleyto, o la postura que ouiessen otorgado entre si.

TITULO X.

COMO SE DEUEN COMENÇAR LOS PLEYTOS POR DEMANDA, E POR RESPUESTA.

Obedientes son a las vegadas los demandados, en venir ante el Juez que los emplazo, para responder a la demanda de aquel que los fizo emplazar. E pues que de suso fablamos de los Emplazamientos, e de los Assentamientos que se fazen en los bienes de los rebeldes, que non quieren venir

dice esta ley *los omes en cuya mano mandan los Judgadores poner la cosa en fieldad*; y porque la siguiente usa la palabra *fieles* en plural. En cada uno de los casos en que, previene la presente ley que debe proveerse el secuestro. lo dispone así, hablando en singular:=*aquel en cuya mano pusieren la cosa=é el judgador deuela meter en mano de fiel=ó los meta en mano de fiel que los guarde=deue ser metida toda la su parte en mano de fiel=estos bienes deuen ser metidos en mano de fiel*=y cuando la ley, al ordenar el secuestro, habla siempre de una sola persona, creemos ser muy violenta y aventurada interpretacion la de que haya querido permitir se nombrasen muchos secuestraderes para una sola cosa, porque ha hablado en plural, al establecer las calidades que deben reunir los que se nombren para dicho cargo y el tiempo que deben permanecer en poder de *los mismos* las cosas secuestradas. Mas bien, en nuestro concepto, deberia concluirse lo contrario del literal contexto de esta ley, si no nos pareciera mas probable que, al redactarla, no se tuvo formal intencion de coartar en esta parte las facultades del juez, quien podrá nombrar uno ó mas secuestradores, segun lo exijan las circunstancias de la cosa secuestrada y las atenciones y cuidados que reclame la administracion de la misma: sin que pueda, empero, nombrarlos en mayor número que el precisamente necesario, aunque sean muchas las cosas secuestradas, siendo estas muebles, ó inmuebles pero situadas en un mismo territorio, en cuyos casos, por punto general, seria evidentemente inútil nombrar mas de un secuestrador.

(15) Entiendase lo dicho aquí para el caso en que se haya proveido el depósito ó secuestro juicial, para el que deberá el Juez nombrar las personas que sean idóneas á tenor de lo prevenido en esta ley. Pero para el secuestro voluntario ó extrajudicial podrán las partes elegir á quien mejor les pareciere, l. 5. D. *de admin. tut.* l. 13. D. *negot. gestar.* y Bald á la l. 19. col. l. C. *de usur.* Pero ¿ podrá el juez compeler á los que haya nombrado y obligarles á que acepten el cargo de secuestradores ? Ang. y Paul. de Castr. fundados en la l. últ. C. *de bon. auctor. jud. poss.* opinan por la negativa: y del mismo parecer es Jason á la l. 7. § últ. D. *qui satisd. esg.* col. 1. y Bart. á la l. 20. C. *de agricol. et censit.* Sin embargo, podria el juez, por justa causa, obligar á alguno á desempeñar el cargo de secuestrador mientras por razon de él no debiesen hacerse adelantos ó desembolsos, Bald. á la l. 1. princ. D. *ubi pupill. educ. deb.* Y sobre si podrá proveerse el secuestro en poder del mismo juez, V. d. l. 7. § últ. cuyo texto parece probar la afirmativa y Glos. notab. á la l. 16. vers. *deponatur.* D. *de offic. præsid.*—*Parécenos que debe considerarse prohibido á los jueces el nombrarse á si mismos depositarios ó secuestradores por igual ó mayor razon que lo está el que se nombre para dicho cargo á los escribanos de las causas, en meritos de las cuales se provee el depósito ó secuestro, l. 1. y siguientes tít. 26. lib. 11. Nov. Recop.

(16) Añád. l. 5. §. 2. vers. *contra legem. depositionis* D. *depos.* y l. 9. §. 3. D. *de dol.* y no pueden los secuestradores dimitir el cargo sino por justa causa y con intervencion del juez, d. l. 5 § 2. y Bald. á la rubr. D. *depos.* hacia el fin.

(17) Solo, pues, por mandato del juez deben los secuestradores entregar la cosa secuestrada, como se indica aquí y lo anota Bald. á la l. últ. hácia el fin C. *de bon auctor. jud. poss.*

(18) Añád. l. 39. D. *de adquir. posess.* y l. 17. D. *depos.*

ante los Judgadores que los emplazaron, para responder a los que les demandan, e entrar en su pleyto; queremos agora aqui dezir, en que manera, e por que palabras se deuen començar los pleytos por demanda, e por respuesta, entre aquellos que son obedientes, e vienen ante ellos. E primeramente mostraremos, que preguntas (1) son aquellas que la vna de las partes puede fazer a la otra en juyzio, ante que el pleyto se comience por demanda, e por respuesta. E de si, como, e por que palabras se deuen començar los pleytos a razonar. E qual demanda deue andar adelante, quando muchas acaecieren en vno. E quales demandas non deuen ser cabidas. E sobre todo mostraremos, que fuerça ha el pleyto, despues que en juyzio fuere començado por demanda, e por respuesta.

LEY 1. *De las preguntas que pueden fazer al demandador, e al demandado, ante que se comiençe el pleyto por demanda, e por respuesta.*

Ciertas (2) preguntas son las que puede fazer el demandador, sobre la cosa que quiere fazer su demanda, ante que el pleyto se comiençe. E son de tal natura, que si el demandador non las fiziesse en aquel tiempo, e otrosi el demandado non respondiesse a ellas, que non podrian despues yr adelante por el pleyto ciertamente. E esto seria, quando alguno mouiesse pleyto contra otro, assi como contra heredero de algun finado, queriendole demandar alguna cosa que el finado le deuia. Ca primeramente le deuen preguntar al demandado, si es heredero (3) de los bienes de

(1) En el título del *Digesto de interrog. act.* se trata tambien de esas preguntas, que hoy han dejado de estar en uso, segun Specul. tít. *de interrog. quæ finunt ante lit. contest.* col. 2. y se da lugar á ellas aun despues de contestado el pleito, como dice Alber. á la l. 1. D. d. tít. hácia el fin. Y el que se manifestare contumaz á contestar semejantes preguntas se considera que las ha negado, l. 11. § 4 D. d. tít. y V. Bald. á la l. unic. col. 19. C. *de confes.* Acerca lo que debe practicarse con las posiciones ó preguntas que se hacen despues de contestado el pleito, V. hoy la l. 1 tít. 4 lib. 3. Ordenam. Real, y cap. 15 Ordenanzas de Madrid [l. 4 tít. 9 lib. 11. Nov. Recop.] y tambien sobre este particular puede verse la Glos. y Abb. col. 4. cap. pen. *de juram. calumn.* pudiendo hacerse las referidos preguntas de viva voz y sin necesidad de escritura, Bald. á la l. 9. C. *de jur. delib.* —* Las preguntas hechas por una parte á la otra antes de comenzarse el pleito por demanda y respuesta han caido efectivamente en desuso, como *advierte* aquí el Glosador; y creemos que tales como se admitian en la antigua practica y segun las entendian nuestras leyes de Partida y las del Digesto tít. *de interrog.* no dejaban de tener alguna utilidad. En el dia solo vemos que se acostumbra hacerlas, cuando antes de proponer la demanda principal, se trata de preparar la solicitud de embargo provisional, siendo el deudor sospechoso ó temiendose su fuga, en cuyo caso es necesario acreditar sumariamente la existencia de la deuda por informacion de testigos ó por confesion del demandado; l. 66 de Toro ó l. 5 tít. 11. lib. 10 N. R. y tambien cuando para poner una demanda no se tiene otro título que un vale privado y se provoca el reconocimiento ó confesion del deudor por medio de una posicion, para poder demandarle ejecutivamente, lo cual, respecto de las causas ó negocios de comercio, se halla espresamente autorizado por el art. 313. de la ley de enjuiciamiento de 24 Julio de 1830.

(2) Conc. ll. 1. 2. 3. y siguientes D. *de interrog.* y sobre si el que se halla requirido para contestar puede pedir un término para deliberar antes de verificarlo, V. l. 5 D. d. tít. que previene deberse le conceder, y V. Alber. á la l. 11. tít. 11. de esta Partida; y por lo que dicen el citado Alber. y Bald. á la l. 12. C. *de contrahend. et commit. stipul.* puede entenderse limitado lo dispuesto por d. l. de Madrid [l. 2. d. tít. 9. lib. 11. N. R.] que prohibe el que se dé término para deliberar á la parte que hubiere de contestar posiciones. —* No debe empero, entenderse ni se entiende en la practica tan estrictamente aquella prohibicion, que no se le conceda al que ha de contestar á una posicion todo el tiempo necesario para deliberar, mientras para hacerlo no se separe de la presencia judicial, que es lo que la ley habrá querido prevenir al denegar toda concesion de término; porque, durante él, instruida ya la parte de la posicion ó posiciones, podria aconsejarse sobre la respuesta que le conviniese dar, infringiendo así la ley que exije la contestacion clara y categórica y dada *sin consejo de Letrado.*

(3) Porque muchas veces hay grande dificultad en probar que alguno ha adido una herencia, l. 3. D. *de interrog. in jur. fac.* —* Y precisamente en este y otros semejantes casos, conceptuamos, como hemos dicho, muy conveniente la antigua practica no derogada, aunque caida en desuso, de preparar el juicio con ciertas preguntas antes de proponer la demanda. Si al que no está bien cierto de la identidad de la cosa que trata de pedir, se le concede la accion *ad exhibendum*, ¿porque no se ha de conceder igual

aquel finado, en cuyo nome le fazen la demanda. E si respondiere que lo es, deue fazer otra pregunta: si es heredero en todos aquellos bienes, o en alguna partida de ellos (4). E sobre todo le deuen preguntar, por que razon hereda aquellos bienes. E el otro es tenudo de responder (5), que los hereda, porque el finado gelos dexó en su testamento, a el, o a su sieruo; o sin testamento, por razon de parentesco. Ca de otra manera non podria fazer el demandador en saluo su demanda, assi como a heredero. E esso mismo dezimos, que deue ciertamente responder el demandador al demandado, quando el quisiere fazer su demanda, razonandose por heredero de otri; quier la faga en demandar la heredad toda, o alguna partida della, o debda que deuiessen al finado. Otrosi dezimos (6), que quando algun sieruo, o bestia de otri fiziesse daño en los bienes de alguno, que ante que demanden emienda de aquel daño, deuen preguntar a aquel que quiere defender el sieruo, o la bestia, si son suyos, o si estan en su poder. Ca si en su poder non fuessen non seria tenudo de fazer emienda por ellos. Fueras ende, si engañosamemnte los ouiesse tras puesto. Esso mismo (7) dezimos, quando alguno se teme de daño que le podria venir de las casas de su vezino, que se quieren caer, si le aduxere antel Judgador, pidiendole que le faga derribar aquella casa, o que le de recabdo, de le emendar todo el daño que le podria venir por razon dellas, si cayessen. E ante que esta demanda fagan, deuen preguntar al demandado, si es tenedor dellas, o non; o si son suyas en todo, o si ha parte en ellas. Otrosi dezimos, que si el fijo, o el sieruo de alguno, fiziere alguna debda en razon de mercaduria, o de alguna tienda que ellos touiessen para ganar, vendiendo, o comprando en ella; que si sobre esto le quisieren fazer demanda al padre, o al señor, por razon del fijo, o del sieruo, que le deuen ante preguntar al señor, si es tenedor del pegujar (8), e de las cosas que el fijo, o el sieruo solian auer en razon de aquella mercaderia. E si respondieren que si, pueden despues en saluo fazer su demanda contra el. Otrosi pueden preguntar al demandado, ante que le fagan la principal demanda, si es de edad (9) cumplida, para poder estar en juyzio. E si respondiere (10) que si, pueden andar adelante por su pleyto; e si dixere que non es de edad, non han por que fazer la demanda, a menos de estar el Guardador delante (11). Pero tal pregunta como esta non la deuen fazer, si non quando dubda acaeciere en la edad del demandado. Otrosi dezimos, que quando alguno quisiere demandar a otro alguna cosa, razonando que es suya, que ante que faga esta demanda en juyzio, deue

derecho de provocar la confesion ó reconocimiento de la parte á quien se trata de convenir, acerca la calidad de heredero ú otra en la cual se la quiere llamar á juicio? Si interrogado acerca de ella la confiesa de buena fé ¡cuantas y cuan costosas dilijencias, cuantas cavilaciones se evitan para lo sucesivo! Si la niega, ó bien la habrá negado falsamente y entónces al actor le incumbirá él averiguarlo y probarlo; ó bien lo habrá negado tambien de buena fé, y entónces podrá el que trataba de demandarle informarse mejor y hacer las oportunas dilijencias, antes de engolfarse en un juicio que podria serle inútil.

(4) A fin de que el actor ignorando la parte de herencia que posee el que trata de convenir y creyendolo heredero universal no incurra en el vicio de pluspeticion y no sienta los consiguientes perjuicios, l. 1. princ. D. *de interrog.*

(5) Añád. l 9. § 6 D. *de interrog.* En algunos casos, empero, no hay obligacion de responder; como si á aquél, á quien se pregunta si es heredero, se le ha movido de otra parte cuestion sobre la misma herencia, l. 6. § 1 D. d. tít. ó si, al hacerse la pregunta, constare que ningun interes tiene el que la hace en que se conteste á la misma, d. l. 9. §. 6. y Bald. allí, segunda lectura: Si el convenido responde simplemente ser heredero, sin espresar por que parte, se reputa que lo es universal, á menos que resulte lo contrario de su contestacion, l. 9. § 5. D. d. tít. y si confiesa que es heredero, sin serlo, se procede contra él, en calidad de tal, l. 11. §§. 1. y 2. d. tít. á no ser que lo haya confesado por error, ó que por otra justa causa se le conceda la restitucion, segun dd. §§. 1. y 2. y §. 8. y 10. de la misma l. y V. l. proxim. sig.

(6) Añád. ll. 7. y siguientes D. *de interrog.*

(7) Añád. l. 10. D. d. tít.

(8) Añád. l. 9. § últ. vers. *si defensor* D. d. tít.

(9) Añád. l. 11. princ. D. d. tít.

(10) V. ll. 1. 2. y 3. C. *si minor se major. dix.* y l. 6 tít. últ. Part. 6.

(11) Nótese, empero, que debe todo litigante procurar no seguir el juicio con el curador de su adversario, si cree que este se halla ya constituido en la mayor edad; pues con esto le daria ocasion para pedir despues la restitucion por entero, Bald. despues de la Glos. á la l. 2. § 2. col. 3. C. *de jur propt. calum*: Si bien, probandose despues la mayor edad, ya no tendria lugar la restitucion, por constar entónces la nulidad del nombramiento de curador, Bald. en el lug. cit.

preguntar al demandado, si es tenedor (12) de aquella cosa, o non. E si dixere que es tenedor della en todo, o en parte, abonda esta respuesta. E non ha por que dezir, la razon por que la tiene; assi como de suso mostramos en el Titulo de los Demandados. E sobre todo esto dezimos, que el Judgador (13) puede fazer otras preguntas en el pleyto al demandador, e al demandado, en qualquier tiempo, fasta que el de el juyzio acabado entrellos; veyendo, e entendiendo alguna razon derecha, por que lo deua fazer. E mayormente, quando entendiere que por aquella pregunta puede saber mas ayna la verdad del pleyto.

LEY 2. *Quando el demandado se puede arrepentir de la respuesta que fizo, a la pregunta que le fue fecha, ante que entrasse en Juyzio.*

Señaladas preguntas pueden ser fechas a las partes en juyzio, ante que el pleyto principal se comience por demanda, e por respuesta; assi como diximos en la ley ante desta. E porque a las vegadas se arrepienten de lo que respondieron, queremos aqui departir, quando lo pueden fazer. E dezimos, que si el demandador, o el demandado, otorgare antel Judgador alguna de las cosas que de suso diximos, si despues se arrepintiere (14) de lo que respondio, ante quel pleyto principal sea començado por demanda, e por respuesta; que lo puede reuocar (15), si quisiere, (*a*) assi como mostramos en el Titulo del Demandado, en las leyes (16) que fablan en esta razon. Mas si respondiere alguna de las partes, despues que el pleyto fuere començado, sobre pregunta que le fiziessen, non la puede despues reuocar. Fueras ende, si dixesse que la fiziera por yerro, en la manera que dize en el Titulo de las Preguntas, e de las Conocencias, que fazen a alguna de las partes, despues que el pleyto es començado por demanda, e por respuesta.

LEY 3. *Como se deuen comenzar los pleytos por demanda, e por respuesta.*

Començamiento (17), e rayz de todo pleyto sobre que deue ser dado Juyzio, es quando entran en el por demanda, e por respuesta, delante del Judgador. E esto se deue fazer en esta manera, mostrando el demandador su demanda por palabra, o por escrito, segun diximos de suso, en las leyes que fablan de los demandadores, e de los demandados. E respondiendo el demandado a aquella demanda llanamente, si (18), o non (19).

(*a*) salvo que non venga ende daño a la otra parte con quien ha el pleito assi como Acad.

(12) V. l. 20. §. 1. D. *de interrog.*

(13) Añád. l. 21. D. d. tít.

(14) Añád. l. 11. §. 12. D. d. tít.

(15) Esto es, aun cuando no conste que ha confesado por error, mientras con dicha confesion no haya causado al actor perjuicio alguno, segun d. l. 11. § 12. D. *de interrog.* y Abber. citando á la Glos. allí, y ll. 2. y 3. tít. 3. de esta Partida que se refieren á la presente. Y si no le hubiere causado otro perjuicio que el de las costas originadas de la confesion, tambien podrá retractarse de ella, abonandolas préviamente, segun Alber. á d. l. 11. § 12. y Glos. al cap. *cum cessante, de appell.*

(16) V. ll. 2. y 3. tít. 3. de esta Partida.

(17) Añád. cap. 27. §. 1. *de offic. deleg.* cap. 30. *de verb. signif.* l. 6 D. *de jurisd. omnun. jud.* y como dice Bald. al cap. unic. col. 1. *de lit. contest.* es la litis-contestacion la piedra angular y la base de todo el juicio.

(18) De donde se infiere que con sola la confesion se tiene por contestado el pleito, segun la Glos. á la l. 1 C. *de lit. contest.* contra la opinion de Cyno y de los ultramontanos que es desechada por esta nuestra ley, y V. sobre el particular á Abb. al cap. unic. col. 6. d. tít. —*Conc. la l. 1. tít. 6. lib. 11. Nov. Recop. que tambien declara poderse contestar la demanda, confesando ó negando: y señala para ello el término de nueve dias continuos, con apercibimiento de ser tenido por confeso el convenido, sino lo verifica dentro del plazo referido, en el cual se cuentan tambien los dias feriados, l. 3. d. tít. y no puede prorogarse mas que por tres dias, si la parte lo pidiere para poder buscar abogado que la defienda, l. 2. d. tít. ó por alguna de las justas causas indicadas en la l. 12. tít. 4. d. lib. 11. y V. la regla 2ª. art. 48. Reglam. prov. para la admin. de just. La citada l. 1. tít. 6 no declara cuando han de empezar á contarse los nueve dias que concede para contestar la demanda; mas segun lo dispuesto en la l. 1. tít. 7. del mismo lib. empezará á correr dicho término despues del último dia concedido para comparecer en el cartel de emplazamiento; y así se observa en la practica, bien que abusivamente se haya pretendido por algunos no deber contarse dichos nueve dias, sino desde el en que, habiendo comparecido el reó, se le hubieren comunicado los autos para enterarse de la demanda.

(19) La sola negacion, pues, es bastante como la confesion, para que se tenga por contestado el pleito; aunque no añada espresamente

el convenido que no debe accederse á lo pedido en la demanda V. Specul. §. 1. vers. *quid si reus* tít. *de lit. contest.* Alber. á d. l. unic. C. d. tít. y lo prueba además esta nuestra ley, con lo que añáde hacia el fin *Otrosi...* y al concluir: *En cualquier destas maneras....* Pero al que esté dudando acerca el contenido de la demanda ¿podrá obligarsele á contestarla? Bald. al cap. unic. *si de feud. vasall. interpell. fuerit* inclínase á la negativa, fundándoseen la l. 3. § 6. D. *de lib. hom. exhib.* á menos que se le hubiere concedido un nuevo término para deliberar, authent. *offeratur*, C. *de lit. contest.* finido el cual si no hubiese podido todavia decidirse, podria contestar diciendo, no creer ó no presumir cierto lo que se espusiera en la demanda; V. allí. Hoy, empero, atendida la l. 1. tít. 3. lib. 3. del *Ordenam. de Alcalá* [d. l. 1. tít. 6 lib. 11. N. R.] no tendria lugar lo que pretende Bald. sino que siempre se obligaria al convenido á contestar confesando ó negando. Con todo, si despues de contestado ya el pleito, apareciere que el convenido no habia confesado ni negado al dar la contestacion, no por eso se anularia el proceso, sino que deberia presumirse confesada ó negada la demanda, segun los términos en que el reo se hubiese defendido en el decurso del juicio, Bart. y Jas. á la l. 30 hácia el fin D. *de verb. oblig.* Y aun, atenor de la citada l. del *Ordenam.* parece que ni siquiera podrá hoy compelerse al convenido á que conteste materialmente la demanda, supuesto que, segun d. l. se tiene por confeso al contumaz, de donde se infiere que tan solo habrá lugar á declarar incurso en aquella pena, al que dentro el término legal no hubiere contestado. Mas si la causa fuere criminal, en cuyo caso no es aplicable dicha pena, ni se tiene por confeso al contumaz, Bald. á la l. 1. col. 2. C. *quom. et quand. jud.* ó si conviniere al actor que se conteste directamente á la demanda, ¿podrá entónces obligarse al convenido á contestarla? Alber. á la l. 1. C. *de lit. contest.* propone esta cuestion, y la resuelve por la afirmativa, añadiendo que por la contumacia del reo puede declararse el pleito por contestado. Lo contrario, empero, sostiene Jacob. de Arét. fundándose en que, para haber verdadera contestacion, es necesario que la haya habido materialmente y con palabras, segun esta nuestra ley, y d. l. unic. y l. 14 § 1. C. *de jud.* Así dice Bald. á la authent. *qui semel* col. últ. y á la l. 2. col. 4. C. *sentent rescind. non poss.* que en lo criminal puede obligarse al reo á que conteste materialmente la demanda ó acusacion, V. Glos. á d. authent. *qui semel* y Jas. á la l. 83. § 1. col. 1. D. *de verb. oblig.* Por lo demas, hay tambien algunos casos en que no es necesario contestar la demanda, como el que se espresa en la l. 5. de este tít. y V. tambien la l. 10 tít. 3. de esta Partida y por lo anotado allí, puede inferirse si, por derecho del Reyno, tendrá ó no obligacion el convenido de contestar la demanda, cuando opusiere escepciones impeditivas del ingreso del juicio; sobre lo cual V. á Abb. al cap. *cum contingat.* col. 3. y 4. *de offic. deleg.* Y el término de nueve dias para contestar la demanda señalado en d. l. del *Ordenamiento*, se entiende tambien perentorio aun en el caso de haber opuesto el convenido alguna escepcion declinatoria, cap. 8. Ordenanzas de Madrid. [l. 1. tít. 7. lib. 11. N. R.] Mas ¿se tendrá por contestada la demanda, si el convenido se hubiere limitado á negar el derecho para pedir, sin hablar de los hechos ó á negar los hechos en que aquella se funda, sin hablar del derecho deducido? V. Abb. al cap. 1. col. penúlt. vers. 3. *principaliter*, *de lit. contest.* donde pone muchos ejemplos notables. ¿Y si se limitare á decir que no cree verdadero el libelo? V. Bald. á la l. últ. C. *quib. ad lib. proclam. non lic.* donde opina en este caso por la afirmativa, citando á la Glos. al cap. *cum ad sedem*, *de restit. spol.*: pero, lo contrario se infiere de esta nuestra ley de Partida y de d. l. del *Ordenam.* que disponen deberse contestar la demanda por las palabras *confieso ó niego*, y sobre si es necesario que esta negativa ó confesion se haga con ánimo de contestar el pleito y que así se esprese, V. Abb. al cap. *dudum* 2. notab. 12. *de elect.* donde se resuelve por la negativa, y añade que en caso de duda, por no haberse espresado, se presumiria que al negar el reo ó confesar la demanda lo ha hecho con ánimo de contestar el pleito; y lo propio pretende Alber. á d. l. 1. y así está tambien declarado en la decis. 12. *in novis Decis Rotæ*: á menos que al negar lo pedido en la demanda, negase tambien la jurisdiccion al Juez, ante quien se hubiese aquella presentado, en cuyo caso no podria presumirse la negativa hecha con ánimo de contestar, como notablemente lo espresa Abb. despues de Juan Andr. al cap. *si clericus laicum* hacia el fin, *de for. comp.* y así el que, al contestar, niega la jurisdiccion, no parece hacerlo en la forma prevenida por d. l. del *Ordenam.* y cap. 8. *Ordenanzas de Madrid*. [dd. ll. 1. tít. 6. y 1. tít. 7. lib. 11. N. Recop.] las que exijen la primera que se *responda derechamente á la demanda, contestando el pleito conociendo ó negando;* y la segunda *que si el reo quisiere oponer excepciones de incompetencia u otra cualquier declinatoria, la ponga dentro de nueve dias; y que en este mismo término sea obligado á contestar la demanda, sola pena de la ley 1. tit. 6.* [esto es la de ser tenido por confeso] Y ¿que deberia decirse si, al negar al reo la jurisdiccion, lo hiciere protestando espresamente que no es su ánimo contestar la demanda? V. la Glos. á d. l. unic. donde pretende que no se tendria por contestada la demanda, y lo mismo opinan allí Bart. Paul. y Salic. y Juan de

Pero si el demandado faze la respuesta en nome de otri, assi como Personero (20), o si le demandassen, por razon que es heredero (21) de otri, abonda para ser començado el pleyto, que diga respondiendo a la demanda, que lo que es puesto en ella, non lo sabe, nin lo cree que assi sea. E si muchas demandas le fiziere el demandador por escrito, o por palabra, deue responder en cierto el demandado a cada una (22) dellas apartadamente; fueras ende si las quisiere conoscer, o negar todas en vno. Otrosi puede responder e demandado, si quisiere negar la demanda, en esta manera; diziendo assi: Las cosas que son puestas en la demanda de mi contendor, niego

Plat. á la l. 1. C. *de his qui spont. mun. sub.* Specul. §. *nunc dicamus* col. 4 vers. *patet exprœmissis* tít. *de lit. contest.* y así lo convence tambien d. l. del *Ordenam.*—* De lo dicho aquí por el Glosador y de los términos en que interpreta la Ordenanza de Madrid ó sea la l. 1. tít. 7. lib. N. R., se seguiria, en buena lógica, que no podria oponerse á una demanda la escepcion declinatoria ó de incompetencia, sin incurrir el que la opusiese en la pena de ser habido por confeso; porque si al oponer dicha escepcion contestaba la demanda con ánimo de contestar el pleito, y sin protestar la incompetencia, importaria este acto una verdadera prorrogacion de jurisdiccion, y vendria á ser inútil la declinatoria opuesta; y si dejaba de responder ó lo hacia con la protesta de no contestar el pleito, ó simplemente con la de no consentir la jurisdiccion, contravendria á la ley recopilada é incurriria por ello en la pena de ser tenido por confeso. A tan graves dificultades daria lugar la disposicion de d. l. 1. aplicada en todo el rigor de sus materiales palabras. Parécenos, empero, que no está en su espíritu escluir el que, al oponerse la declinatoria, sin perjuicio de deber contestarse la demanda, se haga esto con la protesta no de no contestar el pleito, sino con la de no consentir la jurisdiccion, lo cual basta para que no se entienda prorogada; y esto talvez se dispuso para evitar que los litigantes temerarios, bajo el pretesto de declinar la jurisdiccion, pudiesen conseguir para prepararse á contestar un término indefinido; pues, observándose dicha ley, una vez la demanda contestada, aunque despues se declarase incompetente el juez, ante quien se hubiese hecho la contestacion, ya no le seria dado al convenido separarse de ella; ni podria de este modo frustarse fácilmente la ley, que solo concede nueve dias para dicho efecto. Mas, como quiera que sea de esto, en el dia las escepciones dilatorias se consideran siempre como impeditivas del ingreso y progreso del juicio, y suspenden, por lo tanto, la necesidad de la litiscontestacion, habiendo, en esta parte, caido completamente en desuso la citada l. 1. tít. 7. lib. 11. N. R. como dijimos en las adiciones á las notas 45. 46. y 48. tít. 3. de esta Partida.

(20) V. la citada l. del *Ordenam.* [l. 1. tít. 6. lib. 11. N. R.] que exige del procurador, cuando este se presenta á contestar la demanda, la misma categórica respuesta de *confieso ó niego*, que si fuera el mismo interesado: á diferencia de lo que estaba dispuesto por derecho comun, segun el cual, siendo procurador el que contestaba, podia hacerlo con las palabras *creo ó no creo*, cap. 15. y Glos. allí vers. *credere*, *de restit. spoliat.* y sobre los términos en que deben contestar los tutores á las demandas puestas contra sus pupilos, V. á Bart. á la l. 36. D. *de fideicom. lib.*

(21) Y lo mismo, por derecho comun, estaba dispuesto, respecto de cualesquiera que debiese contestar en juicio sobre hechos agenos, segun Bart. á la l. únic. C. *de lit. contest.* y tal vez haya de entenderse limitada en este mismo sentido la citada l. del *Ordenam.*—* En efecto, sobre lo injusto que seria el obligar al demandado á contestar categóricamente sobre unos hechos en que no hubiese tenido parte ni intervencion, se agrega la otra consideracion, de que la l. recopilada ó del *Ordenam.* si bien exige que conteste confesando ó negando el *procurador*, pero no dispone lo mismo con respecto al *heredero*; y así, no habiendo espresamente derogado lo dispuesto aquí con respecto al que fuere demandado en esta última calidad, tampoco debe entenderse la letra de d. ley con tan estricto rigorismo, que no pueda contestarse con las palabras *creo ó no creo* relativamente á los hechos que no se refieren al mismo demandado, sino á otros de quienes este deriva su derecho y que, en la mayor parte de los casos, habrán dejado de existir, al tiempo de entablarse el pleito; á diferencia del que comparece y contesta la demanda en calidad de apoderado, el cual, dentro el término concedido en el emplazamiento, debe y habrá podido reclamar de su principal las noticias necesarias para dar una categórica contestacion. De todos modos, empero, es esa cuestion inútil en el dia, por no darse ya tanta importancia á las palabras y atenderse principalmente á la equidad y á la buena fé, sin embarazarse en algunas formalidades, que, como dice el Conde de la Cañada, aunque se establecieron para mejor esplicar y conocer las instancias, no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de los mismos interesados.

(22) V. Specul. § *nunc dicamus* col. 1. vers. *forma*, *de lit. contest.*

que non son (23) assi como el lo reconto; e porende digo, que non le deuen fazer lo que el demando. En qualquier destas maneras, que de suso diximos, que responda el demandado á la demanda que le fazen, cumple para ser començado el pleyto por demanda, e por respuesta, á que dizen en latin (24) contestatio.

LEY 4. *Quando muchas demandas acaecieren en uno antel Judgador, quales dellas deuen ser primero oydas.*

Acaece a las vegadas, que el demandador quiere fazer su demanda, a aquel que fizo emplazar delante del Judgador. E dize su contendor, que el quiere demandar, e que primeramente deue el fazer su demanda. E porende queremos Nos aqui mostrar, quando esto acaeciere, qual demanda deue ser (*b*) oyda. E dezimos, que si ambos los contendores mouieren sendas demandas, ó mas, vno contra otro, que sean por razon de debdas, o de posturas, o sobre endereçamiento de tuertos, o de daños que se ouiessen fecho; o sobre algunas cosas otras, que fuessen muebles, o rayzes, en que non cupiesse justicia de muerte, o de lision; ambas las deue oyr el Judgador, e librar en vno: assi que la boz de aquel que primero emplazó (25), vaya adelante, e sea primero judgada, maguer que la demanda de aquel que fue primero emplazado, sea mayor. Mas si las demandas que faze la vna parte a lo otra, fueren de acusamiento, (*c*) en que aya pena

(*b*) oida primero Acad.

(*c*) en que aya pena de cuerpo. Tol 2. Esc. 1. 2 y 4.

(23) Nótese este segundo modo de contestar la demanda, á saber; «niego lo alegado en los términos en que se alega» y V. Bart. á la l. 10 § 1. C. *de fidejuss.* y lo anotado antes; y en estos términos podria tambien contestarse la demanda, aun rigiendo la citada l. del *Ordenam.* —* d. l. 1. tít. 6. lib. 11. N. R.

(24) Y debe el demandado contestar la demanda dentro el término de nueve dias, á tenor de d. l. del *Ordenam*, como dije antes [y V. la adic. á la nota 18.] y no haciendolo se le tiene por confeso, aunque no se haya proferido sentencia contra él, segun espresa d. ley; y á no haberlo así espresado, hubiera sido necesario que recayese sentencia, segun lo opina Bald. á la l. 18. col. últ. C. *de transact.* Bart. á la l. 29. D. *de jure fisc.* Juan de Plat. á la l. 11. C. *de onmn. agro desert.* y así no se le concederá al demandado restitucion de aquella confesion presunta, V. Bald. á la authent. *habita* col. penult. C. *ne filius pro patr.* bien que se le admitirian las pruebas que ofreciese en contrario, como opina Bald. á la l. 7. hácia el fin C. *de jur. et fact. ignor.* y á la l. 13. hácia el fin C. *de procurat.* [y este parece ser el efecto de la confesion presunta del reo por la contumacia del mismo en contestar la demanda; esto es, el que, así como de ordinario y por regla general incumbe al actor hacer la prueba sobre los hechos en que se funda su demanda; cuando se ha declarado al reo confeso, por el contrario, incumbe á este último el probar la falsedad de lo alegado por el actor; y, no haciendolo así, se tienen por ciertos y probados los hechos en que se funda, la demanda, en fuerza de la presunta confesion, Febrero por Goyena y Aguirre §§ 4803, 4804 seccion 1ª. tít. 68. lib. 3º. «D. Joaquin Escriche Diccionario razonado de Legislacion y Jurisprudencia, *palabra* «Confesion espresa y tacita» Conde de la Cañada nº. 22. 23. y 24. cap. 4 part. 1ª. Instituciones practicas de los juicios civiles, dondé espresan ser el espresado efecto, y el de quedar cerrada la puerta á las escepciones dilatorias, los dos únicos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldía] Y sobre si la contestacion á la demanda puede hacerse, estando ausente el actor, ha habido diversas opiniones; sosteniendo la negativa Bart. á la l. 1. C. *de lit. contest.* Specul. d. tít. § *quando vers. sed nunquid absente* é Imol. al cap. 1. col. últ. d. tít. donde dice ser aquella la opinion comun. Al contrario, empero, pretenden que puede tambien contestarse la demanda en ausencia del actor los SS. de la Rota decis. 354 *in novis.* Anton. y Abb. á d. cap. 1. y así lo dispone la l. 2. tít. 3. lib. 3. Ordenam. y se observa en la practica. —* V. l. 3. tít. 6. lib. 11. N. R.

(25) Conc. l. *quæ prior* D. *de judic.* cap. á. *de mut. petit.* cap. 2. *de ordin cognit.* y sobre la practica que en este particular ha prevalecido, V. la Glos. á d. cap. 1. y Specul. tít. *de reconventione* § *videndum* y Marian. Socin. al cap. 2. *de mut. petit.* col. 4. y 5.—* V. l. 1. tít. 7. lib. 11. N. R. que señala el término perentorio de veinte dias, para que el reo, si entendiere que le cumple, pueda poner y hacer su pedimento de reconvencion ó mutua peticion contra el actor, y no despues. El Conde de la Cañada nº. 33. cap. 6. Part. 1ª. de las Instituciones Practicas sobre los juicios civiles, dice que la citada ley recopilada ha confirmado muy espresamente la opinion de que la causa principal y proxima de admitir las reconvenciones, ha sido siempre el beneficio público de seguirse y determinarse á un mismo tiempo las dos demandas; y así parece declararlo tambien la presente ley de Partida esceptuando, empero, los casos en que á una demanda civil, se oponga, por via de reconvencion, una accion

de cuerpo, o de auer; la que fuere mayor (26) deue ser oyda, e librada, ante que comiencen la

criminal ó al contrario, ó que á una accion criminal se oponga otra de igual clase, pero de mayor gravedad; de todos los que se habla con mas detencion en la nota prox. sig.

(26) Conc. l. 1. C. *de his qui accus. non poss.* y la Glos. allí y á la l. 5. D. *de publ. jud.* donde interpreta en varios y diferentes sentidos lo dispuesto en d. l. 1. Bart. á d. l. 5. aprueba la opinion de Azon que se refiere en d. Glos. es á saber, la de que se entienda hablarse en d. l. 1. del caso en que el reo ó acusado acusare á su vez y por via de reconvencion al acusador de un crimen de mayor gravedad y prejudicial, de suerte que de esta segunda acusacion haya de nacer alguna escepcion perentoria contra la primera, como si Pedro acusara á Pablo de haberle este robado herido ó azotado á un esclavo suyo en el mes de julio, y Pablo reconviniese á Pedro de haber dado muerte á dicho su esclavo en el mes de Abril del mismo año á que la acusacion se referia; en cuyo caso, aun despues de haberse empezado á tratar como reo al acusado Pedro, se le permitiria á este intentar la reconvencion por ser esto conforme á la naturaleza de las escepciones perentorias, las que pueden oponerse en cualquier estado del juicio, antes de proferirse sentencia: mas si la reconvencion tuviese por objeto un crímen que no fuese prejudicial en los términos esplicados, aunque de mayor gravedad, solo se le permitiria al acusado el reacusar, antes de habersele empezado á tratar como reo. Esta opinion, empero, es impugnada por Salic. á d. l. 1. col. 4. donde dice que si la razon de admitirse la reconvencion ó reacusacion es la de haber de resultar de esta una escepcion perentoria contra la demanda ó acusacion primitivamente intentada, mas bien deberia esto hacer que la reacusacion no se admitiese, porque con igual fundamento pudiera decirse que la acusacion primitiva viene á ser tambien una escepcion perentoria que se opone á la reconvencion; y porque, segun esto, aun despues de tratarse al acusado como reo, podria este reconvenir al acusador por otro crímen ó delito mas leve, con tal que de este naciese ó pudiese nacer una escepcion perentoria contra la acusacion contra el texto de d. l. 1. en el cual no se hace diferencia de crímenes ó acusaciones, por la intencion con que se hubieren aducido, sino por su mayor ó menor gravedad, y solo se atiende á esta para determinar cual de las dos demandas haya de ser oida y sustanciada primero que la otra: y así parece que es mejor interpretacion de d. l. 1. la que trae la Glos. donde dice que por aquella solo debe entenderse preferida la reacusacion, aunque sea por un crímen de mayor gravedad, cuando la haya intentado el acusado antes de ser tratado como reo; y en el mismo sentido parece que habla nuestra ley aquí, puesto que se refiere al caso en que las dos acusaciones se hayan propuesto en un principio y simultáneamente cuando dice: «la que fuere mayor deue ser oida, é librada, *ante que comiencen* la menor á oirla.» por cuyas palabras se escluye el caso en que la reacusacion por el crímen mas grave se hubiese intentado despues de haberse admitido la acusacion primitiva. En este concepto, pues, parece deber admitirse la espresada opinion de Bart. á la cual no se opone nuestra ley, esto es, la de que la reacusacion por un crímen mas grave puede intentarse y admitirse, despues que se ha empezado á tratar al acusado como reo, siempre que de la misma haya de resultar una escepcion perentoria contra la acusacion primitiva, pero no cuando sea independiente de esta y no haya de prejuzgarla, á tenor de d. l. 5. D. *de publ. jud.* y V. á Bart. allí, donde esplica cuando deberá entenderse que el acusado es tratado como reo; y V. tambien sobre lo dicho á Marian. Socin. cap. 1. *de mut. petit.* 9. chart. vers. 2. *fallit.* —*Hemos traducido por «empezarse á tratar al acusado como reo» el *nomen rei receptum inter reos.*, de que aquí y en varios otros pasages usa el Glosador, y que esplica en la nota 40. tít. 1. Partida 7ª. diciendo que esto se verifica cuando la causa se halla en estado de contestacion, despues de ella, y aun antes, si habiéndose opuesto alguna escepcion dilatoria contra la acusacion, el juez no ha dado lugar á aquella. Parécenos, pues, que atendidos los trámites que entre nosotros se observan en los juicios criminales, distintos de los que se observaban entre los romanos, equivale el *nomen rei receptum inter reos* al estado de la causa luego despues de recibida al reo la confesion con cargos, y nos confirma mas en esa opinion el considerar que la formalidad de *inscribir el nombre* tenia lugar entre los romanos, cuando preguntado el reo por el juez sobre el hecho de que se le acusaba, contestaba negativamente, Nieupoort *Rituum qui olim apud romanos* § 3. cap. 2. secc. 3. citando á *Cœl. ad Cic. famil.* VIII. 8. á cuya formula y á la de *deferre nomen* que tenia lugar antes de intentarse la acusacion se refiere sin duda la l. 1. *C. de his qui accus.* citada aquí por el Glosador. Esto atendido, y supuesto que, en el dia, todo es puramente instructivo en las causas criminales, hasta recibirse la confesion; y antes de esta, si bien puede capturarse al presunto reo, pero no se le considera todavia delincuente, ni se le pueden hacer cargos; creemos que pueden aplicarse á nuestra práctica las doctrinas de los intérpretes esplicadas aquí por el Glosador, en térmi-

menor (27) a oyrla. Fueras ende, si el que faze la menor, acusasse a la otra parte en razon de mal, o de tuerto (28), que fuesse fecho a el, o a los suyos (29). Ca estonce deuen ser tales acusamientos oydos e librados en vno. E en esta razon fablamos mas cumplidamente en el titulo de las Acusaciones, en la setena Partida deste nuestro libro.

LEY 5. *En que pleytos deue ante ser librada la demanda del demandado, que la del demandador.*

Contece muchas vegadas, que alguno mueue demanda contra su contendor, sobre alguna cosa que dize que le deue, o sobre otra cosa qualquier; e el demandado razona, e dize, que non le es tenudo de responder, porque es su sieruo, o de otri, e que aquella demanda que le faze, non es de tal natura, que sieruo la pueda fazer en juyzio. En tal contienda como esta, o en otra semejante della dezimos, que el Judgador deue primeramente (30) oyr, e saber, si este es sieruo, o libre. E si fallare que es libre, deue oyr, e librar la demanda del otro, que le fizo emplazar. E si entendiere que es sieruo, non ha porque yr adelante por tal pleyto, sobre que es fecha la demanda. Otrosi dezimos, que si alguno demanda-

nos que los procesados criminalmente no puedan intentar acusacion alguna contra otro, escepto si la intentaren por injurias que se les hayan hecho á ellos mismos ó á los suyos; pero que, por via de defensa y reconvencion, podrán reacusar á los que sean sus acusadores, y esta reacusacion suspenderá el progreso de la acusacion primitiva y deberá oirse y fallarse antes que aquella, cuando tenga por objeto un crímen de mayor gravedad y se haya intentado antes de recibirse la confesion con cargos al acusado, sin que despues de esto pueda admitirse á este la reconvencion ó reacusacion que tal vez intentare, aunque sea por un crímen de mayor gravedad, á menos que haya de prejuzgar la acusacion primitiva ó producir alguna escepcion perentoria contra ella.

(27) Pero ¿debe entenderse que aun cuando se tratare de un crímen de mayor gravedad, tampoco podrá el acusado intentar por él la reacusacion, á menos que esta sea prejudicial de la acusacion primitiva? Así lo opinan Azon, Bart. y otros; y, por derecho comun, eran, sobre el particular, muy varias las opiniones, como dije en la nota precedente. La presente ley aquí parece calificar la causa ó acusacion de mayor ó menor, en el mismo sentido que la l. 54 D. *de judic.* y l. últ. C. *de ordin. coquit.* y es seguramente mas equitativo el que solo pueda reacusarse por un crímen prejudicial, por que, de otra manera, le seria muy fácil á cualquier acusado repeler la acusacion que contra el se hubiese intentado, con solo reconvenir al acusador por un crímen de mayor gravedad, y se daria lugar á otras absurdas consecuencias. Esto no obstante y en medio la gran diversidad de pareceres que hay sobre el particular, puede cada uno adoptar la opinion que mas probable le parezca.

(28) En este caso, esto es, en el de perseguir el acusado algunas injurias que á él ó á los suyos se hubieren irrogado, podrá intentar la reacusacion aun despues de contestada la acusacion primitiva ó de ser, en meritos de esta, tratado como reo, como lo opinan Glos. y Juan de Imol. á la l. 5. D. *de publ. jud.* á pesar de que este último se inclina allí mismo á la opinion contraria, pero es la primera la mas comun, segun Marian. Socin. al cap. 1. *de mut. petit.* fol. 9. vers. 4. *fallit:* y si las dos acusaciones versaren sobre injurias ó daños irrogados respectivamente al primitivo acusador y al acusado ó á los suyos, entrambas se sustanciarán á un tiempo, cuando la una no haya de prejuzgar á la otra, segun Juan de Imol. á d. l. 5. Salic. y otros á la l. 19. C. *de his qui accus.* contra la Glos. allí.

(29) Mas si apareciere que ninguno de los dos delitos, sobre que versan la acusacion y reconvencion, es de mayor gravedad, se sustanciarán las dos á un tiempo, como se practica en las demandas y reconvenciones civiles, segun se indica aquí, y V. Salic. á d. l. 19. C. *de his qui accus.* y Juan de Imol. á d. l. 5. D. *de publ. jud.*

(30) Todo lo contrario, empero, está dispuesto por la l. 10. tít. 3. de esta Partida; esto es, que, en nada obstante la escepcion de que se habla aquí, no se escusa al convenido de contestar la demanda, ni se impide el progreso del juicio; con todo si al juez le constare que verdaderamente es esclavo el demandante, deberá desde luego sobreseer en el punto principal, como se previene en la presente ley, ó absolver definitivamente al convenido, con arreglo á d. l. 10.; en cuyos términos pueden sostenerse aquellas dos encontradas disposiciones, y añád. l. 2. C. *de ordin. cognit.* Mas dificilmente puede admitirse semejante interpretacion, porque la presente ley dispone que la cuestion de estado ó escepcion de falta de personalidad debe sustanciarse y decidirse previamente y con suspension del punto principal, contra lo espresamente dispuesto en d. l. 10. Tal vez en esta última se quiso hablar únicamente del caso en que la falta de personalidad ó la calidad de esclavo se hubiese opuesto al actor genéricamente, cuya escepcion no escluiria por necesidad la demanda entablada, como quiera que los esclavos en

re a otri en juyzio heredad, o otra cosa qualquier; si el demandado razonare en manera de defension (31), que non le deue responder (32) a la demanda quel faze el demandador, porque el (33) lo tiene despojado, o forçado de aguna cosa del sus bienes: que primero ha de ser librada la boz del despojamiento, o de la fuerza (d) que el otro ha, sobre que fue fecho el emplazamiento. E si fallaren que el demandado fue assi despojado, o forçado, assi como razono, deue ser ante entre-

(d) que la otra sobre que etc. c. Acad.

algunos casos pueden accionar en juicio l. 53. D. *de judic.* y l. 8. tít. 2. de esta Partida, á lo que seria consiguiente que por aquella escepcion genérica no debiese sobreseerse en el punto principal: y entónces deberia entenderse la presente ley, con referencia al caso en que se hubiese escepcionado la demanda, no solo por ser el actor esclavo, sino por ser la accion deducida de aquellas que los esclavos no pueden intentar; lo que importaria la necesidad de que recayese fallo sobre la legitimidad de la persona, antes de seguir adelante sobre el punto principal. Pero tampoco en estos términos cabe conciliar las dos leyes citadas, porque, de todos modos, por la sola inspeccion de la demanda deberia ya constar si aquella era ó no de las que pueden intentar los esclavos; por lo que en nada absolutamente podria influir la cuestion que sobre este punto se hubiese promovido; á mas de que las mismas palabras de d. l. 10 escluyen la suposicion de que se hablase en la misma solo del caso en que la escepcion se opusiera genéricamente, porque dice, como la presente; *Defensiones ponen, ante que respondan á la demanda, diziendo que non deuen responder á ella, porque aquellos que la fazen son sus siervos,* en cuyos términos se opone, á mas de la calidad de esclavo, la consiguiente incapacidad de accionar. Quizás, pues, y esta creo ser la mas plausible interpretacion, deba entenderse que habla la presente ley del caso en que la escepcion opuesta pueda probarse incontinenti, y no requiera muy detenidas y complicadas averiguaciones, y solo entónces quiere que no se proceda adelante en lo principal, para que, pudiendo constar desde luego los hechos en que la escepcion se funda, no se fatigue vanamente á las partes con inútiles gastos y dilijencias: y al contrario d. l. 10. querrá que se conteste la demanda y siga el procedimiento sobre el punto principal, cuando no se tengan á la mano las pruebas hacederas sobre la escepcion: cuya interpretacion, ápesar de ser aventurada, parece que puede admitirse, conforme á lo anotado á la l. 2. C. *de edict. Div. Adrian. toll.* á lomenos hasta que se presente otra mas probable. En el mismo sentido podrian entenderse las palabras de que usa d. l. 10 *Non se deue el Judgador detener por ellas*: y tal vez lo que se acaba de decir podria aplicarse asimismo a todas las demás escepciones dilatorias ó impeditivas del ingreso del pleito, de las cuales se habla en el cap. 1. *de lit. contest.* lib. 6 —*V. lo dicho en las adiciones á las notas 45. y 46. tít. 3. de esta Partida y V. la l. 1. tít. 7. lib. 11. N. R.

(31) Conc. cap. 2. *de ord. cognit.* y l. 37. D. *de jud.*

(32) La escepcion, pues, de que se habla aquí es de las dilatorias y así debe oponerse antes de la contestacion del pleito; y lo mismo se infiere del cap. *cum dilectus* 2. *de ordin. cognit.* y Abb. allí not. prim. y mas estensamente en la col. penúlt. [Y véase aquí como el glosador parte ya del principio de que las escepciones dilatorias, por ser tales, deben oponerse antes de la contestación á la demanda, contra lo dispuesto en la l. 1. tít. 7. lib. 11. N. R. y lo dicho por el mismo Glosador al hablar de la dilatoria de incompetencia ó declinatoria, en la nota 19. de este tít. y V. la adic. allí] y ¿ qué deberia decirse cuando el hecho en que se fundase la demanda constase por notoriedad? ¿se admitiria tambien, en ese caso, la escepcion dilatoria de despojo opuesta por el convenido? Parece que no deberia admitirse por que siendo notorio el derecho del actor, es lo mismo que si ya estuviese contestada la demanda, Specul. tít. *de petit. et posses.* §. *quoniam* vers. *sed quæritur.* y Abb. á d. cap. *cum dilectus* col. 7. y V. al mismo allí col. 8. donde refiere varios otros casos en que la escepcion de despojo no impediria el ingreso y progreso del pleito. Dicha escepcion debe probarse dentro el término de 15 dias segun el cap. *frequens* 1. *de restit. spoliat. in* 6. conforme, en esta parte con la l. 19. C. *de testib.* y V. Bald. allí.—*D. l. 1. tít. 7. lib. 11. N. R. previene terminantemente que las escepciones declinatorias deben oponerse y *probarse* dentro el término de nueve dias contaderos desde el último de los señalados en el emplazamiento para comparecer: cuya disposicion se ha aplicado constantemente á todas las escepciones dilatorias, de las que al parecer quiso hablar la ley, contraponiendolas á las perentorias, aunque usó la palabra *declinatorias*, V. la adic. á la nota 46. tít. 3. de esta partida. Y de esto inferimos que no tendria lugar hoy dia lo que observa el Glosador en el final de la presente nota, sino que, en el caso de admitirse como dilatoria la escepcion de despojo, deberia esta probarse tambien dentro de los nueve dias.

(33) No podria, pues, escepcionar el convenido, pretendiendose despojado por otro que no fuese el mismo demandante, cap. *frequens* 1. *de restit. spol.*

gado de todo quanto le despojaron, o le forçaron, e despues responder a la demanda. Mas si el demandado non razonasse la fuerça, o el despojamiento, en manera de defension, mas en razon de reconuencion, e de demanda; estonce deue oyr el Juez, e librar en vno ambas las demandas, del demandador, e del demandado: assi que la boz de aquel que emplazo primero, vaya adelante, e sea primero judgada. E esto se entiende, quando la demanda del demandador, e del demandado, que fazen vno a otro entre si, es en razon de fuerça, o de despojamiento. Mas si aquel que fiziere emplazar al demandado, le faze demanda sobre alguna cosa (34), que decia que era suya, o en que auia derecho, o sobre otra cosa que le deuiesse el emplazado dar, o fazer; si estonce el emplazado le quisiere fazer otra demanda, en razon que dice que le forço, o que le despojo de alguna cosa, primero deue ser oydo, e librado el pleyto del forçado, que el otro. E es derecho, porque la fuerça nace de gran cobdicia, o de gran soberuia. E porende los Judgadores se deuen ante parar a ella, acorriendo al forçado con justicia; e despues deuenle fazer responder a la demanda, sobre que fue emplazado.

LEY 6. *Si dos omes fizieren demanda en vno, qual deue ser oydo primero.*

Podria auenir que dos omes aurian demanda contra vno sobre vna misma cosa, o sobre mas. E porende dezimos, que si la demanda de los dos contra el tercero es de vna misma cosa, que el demandado es tenudo de responder a la demanda de aquel que primero lo fizo emplazar, e despues al otro. Empero si el primero le venciere, non es tenudo (35) de entregarle aquella cosa, de que le vencio, si primeramente non le diere recabdo, que le defienda (36) del otro, sobre aquella cosa de que le ha vencido. Ms si acaecieren ambos en vn tiempo a fazer la demanda al tercero, estonce el Judgador puede escoger (37) vno dellos, qual entendiere que ha mayor derecho en fazerla; e aquel puede demandar primeramente, e de si el otro (38). Pero si la demanda fuesse sobre debda, o postura que ouiesse fecho el demandado con ambos en sendos tiempos; dezimos, que a aquel deue (39) responder primero, con quien fizo primeramente la debda o la postura.

(34) Nótese bien lo dispuesto aquí, que no estaba tan claramente determinado por derecho comun; antes se opinaba que la reconvencion por razon de despojo debia siempre sustanciarse y decidirse simultaneamente con la demanda principal, aunque esta no se intentase tambien por un despojo ó fuerza, sino por otra razon cualquiera, segun los DD. á d. cap. *cum dilectus*, y cap. últ. *de ordin. cognit.* y Abb. Juan de Imol. y Glos. allí.

(35) Conc. l. 57. D. *de rei vindic.* y l. penúlt. D. *de petit. hæred.*

(36) Y esta caucion ó fianza aprovecharia tambien al que hubiese intentado posteriormente su demanda; pues, una vez prestada aquella por el que hubiese ganado la cosa del primer poseedor, se ventilaria la accion últimamente propuesta en meritos del mismo juicio, sin necesidad de promover una nueva instancia contra dicho poseedor, segun Bart. á la l. penúlt. D. *de petit. hæred.* y sobre la practica que en semejantes casos se observa, V. á Andr. de Isern. *de prohib. feud. alien. per Frederic.* §. *præterta si inter duos* col. 3. 4. y 5. donde resuelve tambien que el primer demandante, habiendo obtenido victoria, debe afianzar en seguridad de que restituirá la cosa al segundo, si despues se fallare á favor de este, y se obligará á consentir que el juez trabe ejecucion en la misma cosa, lo propio que si quedase en poder del primer poseedor; ó bien habrá este de constituir al que haya triunfado, procurador *in rem suam.* paraque defienda la cosa del segundo demandante; y así podrá y deberá aquél defenderse por su cuenta y como tal procurador; pudiendo verse lo demás que estensa y oportunamente refiere, d. Andr. de Isern. en el lugar citado. Nótese, empero, que lo dispuesto aquí debe entenderse limitadamente para el caso en que los dos que intentaren las demandas contra un mismo poseedor, no lo hagan deduciendo acciones que se escluyan mutuamente ó sean incompatibles; porque, si fuese así, no tendria aplicacion la presente ley ni la 57. D. *de rei vindic*, ni podria fallarse previamente una ni otra de las demandas intentadas, sin citacion y audiencia no solo del convenido, sino de los dos demandantes contradictores, Bald. al §. *si duo* princ. *de pace tenend.*

(37) Trae orígen lo dispuesto aquí de lo anotado por Azon *in summa.* C. *de ord. judic.* bácia el fin.

(38) Mas no deberá ejecutarse lo que se fallare sobre la demanda que primero se haya sustanciado; sino que solo debe fallarse la del uno antes que la del otro.

(39) Nótese esto á propósito de la regla *qui prior, de regul. jur. in* 6.

LEY 7. *Quales demandas deuen ser cabidas.*

Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrandolas, e razonandolas todas en vno, solo que non sea (40) contraria la vna de la otra. Ca si tales fuessen non lo podria fazer. E esto seria (41), quando el sieruo mandasse a otro, que comprasse casa, o viña, o otra cosa qualquier, de los dineros que el auia furtado a su señor, e aquel que fiziesse esta compra por el sieruo, recibiesse los dineros, sabiendo que los auia furtado. Estonce el señor auria contra esto dos demandas, que son contrarias la vna de la otra. Ca le podria demandar los dineros que recibio de su sieruo, como de furto. E faziendo esta demanda, muestra que non se paga de la compra que fizo el otro por mandado de su sieruo. E la otra demanda es, que si pluguiere al señor de la compra que es fecha de sus dineros por mandado del sieruo, que auiendola por firme, la pueda demandar a aquel que la fizo. E esta demanda es contraria de la primera: porque faziendo tal demanda, muestra que se paga de la compra que fue fecha por mandado de su sieruo. E porende, si estas dos demandas, que son contrarias la vna de la otra, quisiesse fazer el señor en vno, demandando su auer como de furto, e otrosi la cosa que fue comprada dello por mandado de su sieruo, non lo podria fazer. Mas deue escoger la vna dellas, qual se quisiere, catando en qual dellas le yaze mayor pro. E escogiendo (42) la vna, non puede despues tornar a la otra. Esso mismo dezimos, si alguno comprasse cosa agena (43) sin mandado de su dueño; que gela puede demandar aquel cuya era, si non se pagare de la vendida; o si la quisiere auer por firme, puede demandar el precio que fue prometido por ella. Mas non puede fazer demanda en vno, de la cosa e del precio: porque seria la vna contraria de la otra, assi como de suso diximos. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, en todas las otras demandas que fueren fechas en esta manera. Otrosi, quando alguno demandasse a otri casa, o viña, o otra heredad qualquier, razonando que era suya; si el otro que era tenedor della, lo negasse, e ante que esta demanda fuesse librada, le fiziesse otra (44), demandandole, que le diesse carrera (45) en otra heredad, que se touiesse con esta, que fuesse del demandado, porque pudiesse yr a aquella que el demandaua primero; que tal demanda como esta non la pueden fazer, si primeramente non le fuere judgada por suya la heredad, sobre que ante fiziera la demanda. Porque ninguno non puede demandar seruidumbre

(40) Lo dispuesto aquí trae su orígen de lo anotado por Azon *in summa C. de ordin judic.* princ. Mas en juicios ó instancias separadas bien se pueden alegar medios contrarios, y negar en el uno lo que en el otro se ha confesado, Glos. y Bart. á la Novell. 18. cap. 6. collat. 4. Bald. á la l. 3. C. *de petit. hæred.* lo que debe entenderse cuando se trata de derechos ó acciones tales que la eleccion del uno no escluye al otro: y aun en el mismo libelo pueden deducirse dos medios contrarios condicional ó subsidiariamente, Glos. á la l. 20 D. *de inoff. testam.* como pedir que se declare un testamento nulo, y en caso de ser válido, impugnarlo por inoficioso; ó pedir tambien la nulidad de un contrato, y para el caso de no declararse nulo, la rescision del mismo por lesivo, cap. *constitutus*, *de in integr. restit.* y V. Paul. de Castr. á la l. 8. §. 12. D. *de inoff. testam.* y si bien es imposible acceder á varias peticiones que sean incompatibles, con todo aquel contra quien se hayan deducido, podrá aceptar alguna de ellas, como notablemente se espresa Bald. á la l. 9. C. *de liber. caus.*

(41) Conc. l. 1. C. *de furt.*

(42) Porque la eleccion del uno de esos dos medios escluye enteramente al otro, no solo en la misma instancia, sino tambien en juicio separado, l. 9. §. 1. D. *de tribut. act.* y d. l. 1. C. *de furt.* V. á l. 30. col. 2. C. *de jur. dot.*

(43) Conc. l. 1. C. *si serv. exter.* y l. 4. C. *de pact. int. empt. et vend.*

(44) De estas palabras *le fiziesse otra* se infiere que lo dispuesto aquí en nuestra ley, tendrá únicamente lugar en el caso en que las dos demandas se hayan intentado separadamente: y en consecuencia que bien podrán pedirse á un tiempo la heredad y la servidumbre, siempre que esto se haga en el mismo libelo: como lo opina Din. á la regla *nullus pluribus*, *de regul. jur. in* 6. Lo contrario pretenden no obstante, la Glos. Bart. y Ang. á la l. 13. D. *de except.* Pero Paul. de Castr. sostiene la opinion de Dino, fundado en las bellas razones que pueden verse allí, y esta es, al parecer, la mas verdadera, y conforme con la presente ley, porque en realidad, hay alguna diferencia entre el caso en que las dos demandas se hayan deducido acumulativamente y el en que se haya hecho en instancia separada; y prueban que la presente ley se refiere esclusivamente á este último, además de las palabras citadas al principio, las otras con que concluye la clausula: *si primeramente non le fuere judgada por suya la heredad*, *sobre que ante fiziera la demanda.*

(45) Conc. l. 16. D. *de except.*

en cosa agena, a menos de mostrar (e) aquella cosa, por que demanda la seruidumbre, si es suya (46), o que ha derecho en ella. Otrosi dezimos, que si alguno demanda a otri, que viniessen a particion (47) de alguna heredad, ó de otra cosa qualquier, que deue ser comunal entrellos por herencia, o por compañia, o por otra razon; si aquel a quien fazen esta demanda, es tenedor de aquella cosa del todo, e niega que el otro non es su compañero, nin su aparcero, nin ha ningun derecho de auer parte en ella; que sobre tal demanda como esta non deue yr adelante (48), a menos de prouar primero el demandador, como ha derecho de demandar parte en aquella cosa, sobre que faze la demanda; e prouando esto, deue ser oydo en la demanda que faze, en razon de la particion. Mas si el demandador es en tenencia (49) de la cosa que demanda a partir, maguer el demandado negasse que non era su compañero (50), nin auia derecho el otro de demandarle parte en aquella cosa, bien puede ser recebida tal demanda. Pero deue prouar, e mostrar el derecho, que dize que ha en aquella cosa. E prouandolo, deue mandar al Judgador partir aquella cosa, en que demandaua particion. Mas si aueriguar non pudiesse (51), el derecho que razonaua que auia, fincaria aquella cosa al demandado, e seria el demandador desapoderado della.

(e) que aquella cosa, porque demanda la servidumbre es suya o que ha etc. c. Acad.

(46) Añád. l. 1. D. *commun. præd.* y l. 2. §. 1. D. *si serv. vind.*

(47) Conc. l. 18. D. *de except.* y l. 1. D. *famil. ercisc.*

(48) Parece probarse con esto que intentada la accion *communi dividundo* por uno que no posee contra el poseedor de la cosa, no debe sustanciarse el juicio de particion, sino despues de haberse declarado el dominio ó cuasi dominio á favor del actor, aunque el convenido no haya escepcionado espresamente la preposteracion ó pedido que se intentase primero la accion vindicativa ó publiciana, con tal que haya negado simplemente la comunion: y en estos términos parece contrario lo dispuesto aquí á lo que opina la Glos. á la l. 34. §. 1. D. *de evict.* y l. 2. C. *comun divid.* y á lo que pretenden los DD. generalmente.

(49) De otra manera no podria pedir la particion, l. 1. D. *famil. erciso.* y V. Bald. á la l. 3. col. 9. C. *de interd.* y l. 9. col. 5. y 6 C. *de his qui accus. non poss.* l. 8. C. *ad leg. Fabiam. de plag.* y Socin. consil. 49. vol. 3.

(50) Y así es necesario que el convenido niegue la comunion, para que tenga lugar lo dispuesto en esta ley. V. Alex. consil. 46. vol. 1. col. 3. hácia el fin, Paul. á la l. 2. C. *comm. div.* y Flor. á la l. 1. D. *Famil. ercisc.*

(51) Estas palabras de nuestra ley se oponen á lo que dice Paul. de Castr. á d. l. 16. D. *de except.*, á saber, que, poseyendo dos una cosa por indiviso, si uno de ellos intenta contra otro la accion *communi dividundo*, deberá accederse á la demanda del actor, por el mero hecho de estar poseyendo, á menos que pruebe el convenido ser dueño *in solidum*, y lo funda en la l. 1. D. *famil ercisc.* la cual probaria mas bien lo contrario: y lo mismo sostiene espresamente Flori. citando á Jacob. Butri allí. —* Declara d. l. 1. que la accion *familiæ erciscúndæ* compete *ipso jure* tanto á los coherederos que no poseen, como á los que se hallan ya en posesion; y añade en seguida que si los primeros accionan pidiendo la particion contra los segundos, podrán estos escepcionar la demanda negando la comunion, y deberá ventilarse antes la cuestion de propiedad; pero que no perjudicará dicha escepcion al demandante, si este fuese uno de los coherederos poseedores; *quo fit*, (concluye) *ut eo casu*, esto es, en el primero ó el en que el demandante no es poseedor, *ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat an coheres sit, ni-si enim coheres sit neque adjudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est*: de lo que se infiere que no deberá decirse lo mismo en el segundo caso, sino que se procederá adelante en el juicio de particion, aunque el convenido haya negado la comunion ó condominio, porque, en espresion de la ley, al demandante que posee, *non nocet talis exceptio*. Y así parece no puede dudarse que la opinion de Paul. de Castr. está bien fundada en el testo de d. l. 1. Pero, ¿viene esta última derogada por la presente de Partida? Creemos que nada se ha variado en cuanto la escepcion opuesta al demandante que posee, no impide el ingreso y progreso del juicio de particion, á diferencia del caso en que el demandante no se hallare en posesion; pues entónces, negandosele el condominio, debe este punto ventilarse y decidirse en juicio previo y separado. Mas nuestra ley aquí declara que, aun sustanciándose simultaneamente los dos puntos de particion y condominio, deberá probar que este último le compete el demandante poseedor, á quien se le hubiere negado; y en esta parte discrepa un tanto de la l. romana, en cuanto esta no declaraba á cual de las partes, incumbia en dicho caso hacer la prueba sobre la cuestion de propiedad, cuyo silencio, en el particular, habia dado márgen á que Paul. de Castro opinase que aquella prueba incumbia al convenido: opinion que se opone verdaderamente á nuestra ley de partida; pero no es contraria, en nuestro

LEY 8. *Que fuerça ha el pleyto, despues que en Juyzio fuere començado por demanda, e por respuesta.*

A muchas cosas tiene pro el pleyto, que es començado por demanda, e por respuesta. Ca luego puede el Judgador tomar la jura (52) de ambas las partes, que anden verdaderamente en el pleyto. E esto es carrera para saber mas ayna la verdad de la cosa, sobre que contienden. E otrosi pueden despues recebir testigos (53); lo que non podria ser fecho, si el pleyto non fuesse assi començado, si non en cosas señaladas, assi como se muestran en las leyes (54) que fablan de los Testigos. E demas puedese dar juyzio acabado sobre la demanda, lo que non se podria assi fazer (55), si el pleyto non fuesse assi començado. Otrosi, por tal començamiento del pleyto, se destaja (56), e se quebranta el pleyto, por que se podria ganar, o perder aquella cosa que fuesse, sobre que es la contienda. Pero si acaeciesse, que sobre alguna cosa que fuesse de tal natura, que se perdiesse por tiempo de año, e dia, o por otro menor tiempo, que fuesse dada peticion, o demanda al Rey (57), e despues el Rey le diesse su carta de respuesta; en esta razon, tal fuerça ha esta manera de demanda, que non se puede despues perder la cosa por aquel tiempo sobredicho, tambien como si el pleyto fuesse començado antel Judgador sobre aquella cosa. Otrosi dezimos, que despues que el pleyto es començado por demanda, e por respuesta, delante del Judgador, non puede ninguna de las partes desechar aquel Juez, por sospechoso (58) que le ayan, nin por otra razon. Fueras ende, si la sospecha, o la razon acaeciesse de nuevo, e fuesse tal que deuiesse ser cabida. E aun dezimos, que despues que el pleyto es començado por demanda, e por respuesta, si aquel que lo començo era Guardador de huerfano, o Personero de otri, puede fazer otro Personero (59) en su lugar en aquel pleyto, maguer non la fuesse otorgado de su dueño poderio de lo fazer; lo que non podria fazer ante que el pleyto fuesse assi començado, en la manera que de suso mostramos en el titulo de los Personeros.

concepto, á la l. 1. D. *famil. ercisc.* como lo pretende el Glosador.

(52) Conc. l. 2 princ. C. *de jur. propt. calumn.* y V. cap. 1. §. 1. *de jur. calumn.*

(53) Añád. cap. *quoniam frequenter* 5 princ. *ut lit. non contest.* y l. 2. tít. 16 de esta Partida; y á nadie se puede condenar en méritos de las pruebas que se hayan ministrado, antes de la contestacion á la demanda; V. Bald. á la l. 13. C. *de his qui accus. non poss.*

(54) Añád. l. 2. y siguientes hasta la 8ª. tít. 16 de esta Partida; y V. Marian. Socin. al cap. unic. *de lit. contest.* donde citando d. cap. 5. *ut lit. non contest.* trata estensamente de la materia y refiere ochenta casos, en los cuales puede procederse á la recepcion de testigos y á proferir sentencia definitiva, antes de la contestacion á la demanda.

(55) Entiendase esto regularmente hablando; porque en ciertos casos bien puede procederse á fallar definitivamente, sin que se haya contestado la demanda, como cuando el actor es contumaz, cap. *causam quæ* 3. *de dol. et contum.* y en este caso pueden tambien recibirse testigos sobre la reconvencion propuesta por el demandado, segun Abb. al cap. penúlt. col. 3. *de caus. poseṡs. et propiet.* y añad. á la presente ley la l. 4. C. *de Sentent.* y lo dispuesto en aquella procede asimismo por derecho de los *Ordenamientos*, á tenor de los cuales. [l. 2. tít. 16. lib. 11. N. R.] se puede prescindir de otras solemnidades del juicio, pero no de la contestacion del pleito, porque esta, como dice Bald. al cap. 1. *de lit. contest.* es la piedra angular y la base de todo el juicio, Jason á la l. 83. §. 1. D. *de verb. olig.* y, en opinion de Specul. tít. *de sentent.* §. *juxta* col. 6, vers. *quod si de partium voluntate*, aunque las partes espresa ó tácitamente hayan consentido en omitir la litis-contestacion, no será valida, no obstante, la sentencia que sin ella se hubiere proferido, segun d. l. 4. y l. 34 D. *de donat. int. vir. et ux.* la cual, sin embargo, hace muy poco á dicho proposito, ó mas bien parece probar lo contrario: y añád. la Glos. al cap. *de causis*, *de offic. deleg.* y Abb. al cap. 1. *de libell. oblat.* y Marian. Socin. al cap. unic. *de lit. cont.* col. 3. donde dice ser la comun opinion la de que ni por tacito ni espreso consentimiento de las partes puede omitirse la litis contestacion. Y V. al mismo allí donde esceptua de lo dicho el caso en que se accionase ante jueces arbitros, añád. Ang. á d. l. 4. y Glos. al cap. últ. *de re judic.*

(56) Añád. l. 26. C. *de rei vindic.* y *quest.* 3. *cap. potest.* y l. 9. C. *de præscript.* 30. *vel.* 40. *annor.*

(57) Conc. ll. 1. y 2. D. *quand. libell. princip. dat.*

(58) Añád. l. 22. tít. 4. de esta Partida y lo anotado allí, con lo nuevamente dispuesto por las ll. de los *Ordenamientos* y las *ordenanzas de Madrid* [ll. del tít. 2. lib. 11. N. R.] á tenor de las cuales se puede recusar á los jueces, aun despues de la contestacion del pleito, jurando la parte que propone la recusacion, que no procede en ello por malicia, d. l. del Ordenam. y ordenanzas, con el Ordenamiento de Medina que son las que se observan en las Reales Audiencias.—* V. las adiciones á las notas 102 y sig. de d. tít. 4. de esta Partida.

(59) Añád. l. 11. C. *de procurat.* y l. 19. tít. 5. de esta Part.

TITULO XI.

DE LAS JURAS QUE LAS PARTES FAZEN EN LOS PLEYTOS, DESPUES QUE SON COMENÇADOS POR DEMANDA, E POR RESPUESTA.

Dezimos assaz cumplidamente en los titulos ante deste, de los Emplazamientos, e de las otras cosas que se siguen en razon dellos; e otrosi de los pleytos, en que manera se deuen començar por demanda, e por respuesta. Mas agora queremos aqui dezir, de las juras que las partes deuen fazer en juyzio, por que los pleytos, despues que fueren començados, se puedan mas ayna librar. E primeramente mostraremos, que cosa es Jura. E quantas maneras son della. E quien la puede dar, o tomar. E sobre que cosa. (a) E en que lugar. E que pro nace de la Jura. E sobre todo diremos, quien (b) deue fazer juramento de calumnia. E que pena meresce quien jurare mentira. E en quantas maneras se puede ome escusar de perjuro, maguer non guardasse la jura que ouiesse fecho.

LEY 1. *Que cosa es Jura, e sobre que se deue jurar.*

Jura (1) es aueriguamiento que se faze, nombrando a Dios, o a alguna otra cosa santa, sobre lo que alguno afirma, que es assi, o lo niega. E podemos aun dezir en otra manera, que jura es afirmamiento de la verdad. E por esso fue asacada, porque las cosas que los omes non quieren creer, porque se non podrian prouar, que la jura les mouiesse, e les abondasse para creerlo. E lo que diximos, que deuen jurar por alguna cosa santa, non se entiende por Cielo, nin por tierra (2), nin por otra criatura (3), maguer sea biua, o non; mas por Dios primeramente; e de si por Santa Maria su Madre, o por alguno de los otros Santos, e esto por razon de la santidad que recibieron de Dios; o por los Euangelios, en que se cuentan las palabras, e los fechos de Dios; o por la Cruz (4), en que fue el puesto; o por el Altar (5), porque es consagrado, e consagran en el al Cuerpo de nuestro Señor Jesu Christo; e otrosi por la Iglesia, porque alaban y a Dios, e lo adoran.

LEY 2. *Quantas maneras son de Jura, e como deue ser fecha.*

Departese la jura en tres maneras. Ca o es jura de voluntad, o de premia, o de juyzio. De voluntad (6) es aquella, que da el vn contendor al otro fuera de juyzio; combidandole que jure, que aquello sobre que han la contienda, es assi como el dize, e que gelo cumplira, o se quitara del pleyto. E porende es llamada jura de voluntad, porque se da, o se recibe con plazer de las partes. E non es tenudo de la recebir aquel a quien la dan, si non quisiere; nin otrosi de la tornar a aquel a quien combidan con ella primeramente, queriendo que jure su contendor, non es el otro tenudo de la recebir, si non quisiere. E tal jura como esta, quando fuere fecha en la manera que fue otorgada, deue ser librado el pleyto por ella, tambien como si fuesse fecha en juyzio. E la jura que es de premia, es aquella que da el Judgador de su officio a alguna de ambas las partes en juyzio. E porende es llamada Jura de premia, porque la parte a quien el Juez mandare que la faga, non se puede escusar (7) della en ninguna manera, que la non aya de fazer; nin otrosi non puede combidar con ella a su contendor, que la faga. Ca si non quisiere jurar, de-

(a) E en que manera. E en que logar Acad.
(b) puede Acad.

(1) Segun S. Tomás 2. 2. quest. 89. jurar es invocar á Dios por testigo; de donde infiere S. Gerónimo *super Matthæum* que el juramento es un acto de latría, porque el que jura demuestra veneracion ó amor hácia aquel por quien jura, y añád. la Glos. á la quest. 22 1. *in summa*, siendo de notar que la definicion que da la presente ley es tambien conforme á la de S. Tomás, á saber la de que el juramento es la afirmacion ó negacion de alguna cosa hecha ó hacedera, confirmada por la invocacion de alguna cosa santa.

(2) V. *Matthæi* cap. 5. vers. 34. y 35. y cap. *et si Christus* 26. *de jurejur* y cap. *considera* 8. y los dos sig. 22. quest. 1.

(3) Pero será un juramento el que se haga por este fuego de Dios ó por esta criatura de Dios, porque entonces, se invoca, mas que al sér criado, al Criador del mismo, S. Tomás, lugar antes cit. y *in* 3. *sententiar.* dist. 39.

(4) V. cap. *qui compulsus* 22. q. últ.

(5) V. cap. *habemus* 22. q. 1.

(6) Conc. l. 17. D. *de jurejur.*

(7) Conc. cap. últ. *de jurejur.* y l. 12. §. 2. C. *de reb. cred. et jur.* y l. 38. D. d. tít.

ne ser dado por vencido de aquel pleyto. Fueras ende, si mostrasse alguna razon (8) derecha, por que la non deuiesse fazer. E tal jura como esta deue dar el Judgador, quando alguno se quere llasse en juyzio ante el, de fuerça, o de robo (9), o de engaño que ouiessen fecho en sus cosas. Ca si el pudiere probar manifiestamente, que le fue fecha fuerça, o robo, o engaño; maguer non pudiesse aueriguar, quantas cosas perdio por aquella razon, nin quanto valian, deue, e puede el Judgador, asmar, e apreciar, segun su aluedrio, aquellas cosas que dize que perdio, catando qual ome es aquel que faze la querella. E sobre esso, mandar al querelloso, que jure, que valia tanto (10), o que eran tantas, como el Judgador aprecio. E jurandolo desta guisa, deue ser creida la jura: e (c) librase por ella el pleyto, bien assi como si fuesse prouado por testigos. Otrosi dezimos, que si acaesciesse pleyto ante algun Judgador, que fuesse de diez marauedis (11) ayuso, e non pudiesse ser prouado, fueras ende por vn testigo (12), que fuesse ome sin sospecha,

(c) librarse Acad.

(8) Y cuales sean las justas causas para escusarse de prestar el juramento, V. en Abb. al cap. últ. princ. *de jurejur.* col. 2. vers. *circa prædicta.*

(9) Conc. l. 9. C. *unde vi* y añád. ll. 2. y 5. D. *de in lit. jur.* Inoc. cap. últ. *quod met. caus.* Bart. á las ll. 19. y 32. D. *de furtis.* Bald. á la l. 6. C. *de ord. cogn.* el mismo y la Glos. y Bart. á la l. 15. §. 7. D. *quod vi aut clam.* V. Jas. á la l. 10. §. 3. D. *de edend.* y Bald. §. *conventiculas* col. 2. *de pac. jur. firm.* y l. 9. D. *de in lit. jur.*

(10) Y este es el que se llama juramento *in litem*, por el que se afirma ser verdaderos los daños ó perjuicios, cuya indemnizacion se reclama. V. Glos. á la l. 5. glos. penúlt. D. *de in lit. jur.*

(11) Véase aquí determinado cuales son los negocios que se entienden de menor cuantía, para el efecto de deber admitirse en ellos la delacion del juramento: y entiéndase que se habla aquí de los antiguos maravedís de oro, equivalentes á los doblones llamados castellanos de nuestra moneda corriente. Añád. l. 24. tít. 14. Part. 7. y lo anotado á la l. 9. tít. 4. Part. 5. debiendo tenerse presente el bello texto de la l. 7. tít. 18. Part. 1. lo anotado allí; y tendrá tal vez lugar dicha delacion indistintamente en todas las causas cuya cuantía no llegue á los diez maravedís, sea cual fuere la condicion de las personas interesadas en ellas; [V. la adicion á la nota 226. tít. 2. de esta partida hácia el fin] quedando, por lo demas, al arbitrio del juez el admitirla ó dejarla de admitir, siempre que la cuantía sea mayor, segun lo anotado por Bart. y los DD. á la l. 31. D. *de jurejur.* y V. lo que se dirá en la nota prox. sig.

(12) O por cualquiera otra prueba semiplena, V. l. 3. y la Glos. y estensamente Bald. allí C. *de reb. cred.* y añád. Socin. *in suis regulis* regl. 204. donde refiere 80 casos en los que á pesar de haber la prueba de un testigo ú otra semiplena, no se admite el juramento supletorio, cap. últ. y l. 31. D. *de jurejur.* Pero; ¿tendrá este lugar aun en aquellas causas cuya cuantía sea mayor que la prefijada aquí, cuando, ademas de la declaracion de un testigo, exista alguna otra presuncion? V. Alex. vol. 2. consil. 122. col. 2. y Socin. 155. vol. 2. donde, contra la opinion de Roman., se esfuerza en probar la negativa. V. á Jason en la repeticion de d. l. 31. fol. 25. y Bald. á la misma l. 31. col. penúlt. donde esplica cuales son las causas graves ó de mayor cuantía y á quien incumbe probar que son tales por la categoría de las personas interesadas, ó por otro motivo [V. la adic. á la nota antecedente] y V. sobre todo lo que se acaba de decir á Socin. consil. 136. vol. 1.: debiendo, empero, advertirse que en ningun caso debe darse lugar al juramento deferido sin citar á la parte contraria, Bald. al cap. 1. *de controv. invest.* col. 3. ni sin previo conocimiento de causa; porque su admision se funda, mas bien, que en el rigor de derecho, en la equidad; la que, en este particular, jamas debe el juez perder de vista, Glos. y Bald. *de succes. frat. et grat. succes in feud.* Por lo demas, se admite dicho juramento en los juicios posesorios lo mismo que en los de propiedad, Dec. consil. 252. col. 1. pero siempre es necesario para ello que la prueba que se haya ministrado sea no solo semiplena, sino tambien verosimil, Bald. á la l. 1. C. *qui et advers. quos*, y asi cuando ha declarado un solo testigo, debe ser este mayor de toda escepcion y exento enteramente de sospecha, Bald. á la l. 31. col. 8. vers. *circa tertium*, D. *de jurejur.* y Alex. consil. 32. vol. 1. en cuyo caso puede admitirse el juramento al que hubiere ministrado dicho testigo, aunque por la parte contraria haya declarado otro tambien singular que esté en contradiccion con el primero, pero que sea menos íntegro é intachable. El derecho de la delacion del juramento se transmite á los herederos, Bald. al cap. 1. *si de invest. int. domin. et vasall.* Pero hay muchos casos, en que, á pesar de haberse ministrado pruebas semiplenas no se da lugar al juramento supletorio, y son los siguientes: 1.º cuando se trata de justificar pactos ó convenciones estravagantes, por estar contra ellos la presuncion,

e de buena fama; que en tal caso como este, deue el Judgador (15) dar la jura a aquella parte, que

cap. 1. §. últ. *quid sid invest.* 2.° cuando se trata de probar contra la presuncion que se desprende de una costumbre, Bald. á d. cap. 1.: 3.° cuando el único testigo que hubiere declarado, lo haya hecho sin dar razon de sus dichos, Bald. al §. *sacramentum*, col. 2. *de consuet. rect. feud.* ó cuando se haya fundado para declarar, no en su propia observancia, sino en razones periciales, Bald. á la l. 1. C. *de sentent. quæ pro eo quod int.* 4.° cuando la prueba semiplena ya ministrada consista en las declaraciones de varios testigos singulares por singularidad obstativa (esto es, cuyos dichos se escluyan ó contradigan mutuamente) Bald. á la l. 32. col. 18. D. *de legib.* y á la l. 1. el adicionador allí, C. *de testib.*: 5.° cuando se tratare de probar alguna costumbre ó algun hecho notorio, Bald. á d. l. 32. col. 18.: 6.° cuando el que ofrece el juramento ha quemado ó destruido el documento justificativo de la deuda, segun opina notablemente Bald. á la l. 1. C. *de fid. instrum.* ó cuando ha sido redarguído de dolo en la misma causa; 7.° cuando se trata de justificar algun hecho preventivamente *ad perpetuam rei memoriam*, Bald. á la l. 9. C. *de probat.*: 8.° cuando se trata de probar alguna enemistad, V. adicion. Bald. á la l. 30. C. *de testam.*: 9.° cuando las pruebas ministradas y el juramento ofrecido tienen por objeto la impugnacion de una sentencia, Bald. á la l. últ. C. *si minor se major dixerit:* 10°. cuando se trata de algun punto de aquellos que es necesario justificar plenisimamente con documentos, Juan Andr. al cap. *pia, de except.* lib. 6. Abb. al cap. 2. col. 14. *de ordin. cognit.*: 11°. cuando se ha movido á alguno cuestion de estado y se quiere probar que es esclavo, Bart. á la l. 2. §. 1. D. *de alien. jud. mut. caus. fact.* porque no debe admitirse aquella prueba privilegiada contra el que está en posesion de su libertad: 12°. cuando el que ofrece el juramento tiene declarado á su favor algun derecho, con tal que lo pruebe legítimamente, Alex. consil. 119. col. 3. vol. 2.: 13°. cuando hay probabilidad de poderse ministrar otras pruebas, á mas de la semiplena que ya se supone ministrada, Alex. consil. 109 hácia el fin vol 4. y á la l. 31. D. *de jurejur.*: 14°. cuando el que ofrece el juramento, constare que acostumbra jurar fácilmente y sin necesidad, Felin. al cap. 1. *de offic. ord.*: 15°. cuando las pruebas se dirijen á obtener que se imponga á alguno una pena, Bald. á la l. 1. col. 2. C. *de his qui pœn. nom.* y así lo mismo deberá decirse cuando se quieran hacer pruebas contra un oficial público en juicio de residencia ó sindicato, Ang. á la l. 2. C. *ubi de crim. agi. aport.*: 16°. cuando se recurre á un juez eclesiástico por defecto de juez secular Bald. al §. *si quis per* 30. hácia el fin *si de feud. fuer. controv. int. domin. et agnat.* [Pero este último caso no podrá ocurrir en el dia por estar los jueces eclesiásticos absolutamente escluidos de los negocios pertenecientes á la jurisdiccion ordinaria, y carecer de la jurisdiccion supletoria que los cánones les concedian y de hecho se les habia tolerado]. — La prueba del juramento supletorio es estraordinaria, ó mejor no es propiamente una verdadera prueba Bald. al §. *vasallus*, *si de feud. fuerit controv. int. dom. et agnat.* y acerca el estado que deba tener la causa para que en ella pueda admitirse dicho juramento, V. á Alex. consil. 128. vol. 2. hácia el fin. — Hay ademas algunos otros casos en que es dudoso si podrá aquél admitirse en defecto de plena prueba, como por haber declarado un solo testigo ó por haberse justificado de otra manera algun hecho semiplenamente: tales son 1.° cuando se quiera probar que un escribano ha padecido error en un documento público, V. Bald. á la l. 8. col. 2. D. *de stat. hom.*: 2.° cuando se trata de justificar la interrupcion de la prescripcion, V. Bald. *tractat. præscript.* fol. 73.: 3.° cuando se quiere probar la otorgacion de poderes á favor de un pretendido procurador, V. Abb. al cap. *cum pro causa*, *de procurat.*: 4.° cuando se hubiere ministrado una prueba semiplena, pero fuere esta contrarrestada por alguna presuncion, V. Bald. á la l. 1. C. *qui et advers. quos*: 5.° cuando habiendo el actor probado plenamente su demanda, y el reo sus escepciones semiplenamente pidiere este que se le defiera el juramento, V. Specul. tít. *de juram. delat.* vers. *quid. si actor*, Abb. al cap. últ. y Bart. á la l. 31. D. *de jurejur.* Dec. consil. 163. hácia el fin Alex. consil. 134. vol. 2.: cuyas especies, reunidas, como aquí, difícilmente se hallarán en otra parte; y añád. lo anotado á la l. 10. de este tít. — * El juramento supletorio, así como el decisorio voluntario de que hablan las leyes de este título, tiene actualmente en la práctica muy poca aplicacion, Febrero por Goyena y Aguirre §. 4967. y 4992. secc. 2. tít. 72. lib. 3. y creemos que atendido el estado de las costumbres, no debe darse lugar fácilmente á aquella especie de prueba, sobre todo en los negocios de alguna entidad, en los cuales se admitia el juramento en algunos casos, por haber hecho los prácticos estensivo á los mismos lo que se dispone en la presente ley con respecto á los pleitos cuya cuantía no llegue á diez maravedís. En el dia parece ser lo mas conveniente atenerse á la letra de la ley, y abstenerse de admitir el juramento en todos aquellos casos en que no haya instancia de parte ó imposibilidad legal de desecharlo.

(13) Apruébase aquí, al parecer, la opinion de Abb. al cap. últ. hácia el fin *de jurejur.* esto

entendiere, que dira mas en cierto la verdad, e librar el pleyto, segun que dixere aquel a quien dio la jura. Pero si el demandador quisiere de su grado fazer esta jura, deue ser otorgada. E non puede, nin deue la otra parte contrallarla. E tal jura como esta, e todas las otras juras, que el Judgador ha poder de dar a alguna de las partes, por las leyes deste nuestro libro, dezimos que son dichas Juras de premia. E la tercera manera de jura, que llaman de juyzio, es quando estan los contendores en su pleyto ante los Judgadores, e da el vno dellos la jura al otro, diziendole que jure, e que el estara por lo que jurare. E esta jura puede refusar aquel a quien la dan, e tornarla (14) al que gela da. Mas aquel a quien la tornare, non la puede refusar (15) por esta razon. Ca despues que el quiso que el pleyto se librasse por jura, combidando con ella a su contendor, si el otro la tornare a el, non la puede el refusar. Ca non es guisado, que aquello que el (*d*) escojó, por que se librasse el pleyto, que lo el pueda desechar; ante dezimos, que si non jurare, que lo deue el Judgador dar por caydo. E a esta llaman Jura de juyzio: porque seyendo el pleyto delante del Judgador, se la dan los contendores vnos a otros.

LEY 3. *Quien puede dar la jura, o tomarla.*

Dar puedela jura en juyzio tambien el contendor como el Juez, segun diximos de suso. Pero quando el contendor la diere, o la recibiere (16), deue ser de edad de veynte e cinco años (17); e que non sea loco, nin desmemoriado, nin sieruo; e otrosi que biua por si, e non en poder de su padre. E si non fuere atal, non puede el mismo, sin mandado de aquel que lo (*e*) ante tenia en su poder, otorgar jura a su contendor. E si por auentura la diere, e fuere daño del, o de sus cosas, non deue valer el juyzio, que fuere dado sobrella. Pero si otro la diere a alguno dellos (18) en juyzio, e al que la dieren jurare sobre algund pleyto, que se torne (19) a pro de su padre, o su señor, deue valer lo que jurare, bien assi como si su padre, o su señor lo ouiesse jurado. Otrosi dezimos, que si el padre ouiesse dado apartadamente, en manera de pegujar, alguna de sus cosas, o alguna quantia de marauedis a su fijo; que tal fijo como este, maguer fuesse de edad de veinte e cinco años, non podria dar jura a su contendor, en razon de tales cosas como estas, nin de otras que ouiesse ganadas con aquel pegujar. E si la diesse, non deue valer contra su padre. Fueras ende, si el padre le ouiesse otorgado libre (20), e general poderio, que fiziesse lo que quisiesse en juyzio, e fuera, de aquel pegujar: ca estonce bien lo podria fazer. E aun dezimos, que si alguno fuere desgastador (21) de sus cosas, e las despendiere en malos vsos, e el Judgador le defendiere por esto, que las non enagene, nin las malmeta: si despues alguno mouiere pleyto sobre alguna dellas, e el le diere la jura, non vale: nin el que assi jurasse, non ganaria por

(*d*) escojio Acad.

(*e*) tiene en su poderio Acad.

es, la de que debe el juez, aun sin instancia de parte, deferir el juramento supletorio; á pesar de pretender lo contrario Bart. á la l. 31. D. d. tít.

(14) Pero ¿podrá, aun no refiriéndolo, resistirse á prestar el juramento aquél á quien se hubiere deferido? Así parece debe opinarse con Bart. á la l. 38. D. *de jurejur.* y Abb. al cap. últ. d. tít. donde limita este último lo dicho al caso en que la delacion del juramento no haya sido aprobada por el juez. V. al mismo allí y la l. 8. de este tít.

(15) Conc. l. 12. §. 1. C. *de reb. cred.*

(16) V. l. 7. de este tít.

(17) Porque si fuese impuber, no le obstaria despues la escepcion del juramento, antes podria replicar á ella diciendo que no tenia la administracion de sus bienes, l. 17. §. 1. *de jurejur.* l. 1. §. 1. D. *quar. rer. actc. non dat.* y lo mismo seria si fuese un adulto y no tuviese curador, l. 3. C. *de in integr. rest.* pues si lo tuviese le obstaria el juramento; sin perjuicio, empero, de poder pedir la restitucion, la que se le concederia previo conocimiento de causa, l. 9. §. 4. D. *de jurejur.* y V. Azon *in summa* C. col. 2. *de reb. cred.* y Alex. á la l. 17. §. 1. D. d. tít. donde trata estensamente del juramento prestado por un adulto que no tiene curador.

(18) Y sobre si puede deferirse el juramento á un pupilo constituido en la infancia, V. Abb. á la l. 26. D. *de jurejur.* donde opina por la afirmativa, con tal empero, que sepa hablar, Bart. allí. V. l. 7. de este tít.

(19) Conc. ll. 20, 21, 22, 23, 24. y 25. D. *de jurejur.* y l. 5. §. 2. D. *de pecul.* V. l. 7. de este tít.

(20) Apruébase, pues, aquí la opinion de Alex. á la l. 25. D. *de jurejur.* contra Fulgos. quien pretendia no ser necesario que el hijo tuviese la libre administracion del peculio, para que, con respecto al mismo, pudiese deferirse el juramento.

(21) Conc. l. 35. §. 1. D. *de jurejur.*

(22) Pues en este caso le obligará el juramen

tal jura. Fueras ende, si aquella jura fuesse dada con otorgamiento de su Guardador (22).

LEY 4. *Quando puede el Personero de alguno, dar la jura en iuyzio a su contendor.*

Tres casos señalados (23) son, en que el Personero de otri puede, segun derecho, dar jura a su contendor en juyzio, porque se destaje todo el pleyto. El primero es, quando en la carta de la personeria le fuere otorgado señaladamente (24), que lo pueda fazer. El segundo, quando fuesse dado, e otorgado, libre, e llenero (25) poder en la personeria, para poder fazer todas las cosas, que el señor del pleyto podria fazer en aquella cosa, sobre que le fazia Personero. El tercero, quando alguno fuesse Personero del pleyto, que fuesse de tal natura, que el pro, e el daño (26) que viniesse del, se tornasse al Personero mismo. E esto seria, quando algun ome que ouiesse de recebir debda de otri, diesse, o vendiesse a algun ome, todo el derecho que el auia contra su debdor, e lo fiziesse su Personero, para poder mejor demandar esta debda, assi como a su cosa misma (27). Ca en tal caso como este, o en otro semejante del, bien podria el Personero dar la jura a su contendor en juyzio, e valdria. Mas en ninguna otra manera, fueras ende estas tres, dezimos, que si el Personero diere y tal jura, como sobredicho es, a su contendor, que non se puede aprouechar della, aquel que la faze; nin empece al señor del pleyto, cuyo personero era aquel que dio la jura.

LEY 5. *Quien deue jurar en razon de apreciamiento de la cosa, de daño, o de menoscabo que ouiesse rescebido.*

Premia (28) de los Judgadores faze a los omes a las vegadas, que juren en los pleytos: porque de otra manera non se podria librar la contienda que han entre si. E esto seria, quando el demandador ouiesse prouado su intencion en el pleyto, en razon de la cosa que demandaua por suya, o de tuerto, o de engaño que ouiesse fecho; e fuesse contienda entre las partes de la valia de aquella cosa, o del apreciamiento del daño, que ouiesse recebido en razon de tuerto, o del engaño, que auia prouado que le auia fecho. Ca en tales casos como estos, e en todos los otros semejantes dellos, en que las leyes deste nuestro libro dan poderio al Judgador, de otorgar la jura en razon del apreciamiento, a la parte que ha prouado; dezimos que la deue dar en esta manera (29). Catando primeramente, que cosa es aquella que el demandador demanda, e que menoscabo recebia por que la non puede auer: ca podria ser, que en mayor perdida se le tornaria aquella cosa, por non la auer, que non valdria, si se vendiesse comunalmente entre los omes. Esso mismo dezimos que deue ca-

to, salvo el derecho de pedir la restitucion por su menor edad, Glos. y DD. á la l. 2. C. *de cur. furios.* y Alex. á d. l. 35. §. 1. D. *de jurejur.*

(23) Apruébase aquí la opinion de Azon *in summa* C. col. 2. *de reb. cred.* col. 2. y segun la terminante letra de nuestra ley, cuando dice *tres casos señalados*, parece quedar escluido lo que pretende Bald. á la l. 17. §. 3. D. *de jurejur.* segun la lectura antigua, á saber, que, teniendo el procurador poderes para cobranzas, podria tambien deferir el juramento, por ser este equivalente al pago, fundándose en d. l. 17. y en la l. 20. D. d. tít.; bien que Alex. allí mismo opinaba ya por la contraria, porque la facultad de cobrar conferida al procurador, se entiende siempre para que pueda admitir el pago real y verdadero, no el presunto ó equivalente; l. 4. C. *de novat.* ll. 21. y 31. D. *de novat.* y porque el juramento tiene fuerza de pago con referencia al que lo defiere y al que lo presta, pero no respecto de otro tercero, Glos. not. á la l. 28. §. 1. D. *de jurejur.*

(24) Conc. l. 17. §. últ. D. *de jurejur.*

(25) Conc. l. 58. D. *de procurat.* y aun podria este procurador deferir el juramento en una causa dudosa, pero si nó, si no se tratara de créditos líquidos ú otros derechos indubitados, l. 12. C. *de transact.*

(26) Conc. d. l. 17. §. últ. D. *de jurejur.*

(27) Porque el que constituye á otro procurador *in rem suam* parece conferirle la omnímoda facultad de accionar en juicio; sin que sea necesario otorgarlo, en aquel caso, con otras palabras espresas; las que solo se requieren para conferir á aquel procurador el derecho de reclamar la eviccion contra el poderdante, Bald. al cap. 1. *de controv. int. vasall. et alium*, *de benefic.* — * Por las palabras con que se espresa la presente ley aquí, es fácil conocer que llama procurador *in rem suam* al que es cesionario de derechos ó acciones; el cual, por lo tanto, no gestiona propiamente como apoderado y en nombre de otro, sino en nombre propio.

(28) Háblase en esta ley del juramento *in litem* que se defiere por el juez, y el cual, á diferencia del decisorio, no puede ser deferido por la parte, l. 4. §. 1. D. *de in lit. jur.*; y la razon de esto puede verse en Bart. y Alber. allí.

(29) Conc. l. 4. §. 2. y l. 5. §. 1. D. *de in lit. jur.* y sobre la observancia é inteligencia de lo dis-

tar el Juez en el apreciamiento del Daño, que sufrio el demandador, por razon del tuerto, o del engaño (30), que prouo que le fue fecho. E quando todas estas cosas ouiere catadas, deue el Judgador asmar, e apreciar aquellas cosas, o el daño que ouiesse venido a la parte, por alguna de las razones que de suso diximos, (*f*) e poner cierta quantia (31), fasta quanto jure. E la parte deue jurar, que por tanto non queria (32) auer menos en aquella cosa que demandaua, o que aprecia tanto el daño que recibio, por razon de aquel tuerto, o de aquel engaño, quanto el Judgador asmo. E demas dezimos, que a otro non deue ser dada esta jura, si non al señor (33) mismo del pleyto (34). Empero si el pleyto fuere de huerfano, menor de catorce años, bien la pueden dar a aquellos que los han de guarda (35). Mas ellos non son tenudos de jurar (*g*) por el pro ageno, en la cosa que non es en cierto. Mas con todo esto, si tanto amaren la pro del huerfano, que quieran fazer esta jura, estonce bien lo puéden fazer, jurando por quanto non querian aquellos huerfanos, auer menos aquella cosa, fasta en la quantia que pusiesse el Judgador, segun diximos de suso. E deuee el Judgador librar el pleyto, por aquella jura que ellos dixeren. Pero si el huerfano fuere mayor de catorze años, puede fazer esta jura por simismo. E como quier que en esta jura non deuen ser apremiados los Guardadores, por fazerla, empero en todas las otras juras (36), que acaecieren en el pleyto de los huerfanos, les puede fazer premia el Judgador, que las fagan.

LEY 6. *Como deue ser dada la Jura al huerfano contra su Guardador, quando le non quisiesse dar cuenta verdadera, nin entregarle en sus bienes.*

Rebelde seyendo el Guardador, de manera que

(*f*) et porende mandamos quel de cierta contia fasta quando jurare Esc. 1.

(*g*) amidos, ca semeja grave cosa de jurar home por el pro ageno en la cosa de que non es cierto. Acad.

puesto aquí, V. á Bart. á la l. 3. §. 2. col. 3. D. *commod.*

(30) Con estas palabras se indica que por razon de culpa, aunque sea lata, no puede haber lugar al juramento *in litem*. V. la Glos. á la l. 5. D. *de in lit. jur.*

(31) Deben, pues, valorarse los daños y perjuicios antes de deferirse el juramento: no obstante, por derecho comun podia procederse á la valoracion antes y despues de la delacion; porque tratándose, como se trata, de fijar el precio de afeccion, no podia de esto resultar perjurio; y aun despues de prestado dicho juramento, puede el juez absolver al reo, y prescindir enteramente de lo jurado, segun la l. 4. §. penúlt. y últ. D. *de in lit. jur.* Mas á pesar de todo, parece que deberá observarse lo dispuesto aquí en nuestra ley y procederse á la valoracion antes de recibirse el juramento; bien que si se hiciera al contrario, no creo que por ello se incurriese en nulidad. Y debe notarse aquí que los daños y perjuicios de que se tratare, no se podrán tasar por afeccion en doble valor, del que comunmente deberia darseles, segun Jacob. de Aren. Butri. y Bart. á la l. unic. C. *de sentent. quæ pro eo quod int.* Ang. Alex. y Jas. á la l. 4. §. 1. D. *de in lit. jur.*

(32) En esto consiste el juramento del precio ó interes de afeccion, V. Bart. á la l. 3. §. 2. D. *commod.* y Paul. á la rubric. D. *de in lit. jur.*

(33) Conc. l. 7. D. *de in lit. jur.*

(34) Al procurador, pues, aunque lo fuese *in rem suam* ó señor del pleito, no podria admitírsele el juramento *in litem*, á menos que tuviere poder especial para prestarlo, segun Bart. á la l. 13. §. 13. D. *de damn. infect.* y Alex. á el l. 7. D. *de in lit. jur.* [Parécenos, empero, que bien podria jurar *in litem* el procurador *in rem suam*, si se califica de tal al cesionario, como lo hace espresamente la l. prox. anteced. y V. la adic. á la nota 27. de este tít.] Y sobre si el derecho de prestar este juramento pasa á los herederos del que reclama los daños y perjuicios que se le han irrogado, V. á Jason á la l. 1. § últ. *ne quis cum qui in jus vocar.* donde se lee una Glos. singul. que dice pasar aquel derecho á los herederos.—* Pero ¿pasará tambien contra los herederos, de suerte que éstos deban pagar, por razon de los perjuicios ocasionados por su causante el precio de afeccion que jurare aquel á quien se hubieren causado? Parece que, tratándose en tales casos de purgar el dolo ó engaño que se equipara á un delito, deberia observarse el principio de que la responsabilidad penal se transmite á los herederos, en cuanto se hayan hecho mas ricos ó reportado algun lucro del dolo que se trata de purgar. V. l. 17. de este tít.

(35) Añád. l. 4. princ. D. *de in lit. jur.*

(36) Porque los juramentos que no se refieren á la mera voluntad ó afeccion, sino á la creencia ó certeza de algun hecho, deben prestarlos tambien á los tutores y curadores, l. 2. §. 2. C. *de jur. propt. calum.* l. 13. §. 1. C. *de judic.* l. penúlt. C. *de reb. cred.* l. 21. §§. 3. y 5. D. *de noxal. action.*

non quisiesse dar cuenta verdadera (37) al huerfano, despues que fuesse de edad, o a otro que la quisiesse recebir en nome del; o no le quisiesse entregar sus cartas (38); o non mostrásse la carta del inuentario, en que fuessen escritos todos los bienes (39) del huérfano; o no le entregasse las otras cosas (40), que ouiesse tenido en guarda por el, o si le fuesse prouado, que al huerfano menoscabara alguna cosa de lo suyo por culpa (41), o por engaño de su Guardador; dezimos, que estonce, en qualquier destos casos, puede el Judgador dar la jura, a este que fue huerfano, que jure, por quánto non querria (42) auer menos aquella cosa, que su Guardador non le queria entregar; o en quanto apreeia el daño, e el menoscabo que recibió por razon del. E deuese librar el pleyto por su jura; apreciando todavia el Judgador, e asmando, fasta que quantia manda al huerfano que jure, assi como de suso diximos (43). Mas si el Guardador se finasse, ante que estas cosas le fuessen demandadas en juyzio, e el huerfano quisiesse mouer pleyto contra sus herederos, en razon del engaño, o del menoscabo que el Guardador le fiziera, o de alguna de las cosas qué de suso diximos; estonce el Judgador non deue dar tal jura como esta al huerfano contra los herederos (44). Pero deue puñar en saber verdad, quantos, e quales eran los bienes deste huerfano, que passaron a poder del Guardador: e que fruto, o renta pudiera salir de aquellos bienes. E desque ouiere sabiduria desto, deue dar juyzio contra los herederos del Guardador por el huerfano, en tanta quantia, como el asmare, que valian aquellos bienes. E si por auentura non pudiesse auer certidumbre desto, deue asmar, e apreciar, quanto podrian valer los bienes del huerfano, seyendo vendidos comunalmente entre los omes. E despues, fazer jurar al huerfano, que tanto valian sus bienes como el los aprecio; e de si librar el pleyto por ésta jura. Pero dezimos, que si los herederos del Guardador fiziessen engaño en los bienes del huerfano, o se menoscabassen por culpa dellos (45), que estonce bien puede el Judgador fazer jurar a los demandadores, en aquella misma manera que jurarian contra el Guardador, si fuesse biuo, e ouiesse fecho en los bienes del huerfano tal engaño, o tal menoscabo como este. E deuese librar el pleyto por tal jura como esta, en la manera que de suso diximos en el comienço desta ley.

(37) Conc. con esta ley la Glos. á la l. 1. §. 3. D. *de tut. et rat. distrahend.* la que califica Ang. de singular al §. últ. Instit. *de Atilian. tut.* y segun la cual débese tambien admitir el juramento *in litem* contra el tutor que se resistiere á rendir cuentas ó á hacer entrega de los bienes del pupilo: y lo que es mas, incurre el tutor en la pena de falsario por resistirse á rendir las cuentas l. 1. §. 9. y Bart. allí D. *ad leg. Cornel. de fals.*

(38) Añád. ll. 1. y 4. C. *de in lit. jur.*

(39) Conc. l. 7. princ. D. *de admin. tut.* siendo muy de notar las palabras de que se usa aquí: *en que fueren escritos todos los bienes*: de las cuales se infiere que se admitiria tambien el juramento *in litem* contra el tutor, aunque hubiese hecho inventario, si no hubiese continuado en él todos los bienes, á menos que hubiese omitido alguna parte de los mismos sin dolo, segun lo anotado por Bart. á la l. 1 §. 7. D. *de offic. præfect. urb.* Y ¿qué deberia decirse en el caso de ser insignificante ó de poco valor lo que se hubiese dejado de describir? V. al mismo Bart. allí, y añád. Specul. tít. *de instrum. edit.* §. últ. col. 2.

(40) Añád. l. 8 D. *de in lit. jur.*

(41) Lo que especial y esclusivamente tiene lugar en el caso de que se habla aquí; no admitiéndose en los demás el juramento *in litem*, cuando solo ha mediado culpa. l. 4. C. *de in lit. jur.* Glos. á la rubric. C. y á la l. 5. vers. *non ob culpam.* D. d. tít. —* V. nota 30. de este tít.

(42) Estas palabras unidas á las que preceden demuestran que el juramento *in litem* que se admite por la culpa de los tutores y curadores se estiende tambien al precio ó interes de afeccion, y no se limita al real y positivo ó comun: contra la opinion de Azon citada por la Glos. á la l. 4. C. *de in lit. jur.* é impugnada por Salic. allí, fundándose este en que, cuando se admite el juramento por razon de culpa, debe entenderse admitido en los mismos términos que cuando lo es por razon de dolo: y así lo declara espresamente la presente ley.

(43) V. l. prox. anteced.

(44) Conc. l. últ. C. *de in lit. jur.*, á menos que en vida del tutor hubiese quedado ya contestado el pleito, l. penúlt. C. d. tít. siendo muy notable esta disposicion de la presente ley. —* Pero el no poderse dar lugar al juramento *in litem* contra los herederos del tutor, á menos que estuviese ya contestado el pleito con este último, deberá entenderse únicamente para el caso especial en que, segun lo dispuesto aquí, se da lugar á dicho juramento por razon de la culpa leve; pues si se tratase de perjuicios ocasionados al pupilo ó menor por dolo ó culpa lata del tutor, parece deberia admitirse tambien el juramento contra los herederos, en cuanto se hubiesen hecho mas ricos, segun se ha dicho á la nota 34 y V. l. 1. C. *de hered. tut. veb curat.*

(45) Pero ¿deberá entenderse la culpa lata tan

LEY 7. *Quien puede recebir la Jura.*

Como quier que de suso diximos (46), que el que non es de edad, o esta en poder ageno, o es sieruo, o loco, o desmemoriado, o desgastador de sus bienes, non puede dar, nin otorgar en juyzio a su contendor, jura por que se le destaje el pleyto; con todo esso dezimos, que si alguno de sus contendores le diere jura alguna destas sobredichas, e el jurare cosa que se torne en su pro (47), que tal jura como esta, quier sea verdadera, o non, deue ser guardada contra aquel que se tuuo por pagado con ella, quando gela daua. E aun dezimos, que si aquel que fizo la jura, era menor de catorze años (48), o desmemoriado, o loco; que maguer manifiestamente jurasse mentira, non vale porende menos, nin le pueden dar por ello pena de perjuro. Ca todo ome (*h*) puede sospechar, que estos atales non dizen a sabiendas (49) mentira, nin se mueuen falsamente; mas por mengua de seso, o por gran simpleza que es en ellos, o porque non son de edad, juran, e dizen a las vegadas, cosas que non deuian. E porende el daño que recibiessen aquellos, que a atales como estos diessen la jura, deuenlo sufrir, porque les vino por su culpa.

LEY 8. *Quando se puede arrepentir aquel a quien dan la Jura.*

Avieneuse a las vegadas las partes en juyzio, que se libre la contienda, que es entrellos, por jura. E despues acaesce, que la parte que combida con ella a la otra, se arrepiente. E en tal caso como este dezimos, que la parte que combidare con la jura a la otra, que se puede arrepentir (50), si quisiere, ante que la faga su contendor, á quien combido con ella. E desque vna vez se arrepintiere, non gela puede despues dar. Otrosi dezimos, que aquel que es combidado de su con-

(*h*) debe Acad.

solamente? Así parece deberia entenderse y lo declara espresamente la l. 2. y Glos. allí C. *de in lit. jur.* Pero nuestra ley aquí parece disponer lo contrario, cuando dice que si ha mediado culpa de parte de los herederos, debe admitirse el juramento contra ellos, *en la misma manera que contra el Guardador, si fuesse biuo é ouiesse fecho en los bienes del huerfano tal engaño, ó tal menoscabo como este*: y así como contra el tutor se admite el juramento no solo por la culpa lata, sino tambien por la leve, segun la l. 4. C. d. tít. y lo dicho, en la nota 41., así tambien parece deberá admitirse contra los herederos.

(46) Conc. con esta ley la l. 17. §. 1. y siguientes l. 24 y l. 35 §. 1. D. *de jurejur*, y V. l. 3. de este tít.

(47) No le obligará, pues, el juramento que haya prestado en su daño, l. 3. de este tít.

(48) Debe, empero, entenderse con tal que no sea capaz de dolo; pues si lo fuere, no tendrá lugar lo dispuesto aquí, segun la Glos. al cap. 1. vers. *peccata*, *de delict. puer.* Cyn. Jacob. Butr. y Salic. á la l. 26. D. *de jurejur.* y Alex. allí, al cual estensamente se refiere Juan de Anani. á d. cap. 1. col. 4. y 5., donde dice poder dudarse si dicha l. 26. de la cual es sacada la nuestra de partida, debe entenderse limitadamente al caso especial de que se habla en ella, esto es al de que alguno haya deferido el juramento á un pupilo, pues deberá aquel imputarse á si mismo, si el pupilo jurare falso, y no podrá oponerle el perjurio, aunque fuere capaz de dolo: de suerte que en todos los demás casos incurra el pupilo, siendo capaz de dolo, en la pena de perjurio, tanto por derecho canónico como por el civil: cuya interpretacion favorecen las palabras de nuestra ley *ca todo ome puede sospechar* etc.

(49) Añád. l. 26. D. *de jurejur.* siendo de notar, segun lo dicho aquí, que se requiere el dolo para que haya verdadero perjurio: y añád. 22. quest. 6. vers. *item opponitur*, y Glos. al cap. *brevi, de jurejur.*

(50) V. l. 11. C. *de reb. cred.* Mas ¿podrá el que ha deferido el juramento arrepentirse no solo antes, sino tambien despues de aceptada la delacion? Bart. á la l. 5. §. 4. y á la l. 37. D. *de jurejur.* opina fundándose en d. l. 37. que solo puede haber lugar al libre arrepentimiento, antes de aceptarse la delacion, pero no despues; á menos que se haga con justa causa, como por haber encontrado el que defirió el juramento nuevas pruebas que antes no tenia, ó por haberse hecho aquel á quien se defirió hombre de mala vida, l. 11. C. *de reb. cred.* y l. 82. D. *de solut.* Lo mismo dice Juan de Plat. á la l. 1. C. *de sumpt. recuperat*; y esta es la opinion mas comunmente recibida. Alberic. empero, y otros pretenden que por d. l. 11. está indistintamente permitido el arrepentirse antes y despues de la aceptacion; opinando Salic. allí que en el supuesto de no poderse hacer sino con causa, bastaria el alegarla, sin necesidad de que se justificase: y tal vez así deba entenderse dispuesto por nuestra ley, dado que, siguiendo en esta parte la opinion de Azon *in summa* C. d. tít., indistintamente concede la facultad de arrepentirse de la delacion, sin espresar que deba hacerse antes de aceptada aquella: y V. á Alber. á la l. 6. D. *de jurejur.*

tendor con la jura, la puede tornar al otro (51) que gela dio, ante que el la reciba. E deuegela tornar en aquella misma manera (52), que la dauan a el. Ca despues que la ouiesse recebido (53), tenudo seria de fazer de dos cosas la vna; o jurar, o pagar, o quitarse de aquella cosa, sobre que era la contienda. E aun dezimos, que en aquella manera (54) que fue dada la jura, que en essa misma deue jurar aquel a quien la dan. Ca si le dixesse su contendor, que jure por Dios, e el otro dixere, que jura (*i*) por su alma, o por las de sus fijos, o desacordaren en otra manera qualquier semejante destas, non vale; ante dezimos, que deue jurar de cabo. Pero si aquel que da la jura a otro, dixere, que jure por alguna cosa vedada, non vale tal jura, maguer el otro la faga. Mas si alguna de las partes dixesse a la otra, que jurasse por su palabra llana, e el otro dixesse, juro vos que assi es; o si fuesse la contienda entre Monjes Religiosos, e se combidassen con la jura, a que dizen en latin Crede mihi (55), que quiere tanto dezir, como crey tu a mi en aqueste fecho, assi como yo creo en Dios; bien vale qualquier destas juras, pues que el que la dio, se paga que su contendor la fiziesse en aquella manera. Otrosi dezimos, que si aquel a quien es dada la jura, desque la recibio, e estaua aparejado para jurar, la quitare (56) a aquel que gela dio, o non quisiesse que jurasse; tanto vale como si ouiesse jurado, pues que por el otro finco, e non por el. Mas si a la sazon que le fue dada la jura, non la recibio (57), nin se pago della, e despues quisiesse jurar, non gela deuen recebir, sin plazer de aquel que gela daua primero.

LEY 9. *Sobre que cosas deue ser dada la Jura.*

Las cosas sobre que alguno da la jura a otro, deuen pertenecer a aquel que combida al otro con ella: porque aquel que jurare, se pueda mejor ayudar del juramento, despues que le fiziere. E ha menester que le pertenezca en alguna destas maneras: o que sea suya quitamente aquella cosa sobre que da la jura, o que aya algun derecho en

(*i*) por su cabeza o por la de sus fijos Acad.

(51) Conc. l. 9. C. *de reb. cred.* y l. 38. D. *de jurejur.*

(52) V. l. 34. §. 8. D. *de jurejur.*

(53) Apruébase aquí la opinion de la Glos. á la l. 38. D. *de jurejur* y V. Bart. allí: y entendiendose dicha ley en el sentido de que solo habiendo aceptado la delacion del juramento estuviese obligado á prestarlo aquél á quien se hubiese deferido, no podria ser dudosa la cuestion tan difícil, de si puede ó no deferirlo el actor que no ha hecho prueba alguna; pues entónces debería decirse que aun en este caso estaria el reo obligado á jurar, despues de haber aceptado la delacion, pero no antes, y podria entenderse lo dispuesto aquí en esta ley limitadamente para el caso en que la delacion hubiese sido aprobada por el juez, segun Bart. á d. l. 38. y así se infiere de la l. 12. §. 1. C. *de reb. cred.* á tenor de lo anotado á la l. 2. de este tít. Apesar, empero, de estar la delacion aprobada, no dejaria de haber la misma y aun mayor dificultad en resolver si no habiendo el actor minsitrado prueba alguna y por el mero hecho de haber aquel deferido el juramento al reo, podría obligarse á este á jurar, ó pagar ó referir dicho juramento. Specul. tit. *de juram. delat.* §. 1. vers. *si autem* resuelve esa cuestion por la negativa y pretende que en aquel caso no tendria lugar lo dispuesto en d. l. 38. fundandose en la l. 4. C. *de edend.* y en el cap. últ. vers. *sane, de jurejur*, con cuya opinion se conforma el adicionador Juan Andr. allí. Pero Alex. despues de Paul. de Castr. á d. l. 38. están por la contraria fundados en que, por faltar la aprobacion del juez, no deja de militar la propia razon indicada en d. l. 38. [esto es la de ser una verdadera confesion el acto de denegarse á jurar ó á referir el juramento aquél á quien se ha deferido] y, segun Paul. y Alex. opinan del mismo modo Francisc. de Aret. cap. 2. *de probat.* y Jason á d. l. 38: y la opinion de estos parece la mas probable. V. lo que sobre el particular, esplica elegantemente Socin. consil. 184. vol. 2.

(54) Conc. ll. 5. §. últ. 6. y 7. y 33. D. *de jurejur.*

(55) En los propios términos formula esta especie de juramento Azon *in summa* C. *de reb. cred.* y Glos. á la l. 8. princ. vers. *superstitionem* D. *de condit. instit.*

(56) Conc. l. 5. §. últ. l. 6. D. *de jurejur.* y l. 8. C. *de reb. cred.*

(57) Conc. l. 6. D. *de jurejur.* Y nótese bien lo dispuesto en la presente ley, la que alega Alber. despues de Matesilano, cuando trata la cuestion de si es necesario que haya aceptado en el mismo momento, aquel á quien se, ha propuesto venderle una cosa por cierto precio, para poder reclamarla como vendida, ó si no aceptando hasta el dia siguiente de habersele hecho la proposicion, no surtirá esta efecto alguno; y así lo he visto declarado en un caso semejante en que despues del ofrecimiento habian pasado muchos dias, antes de haberlo aceptado, V. l. 31. §. 22. D. *de ædilit. edict.* siendo muy de notar las palabras de nuestra ley *si á la sazon que lefue dada.* Y en el caso antes esplicado no valdria decir que se puede purgar la mora, porque esto no es po-

ella. Ca si en alguna destas maneras non le perteneciesse, non valdria: nin se tornaria en ninguna pro la jura (58), contra otro que *(j)* fuesse su dueño, que le demandasse aquella cosa. Pero si aquel que diesse la jura, fuesse Guardador (59) de algund huerfano, o Personero, o Mayordomo de Concejo (60), o de Villa, o de Hospital; e ouiesse contienda en juyzio en razon de algunas cosas, de aquellas que tuuiesse en guarda; e non pudiesse (61) auer en prueua de testigos, o de carta, con que se pudiesse ayudar, e fuesse el pleyto dubdoso (62); en tal caso como este bien puede el Guardador, o alguno de los otros sobredichos, dar jura a su contendor en juyzio, e valdra lo que jurare: ca de otra manera non la podria fazer.

(j) non fuesse su dueño Acad.

LEY 10. *Como los pleytos que pertenescen a algund lugar, se pueden librar por Jura: e otrosi los pleytos de Justicia, e de casamiento.*

Villas, o Pueblos han a las vegadas, cosas que pertenecen comunalmente a todos los de aquel Lugar; assi como *(l)* dehesas, o prados (63), o exidos, o otras cosas semejantes destas. E podria ser dubda, si alguno de los del Pueblo, mouiesse demanda sobre alguna destas cosas, si se podria tal contienda como esta librar por jura. E dezimos, que si la jura es dada a buena fe sin mal engaño, e non por gracia, non podiendo auer otra prueua que aueriguasse aquel pleyto, que lo podria bien fazer (64). Otrosi dezimos, que en todo pley-

(l) dehesas et exidos et otras cosas semejantes destas Acad. dehesas et salidas et otras cosas, Esc. 4.

sible, cuando, tratándose de adquirir una accion, se ha dejado transcurrir el tiempo señalado por la ley, l. 41. §. 12. D. *de fideicom. libert.*

(58) Conc. l. 9. §. últ. y l. 10. D. *de jurejur.* y V. Azon *in summa* col. 2. vers. *pertinere* C. *de reb. cred.*

(59) Conc. l. 35. princ. D. *de jurejur.*

(60) V. lo anotado á la 29. tít. 4. de esta partida.

(61) ¿Qué deberia decirse si despues de prestado el juramento apareciesen nuevas pruebas de que antes no habia tenido noticia el que tratase de aprovecharse de ellas? V. Alex. despues de Paul. de Castr. á d. l. 35. princ. D. *de jurejur.*

(62) Añád. l. 12. C. *de transact.* y Azon *in summa* C. *de reb. cred.* col. 2.

(63) Nótese bien que sobre los pastos públicos tiene accion cualquiera de los individuos de pueblo, V. l. 3. D. *de termin. mot.* y el que la hubiere entablado podrá tambien deferir el juramento; de donde parece inferirse que en los juicios promovidos por accion popular tendrá lugar dicha delacion aun respecto de aquellas cuestiones ó derechos que tengan una causa permanente ó trato sucesivo. Pero, cuando un individuo del pueblo haya intentado la accion y deferido el juramento ¿perjudicará esto á los demás, de suerte que ninguno pueda accionar despues de la delacion y de la sentencia que en virtud del juramento se hubiere proferido? Así lo pretende la Glos. á la l. 30. §. 3. D. *de jurejur.* Pero lo contrario opinan Bart. y la generalidad de los DD. allí: y Alber. despues de Guido. Fulgos. y Alex. proceden, en esta parte, con distincion; y dicen que perjudicará á los demás el juramento y la sentencia, cuando aquél se hubiere deferido y prestado sobre un punto de derecho, mas no si lo fuere sobre un punto de hecho, como por ejemplo en el caso que trae d. Glos. en el cual se supone la cuestion sobre la servidumbre de tener cosas colgadas en el camino público. Imol. Ang. y Paul. de Castr. allí pretenden que en ningun caso la delacion hecha por un indivíduo perjudica á los demás interesados en la cuestion popular. La presente ley de partida no ha resuelto la dificultad, á pesar de que en el caso aquí propuesto parece declarar que, cuando el juramento ha sido deferido de buena fé [esto es, no voluntariamente, sino con justa causa ó *non podiendo auer otra prueua*], perjudicará á todos los demás interesados. Mas fuera de dicho caso, indudablemente no produciria, segun esta ley, efecto alguno el juramento. Jas. á d. l. 30. §. 3. reprueba la esplicada distincion con que Alber y Alex. trataron de conciliar las opiniones encontradas, y quiere que absolutamente el juramento, ya verse sobre puntos de hecho ó de derecho, no pueda causar perjuicio á los demás, habiendo sido deferido por un solo individuo: digno, empero, es este punto de mas detenida reflexion, pues no es fácil resolver la cuestion en uno ú otro sentido; aunque, en mi juicio, es mas probable la citada opinion de Guido. Alber. y Alex. atendida sobre todo la disposicion de esta nuestra ley.

(64) Parece que mas bien debia declararse lo contrario, dado que el que intenta la accion popular, no tiene poder especial para deferir el juramento, ni puede compararse al que lo tiene libre y con plenas facultades, ni puede siquiera ser considerado como un verdadero procurador, V. l. 3. de este tít. y l. 17. §. últ. D. *de jurejur.* aunque, segun Alber. á la l. 30. §. 3. D. d. tít. observa que vendrá á ser como un procurador *in rem suam*, citando la l. 3. D. *de terin. mot.* Paul. de Castr. adelanta todavia mas y dice que todo individuo de un comun que entabla una accion popular debe ser considerado como un

to criminal, que non puede ser prouado por otorgamiento de las partes, ni por testigos, que puede el vn contendor dar la jura al otro, si se auinieren (65) en ella. E aun dezimos, que el pleyto criminal (66), que non se pudiesse aueriguar, si non por grandes señales, o por vn testigo, non deue el Judgador (67) dar la jura al contendor que dio la prueua; assi como de suso diximos, que la puede dar, e otorgar en algunos otros pleytos, que non son criminales. Ante deue dar por quito al accusado, pues que acabada prueua non falla contra el. Fueras ende, si fuesse ome vil (68), o de mala fama, o sospechoso, que por tales señales, o vna prueua, que fuesse

procurador de la universidad, lo mismo que si se le hubiese conferido legitimamente poder para administrar. Pero, lo que se ha dicho del juramento deferido ¿tendrá lugar tambien respecto de la sentencia que se profiera en el juicio promovido por la accion popular, de suerte que, intentada esta por un individuo, perjudique la sentencia á los demás? Así lo opinan generalmente los DD. á d. l. 30. §. 3. fundándose en el texto de la misma y en la l. 3. §. 13. D. *de lib. hom. exhib.* Pero la Glos. al citado §. 3, segun cierta lectura del mismo, pretende lo contrario, y esta opinion es la mas comunmente recibida, tratándose de los convenios ó transacciones que, en cuestiones populares, hubiere otorgado algun individuo: esto es que lo obrado por este no perjudica á los demás, Alex. allí; y V. l. 20. [hácia el fin] tít. 22. de esta partida.

(65) Apruébase aquí la opinion de Azon *in summa* C. *de reb. cred.* col. 3. y de la Glos. á la l. 3. vers. *agatur* D. *de jurejur.* Mas aplicando dichas doctrinas al juramento voluntario en negocios criminales, debe entenderse limitadamente á los que versen sobre aquellos delitos, por razon de los cuales se puede transigir; en cuyos casos obstará el juramento al que lo hubiere deferido, aunque no á cualquiera otro que por el mismo delito trate de entablar nueva acusacion, y tampoco al juez; pero si la causa versare sobre delitos de aquellos por los cuales no es lícito transigir, entónces ni obstará el juramento al mismo que lo hubiere deferido, segun Alex., á quien puede verse, á d. l. 3. col. penúlt. Y lo dicho tendrá lugar, cuando fuere el acusador el que defiera el juramento al reo: pues si fuere al contrario, deberá considerarse el juramento que prestare el acusador, como una confesion estrajudicial. V. á Alex. y Jas. allí col. penúlt.—* V. la adic. á la nota 68.

(66) V. Felin. al cap. *veniens* el 1. núm. 4. *de test.* y V. sobre la materia lo anotado por Alex. consil. 66. vol. 1. donde trata de lo que deberá decirse cuando el reo en una causa criminal hubiere probado semiplenamente su inocencia: y tambien del juramento judicial que una de las partes litigantes defiere á la otra. V. al mismo Alex. col. penúlt. y Jason col. penúlt. á la l. 3. princ. D. *de jurejur.*—* V. la adic. á la nota 68.

(67) Apruébase aquí la opinion de Azon y de la Glos.

(68) Bella limitacion, con la cual se aprueba lo que, citando á Ludov. Roman. á la l. 31. D. *de jurejur.* habia pretendido Alex. á la l. 3. princ. D. d. tít. col. 3. y V. al mismo, consil. 66. vol. 1. col. 2. y Jas. á d. l. 3. princ. col. penúlt.—* Por lo que aquí dispone nuestra ley y lo anotado á la misma por el Glosador es fácil conocer que se admitia tambien en las causas criminales el juramento como otro de los medios de prueba ó como suplemento de ella. Mas en el dia estando dispuesto que en las espresadas causas á nadie ha de tomarse juramento sobre hecho propio, artº. 291. Constitucion de 1812. ley de 17. Setiembre de 1837, ¿deberá entenderse derogado lo dispuesto en la presente ley? ¿deberá concluirse que esté el juramento prohibido no solo al recibirse al reo la indagatoria y confesion, sino tambien en el plenario al mismo reo y al acusador cuando se lo defieran uno al otro ó cuando alguno de ellos lo ofrezca, como suplemento de la prueba semiplena que hubiere ministrado? Así lo opinan los SS. Goyena y Aguirre §. 4977. secc. 2. tít. 72. lib. 3. del Febrero y con ellos D. Joaquin Escriche, Diccion. de Legisl. y Jurisp. §. 5. palabra *juramento supletorio* pag. 799. tom. 2º. Y si bien esta opinion no se infiere, en nuestro concepto, necesariamente del texto de d. art. 291. porque podria alegarse en defensa algun hecho y ofrecerse para justificar su certeza el juramento, á falta de otra prueba, sin que fuese *hecho propio* del que lo alegase; sin embargo de esto, creemos que puede afirmarse absolutamente que en las causas criminales, en sumario y en plenario, sobre hechos propios y agenos está prohibido admitir el juramento decisorio voluntario y el supletorio, de parte del reo, por el grave peligro de que para librarse de la pena cometería un perjurio, y de parte del acusador, porque, siendo este un particular, no escluye la intervencion del ministerio público que coadyuva la acusacion y representa el interes de la sociedad en que el delito sea castigado; por cuyo motivo ni el acusador fiscal puede transigir el negocio, por no estar en sus atribuciones, ni el particular que transijiere, puede con esto perjudicar el interes del público ni la accion fiscal: y por consiguiente ni uno ni otro podrán deferir el juramento, por ser este acto, en sus resultados, una verdadera transaccion. La prueba del juramento en las

sin sospecha, que testiguasse contra el, deue ser metido en tormento. Ca estonce bien puede el Judgador, otorgar la jura, a aquel que fizo la accusacion, si fuere ome de buena fama, e es pleyto, en que non aya justicia de sangre. Otrosi dezimos, que si es contienda en juyzio entre algunos omes en razon de casamiento; o si Abad, o Prior de algun Conuento, o Maestro de alguna Orden, demandasse a otro, que era su Monje, o su Frayle, o su Converso; que bien se pueden tales pleytos como estos, e otros semejantes dellos, acabar por jura, auiniendose (69) las partes sobrello. E esso mismo dezimos, si fuesse la contienda sobre fecho (70), como si dixessen a alguno, que jurasse que fiziera tal cosa, o que non la fiziera, o si la dio, (*m*) o non. E si fuere contienda sobre fuero, o sobre costumbre (71) de algund lugar, sobre el verdadero entendimiento del fuero. Ca tales pleytos como estos bien se pueden por jura librar, en la manera que los otros.

LEY 11. *Que cosas deue catar el que jura.*

Mucho deue catar aquel que jura, que non diga cosa por que aya de caer en perjurio. Ca si la jura que tomaren del, es para dezir verdad ciertamente, assi como es aquella por que se destaja el pleyto (72), de que fablamos en las leyes deste titulo, e otrosi la jura que toman de los testigos, deue estonce dezir lo que sabe de cierto: o si por auentura non se acuerda dello, de manera que la pueda dezir ciertamente; estonce, o deue tomar plazo (73) en que se pueda remembrar del fecho, o dezir que non sabe ende cierto la verdad. Mas si la jura fuere de tal natura, que el ome que la ha de fazer, sea tenudo a lo menos de dezir, lo que cree de aquel fecho sobre que jura, assi como es la jura de la Mancuadra, de que fabla

(*m*) o non; o si fuesse contienda etc. Acad.

causas criminales habia llegado á ser obligatoria, y, bajo el nombre de *purgacion canónica*, era otro de los llamados *juicios de Dios*, que no tenian lugar á peticion de los acusados, sino que el juez les mandaba sujetarse á ellos y prestar, por ej. el juramento para purgarse de los indicios de algun delito no bien probado que tal vez resultase contra ellos. La ignorancia y supersticion de aquellos tiempos habia alimentado la creencia de que á los que juraban falso se les iba despues secando poco á poco la mano, sobre todo si habian jurado en alguna iglesia ó altar de las que, por costumbre ó tradicion, se reputaban, á dicho efecto, como de mas autoridad, y se llamaban *juraderas*, á las cuales se refiere la l. 5. tít. 9. lib. 11. N. R. que prohibe se preste juramento alguno aunque la parte lo pida ó el Juez lo mande, en S. Vicente de Avila, ni en el herrojo de Sta. Agueda ni sobre el altar, ni cuerpo santo, ni sobre las reliquias del cuerpo de S. Isidoro de Leon, ni en otra Iglesia juradera, bajo la pena de diez mil maravedís, exijideros al que jure, al juez que lo mande y á la parte que lo pida, aplicados á la Cámara y al Fisco. La disposicion de la presente ley de Partida debe considerarse como un resabio de las costumbres que se acaban de esplicar, en cuanto admite, en las causas criminales, la prueba del juramento deferido, el cual, por dicha razon y por lo que se ha dicho antes, debe considerarse prohibido, no solo en el sumario, en cuyo estado de la causa lo prohibe espresamente d. art. 261. de la Const. sino tambien en el plenario, por las razones que antes se han indicado.

(69) Háblase, pues, aquí del juramento voluntario deferido por la una parte á la otra, debiendo limitarse la admision del mismo en las causas matrimoniales, al caso en que se haya deferido por el reo al actor, y que este sostenga la validez del matrimonio; porque no podria admitirse, si fuese al contrario, segun Bart. despues de Jacob. Butr. á d. l. 3. princ. D. *de jurejur.* cuya opinion es la mas recibida, segun Alex. allí. Mas el juramento necesario ó el que se defiere por el juez en defecto de otra prueba, no puede tener lugar en las causas espresadas, Glos. al cap. *mulieri, de jurejur.*; á menos que, por concurrir algunas cirunstancias, le parezca al juez conveniente el admitirlo; y aun entónces, podrá únicamente deferirse al actor que sostenga la validez del matrimonio, segun Juan Andr. y Abb. allí y Alex. á d. l. 3. princ. hacia el fin. Y lo mismo respectivamente deberia decirse en las causas en que se pretendiese que alguno es monje ó relijioso; de las cuales se habla tambien en esta ley, Alex. allí.

(70) V. Azon *in summa C. de reb. cred.* cuya opinion es adoptada aquí.

(71) Tambien se aprueba en esto la opinion de Azon, lugar citado col. 4. mas entiendase lo dicho aquí, del juramento voluntario ó convencional; pues no tendria lugar el necesario para probar un fuero ó costumbre como se ha dicho á la l. 2. de este tít., nota 12, citando á Bald. á la l. 32. col. 18. D. *de legib.*

(72) Debe jurarse, pues si son ó no ciertos los hechos de que se trata, no si los cree ó no el que jura, V. Glos. á la l. 34. princ. D. *de jurejur.*

(73) Conc. d. l. 34. princ. y la Glos. allí D. *de jurejur.* en cuanto lo que aquí añade nuestra ley, esto es, que tambien los que declaren en calidad de testigos pueden pedir un plazo para

mos de suso; estonce abonda que diga, que cree (74), o que non cree, el fecho sobre que le preguntan. E valdra lo que dize por creencia (75), bien assi como si lo dixesse por cierto. Pero ante que esto diga, deue asmar en su coraçon, si cree sin dubda, que sea assi, como el responde por su jura. Ca si por auentura alguna dubda ouiesse en su (n) creencia, deue tomar plazo (76), ante que responda a la pregunta que le fazen para acordarse a responder en cierto sobre ella. E si fuesse otra jura atal, en que aquel que la deue fazer, pueda apreciar la cosa, e el menoscabo que ouiesse rescebido por ella, porque non gela quisiesse (77) entregar su contendor, o gela ouiesse maliciosamente traspuesta, o por razon de tuerto (78), o de engaño; estonce deue asmar el menoscabo (79), o el daño que rescibe porende, derechamiente, e sin mala cobdicia (80). E catando (ñ) la jura en alguna destas tres maneras de juras, e guardando lo que aqui dezimos, non

(n) corazon Esc. 1.

(ñ) aquel que ha de jurar en alguna etc. Acad.

deliberar; el cual, en opinion de Bald. á la rubric. D. d. tít. puede concederseles, aunque espresa el mismo allí no saber ley alguna en que se disponga semejante cosa; y añád. Bart. á la l. 27. col. últ. vers. *quæro pro declaratione* D. *ad leg. Cornel. de fals.*—*La l. 2. tít. 9. lib. 11. N. R. parece contraria á la presente de Partida, en cuanto dispone aquella que la parte responda á las posiciones que le fueren puestas, sin consejo de Letrado, *ni termino para deliberar*; á menos que se entienda esto último dispuesto únicamente para el caso en que se ponen posiciones á la parte contraria, sin deferirle el juramento decisorio ni querer estar por lo que ella jure, sino para provocar una confesion judicial, que es lo que mas comunmente se practica y á lo que sin duda alguna se refiere la l. recopilada.

(74) Añád. cap. *præsentium*, *de testib.* lib. 6. y l. 1. tít. 4 lib. 3. Ordenam. Real. Lo contrario, empero, se dispone por el cap. 12. de las Ordenanzas de Madrid [l. 2 tít. 9. lib. 11. N. R.] esto es que no puede contestarse por las palabras *creo ó no creo*, sino que es necesario hacerlo, *confesando ó negando*.

(75) Añád. d. l. 1. tít. 4. lib. 3. Ordenam. y la Glos. al cap. *ex litteris*, *de jurejur.* la que alega, como notable, Abb. al cap. 1. *de lit. cont.* hácia el fin, col. penúlt. y añád. Bald. á la l. últ. C. *arbitr. tutel.* y á la l. 1. hácia el fin, C. *de fals. caus. adject. leg.* y lo anotado por Bart. á la l. 1. col. 2. D. *de vulg. et pupil.*

(76) Apruebase aquí la opinion de la Glos. á á la l. 2. §. 2. C. *de jurejur. propt. calum.* y lo mismo opina Bart. á d. l. 34 y Alber. allí, añadiendo este último que así lo ha visto practicar; apesar de que, segun el mismo allí, pretendian lo contrario Jacob. Butr. y la Glos. al cap. *cum causam*, *de juram. calum.* y así está espresamente prevenido en el cap. 12. Ordenanzas de Madrid [d. l. 2. tít. 9. lib. 11. N. R.] esto es que para absolver las posiciones que una de las partes hubiere puesto á la otra, no debe concederse á esta término para deliberar. Talvez haya de entenderse esceptuado de esta disposicion el caso en que se tratare de responder sobre un hecho muy antiguo ó complicado, segun Bald. á la l. 12. C. *de contrahend. et commit stip.* y concedido limitadamente para dicho caso el plazo ó término de que habla la presente ley de partida; ó bien que solo se conceda para prestar el juramento deferido judicial ó voluntario del cual se habla en esta ley, mas no para responder á las posiciones, de suerte que para jurar pueda pedirse término indistintamente, ya sea ó no antiguo ó intrincado el hecho de que se trate.—*Lo anotado aquí por el Glosador confirma lo que se ha dicho en la adicion á la nota 74; y de todos modos creemos que, cuando se hayan de absolver posiciones, por mas que no se haya de exijir la contestacion á ellas instantáneamente, antes pueda y deba el juez conceder al preguntado el tiempo necesario para recapacitar y traer los hechos á la memoria; pero jamas debe acceder al señalamiento formal de un plazo para deliberar, no solo por oponerse á ello la terminante letra de la ley recopilada, sino porque, no pudiendo la parte separarse de la presencia del juez ni tomar consejo desde que se le han manifestado las posiciones hasta que las haya absuelto, seria imposible ó muy engorroso el cumplir con semejante formalidad, cuando se hubiese concedido término para deliberar, porque mientras este corriese deberia la parte á quien se hiciesen las preguntas ó posiciones permanecer en presencia del juez.

(77) Conc. l. 68. D. *de rei vindic.* y l. 5. D. *de in lit. jur.* Y acerca de si deberá darse lugar al juramento *in litem*, cuando se tratare del cumplimiento de contratos inominados, V. la Glos. á la l. 5. §. 4. D. *de præscript. verb.* ó cuando el juez procediere de oficio, V. la Glos. y Paul. á la l. 7. D. *si servitus vindic.*

(78) Añád. l. 2. y lo anotado allí, y l. 5. de este tít.

(79) Pero, ¿á que época deberá referirse el que jurare el importe de los perjuicios que se le han irrogado, sea que declare el precio de afeccion ó de verdad? V. Bart. á la l. 3. §. 2. col. 3. D. *commod.*

(80) En los contratos, empero, y obligaciones de buena fe, que dan accion de las llamadas *ar-*

podria ligeramente caer en perjuro. Otrosi dezimos, que non deue ome jurar por antojamiento (81), nin por liuiandad, si non por alguna guisada razon, porque lo ouiesse de fazer; assi como por mandado del Rey, o del Judgador, o por razon de guardar alguna postura (82), o auenencia, o pleyto, que sea de tal natura, que non se tornasse en deshonrra, nin en daño del Rey (83), nin del Reyno, nin de su alma (84), de aquel que lo fiziesse. E maguer alguno fuesse de tan mal entendimiento, que esta jura fiziesse, non es tenudo, segund Dios, nin segun el mundo (85), de guardarla (86); como quier que deua ser escarmentado (87), aquel que se atreuio a fazerla.

LEY 12. *Que pro viene de la jura.*

Los Sabios (88) antiguos dixeron, aun acuerdase con ellos el Apostol Sant Pablo (89), que a las vegadas la jura es acabamiento, e fin de las contiendas, que nascen entre los omes. E por ende, si alguna de las partes jurare con plazer de su contendor, o con otorgamiento del Juez, que el auia del comprada (90) alguna cosa por cierta quantia de marauedis, tenudo es el otro de entregarle de aquella cosa, bien assi como si ouiesse prouado que gela auia vendida. E otrosi la otra parte (91) puede pedir a el el precio de aquella cosa, por aquella misma jura. Fueras ende, si

bitrarias, se admite el verdadero juramento *in litem*, por el cual se estima el interes de afeccion, V. ll. 3. 5. y 6. de este tít.

(81) Tres requisitos, pues, deben acompañar al juramento; la verdad, la discrecion y la justicia, cap. 2. 22. quest. 2. cap. *innocens* 22. quest. 4. y añád. cap. *unusquisque* 8. de d. caus. y quest.

(82) Y en esto mismo se funda la pragmática de Talavera [es la l. 7. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.] que permite á los escribanos continuar juramentos en las escrituras de pactos ó contratos, á pesar de prohibirlo la ley del Ordenamiento. —*V. l. 6. d. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(83) V. cap. 31. y cap. *venientes* 19. *de jurejur.*

(84) Seis son los casos en los que se considera ilícito el juramento, segun la Glos. á la suma, 22. quest. quarta, que puede verse toda y señaladamente el cap. *in malis prommissis* 5. y cap. *si ad peccatum* 20.: y lo mismo debe decirse por punto general, siempre que haya de ser peor el cumplir el juramento prestado, que el dejar de cumplirlo; y esto es lo que puede suceder de seis maneras; 1ª. cuando lo que se ha prometido hacer bajo juramento, es naturalmente un mal, como si alguno jura cometer un homicidio; 2º. cuando el hecho que se ha jurado practicar es indiferente en abstracto, pero concretamente puede resultar criminoso, como en el que jura obedecer al rector [ó á otro]: 3º. cuando el hecho juramentado escluye otro hecho ú obra piadosa, ó es contrario al bien público, ó sabe á monopolio, ó escluye alguna otra cosa naturalmente buena; 4º. cuando es indiferente; ó en si no es bueno ni malo, y accidentalmente se hace despues demeritorio ó importa á lo menos un pecado venial, como si alguno jurare no hablar con otro, ó creerle bajo su palabra, y esto pudiere redundar despues en perjuicio de tercero, V. Bald. á la l. 4. C. *de reb. cred.* debiendo añadirse que en todos los casos en que el juramento pueda ocasionar algun daño, aunque solo importe pecado venial, cesa la obligacion de cumplirlo, Bald. al §. *item sacramenta* hacia el fin *de pace juram. firm.* y V. Glos. al cap. *si aliquid* 22. quest. 4.

(85) Y cuando ocurriere alguna duda sobre la licitud ó ilicitud de un juramento, no corresponde al Príncipe, sino al Papa el decidirla, cap. *venerabilem* 34. *de elect.* y Abb. all col. 4. donde trata la cuestion de si puede el Obispo considerarse tambien juez competente en el caso referido; y sobre si puede el Emperador dispensar el cumplimiento de una obligacion jurada, V. Alex. consil. 38. col. 4. vol. 3.

(86) Antes en todos los casos aquí espresados, podrá el que hubiere prestado el juramento dejar de su propia autoridad de cumplirlo, cap. *in malis* 5. y siguientes 22. quest. 4.; á menos que dudare si el juramento ha sido lícito ó ilícito, en cuyo caso deberá acudir al superior, cap. *venerabilem* 34 *de elect.* donde dice Inocenc. que apesar de ser un juramento temerario, y de mal ejemplo, con tal que pueda cumplirse sin peligro de la salvacion eterna, deberá acudirse al superior antes de considerarse dispensado, arg. cap. *cum quidam* 12. *de jurejur.* pero que si, apesar de ser temerario, no fuere de mal ejemplo, deberá cumplirse, arg. cap. *debitores* 6. *de jurejur.* y concluye con la notable especie de que puede pretenderse dispensacion no solamente de los juramentos temerarios, sino tambien de los lícitos y honestos, en caso de urgente necesidad, ó cuando del incumplimiento pueda seguirse grande utilidad espiritual; y lo mismo opinan allí Card. y Abb. col. últ.

(87) V. cap. *cum quidam* 12. y cap. *sicut*, *de jurejur.*

(88) V. l. 1. D. *de jurejur.*

(89) Epist. *ad Hebræos* cap. 6. vers. 16.

(90) Conc. l. 13. §. 6. D. *de jurejur.*

(91) ¿Podrá, empero, oponerse la escepcion de dinero no contado ó no recibido á la demanda ejecutiva que se entable en virtud de un título que tenga aparejada ejecucion y esté roborado con juramento? V. l. 2. y Bart. allí D. *de jure-*

su contendor ouiesse jurado, que auia comprado del aquella cosa, e pagado el precio della. Esso mismo seria, si jurasse, que diera en peños (92) alguna cosa a su contendor por cierta quantia (93) de marauedis que le prestara (94). Ca despues desta jura tenudo seria su contendor, de entregarle de aquella cosa, que juro que el auia empeñada. E otrosi es tenudo de pagarle aquella quantia de marauedis, que juro que recibio emprestados sobrella. Otrosi dezimos, que si jurare que le prometieron de dar alguna heredad, o otra cosa en casamiento (95) con su muger, que la puede demandar, que le deue ser entregada; bien asi como si ouiesse prouado, que por aquella razon le fuera prometida. E despues que fuere entregado, si el casamiento se partiere por muerte, o en su vida por alguna razon, tenudo es de fazer derecho, (*o*) o de entregar aquella dote a su muger, o a los herederos della por aquella misma razon que juro, que gela dieran.

LEY 13. *Que pro nasce a aquel que jura en razon de la cosa que es suya.*

Contienda (96) seyendo entre las partes en juyzio sobrel señorio de viña, o de campo, o de otra cosa qualquier; si el demandador juro con plazer del demandado, o con otorgamiento del Juez, que aquella cosa que demandaua, era suya, tenudo es el demandado, de entregarle aquella cosa. Otrosi dezimos, que si despues que fuere entregado, perdio la tenencia de aquella cosa, que la puede demandar como por suya (97), a quien quier que falle tenedor della. E esto puede fazer, por razon de la jura que fizo, e de la tenencia que gano por ella. Fueras ende, si viniesse aquella cosa en poder de otro alguno, que razonasse, e mostrasse, que era verdaderamente suya (98). Ca estonce aquella jura, que este ouiesse fecho con voluntad de otri, non empeceria al verdadero señor della; pues que el, nin su Personero, non se acertaron a otorgarla. Empero si aquel a quien es dada la jura, tenia la cosa sobre que gela dieron, e juro que non era suya (99) de aquel que la demandaua, puedese defender por razon de la jura contra el, quando quier que gela demande. Mas si perdiere la tenencia della en alguna guisa, este que assi juro, non ha demandança ninguna por razon de tal jura, contra otro qualquier a quien la falle; maguer sea tenedor della, aquel por cuya voluntad fizo esta jura. Mas si por auentura, aquel que era tenedor de la cosa, jurare que es suya, e esta jura fizo con plazer de su contendor, que gela demandaua; en tal caso como este dezimos, que el que fizo la jura, se puede amparar con ella de aquel que gela otorgo, e contra sus herederos, quando quier que despues gela demandassen. E aun dezimos, que si perdiere la tenencia de aquella cosa, sobre que assi juro, que la puede demandar, a quien quier que la falle, en aquella misma manera que de suso diximos del demandador.

LEY 14. *Como la Jura faze obligar un ome a otro.*

Seyendo contienda entre las partes en razon de alguna cosa, si el demandador jurare que su contendor le deue (100) aquello que el demanda, e esta jura fiziere con plazer del demandado; maguer aquel a quien fazian la demanda, non era debdor verdaderamente, de aquella cosa sobre que su contendor juro; pero finca obligado de pagarla, tambien como si fuesse prouado, que verdaderamente la deuia. Otrosi dezimos, que seyendo contienda entre las partes, en razon de alguna cosa que otri ouiesse ya començado a ganar por tiempo, que si jurare sobre ella la vna

(*o*) et de entregar Acad.

jur. y l. 56. D. *de re judic.* Generalmente se opina por la afirmativa segun Alex. y Jason despues de Salic, y Paul. de Castr. á la l. 13. §. 3. D. *de jurejur.* apesar de pretender lo contrario Bart. allí.

(92) Conc. l. 13. §. 5. D. *de jurejur.*

(93) ¿Qué debería decirse si, al prestar el juramento, no determinase la cuantía? V. Bald. y Alex. á d. l. 13. §. 5. D. *de jurejur.*

(94) Conc. la Glos. á d. §. á la palabra *solverit*, aprobada por la comun opinion.

(95) V. d. l. 13. §. 5.

(96) Conc. l. 9. §. últ. D. *de jurejur.*

(97) Conc. ll. 1. 2. 3. 4. 5. y 7. §. 7. D. *de public. in rem act.* y añad. Azon. *in summa* C. *de reb. cred.*

(98) L. penúlt. D. *de public. in rem act.*

(99) Conc. d. l. 7. §. 7. vers. *sed etsi possessori* D. *de publiciana.*

(100) Conc. ll. 5. §. 2. y l. 28. §. últ. D. *de jurejur.*; debiendo, empero, esceptuarse de lo dispuesto aquí los casos de que hablan la l. últ. C. y l. 31. D. d. tít. — *Esto es el en que se hubieren encontrado nuevos documentos despues de prestado el juramento, en cuyo caso podria aquel rescindirse; ó cuando se hubiese pagado un legado á un supuesto legatario, en virtud del juramento deferido á este, por haberse perdido el

parte con plazer de la otra, desdel dia que fuere dada la jura, finca en saluo su derecho, a aquel que juro, para non perderla por tiempo; bien assi como si el pleyto fuesse (101) començado (102) por demanda, e por respuesta: segund mostramos en las leyes deste nuestro libro, que fablan del tiempo por que se pueden perder, o ganar las cosas.

LEY 15. *Como el pleyto que es destajado por Jura, vale tanto como si fuesse librado por juyzio, e que mejoria ha el juyzio afinado, sobre la Jura.*

Sabida cosa es, que el pleyto que es librado por jura, en alguna de las maneras que de suso diximos, tanto vale como si fuesse acabado por juizio (103). E como quier que la jura, e el juyzio afinado, sean eguales, en dar acabamiento, e fin a los pleytos; pero razones y ha, en que es algun departimiento de mejoria entrellos. E esto seria, como si algun pleyto fuesse librado por jura, e despues le fuesse demandado de cabo, aquel que jurara; e el se defendiesse, diziendo que non es tenudo de le responder, que ya fuera este pleyto librado por jura, e el otro lo negasse. E sobre tal contienda como esta, se diessen el vno al otro (104) la jura en aquel mismo pleyto, deue valer (105) la que assi fuere despues dada, e non la primera. E esto non seria en pleyto, que fuesse acabado por juyzio. Ca despues que dieren juyzio afinado en alguna cosa, sobre que se non alçassen, si sobrella mouiessen despues otro pleyto entre las mismas personas, e diessen otro juyzio, que fuesse contrario al primero pleyto; valdria el que primeramente (106) fuesse dado, e non el segundo. Otrosi dezimos, que si algund pleyto fuere librado por jura, e despues fuesse demandado en juyzio aquel mismo pleyto, e el que era demandado, non membrandose de la jura, respondiesse llanamente, e fuesse vencido por juyzio del; que deue valer el juyzio, que fue dado a postremas, pues que se non alço del. E non se puede despues ayudar de la jura, que fiziera primero; lo que non seria, si fuesse el pleyto acabado por juyzio (107). E esta mejoria ha el pleyto acabado, sobre la jura. E aun dezimos, que ha otra. Ca seyendo contienda entre algunos en juyzio en razon de aforramiento, razonando el demandador, que el demandado fuera su sieruo, e que lo aforrara, e el otro negasse que non era assi, e sobre ello diessen la jura al demandador, e el jurasse que assi era como el dezia, e que lo aforrara; deue aquel que juro, auer en la persona del aforrado, aquel derecho que mandan las leyes deste nuestro libro, que fablan en razon de los aforrados. Pero non gana por esta jura (108) derecho, para poder heredar sus bienes (109), assi como lo podria fazer, si lo ouiesse vencido por juyzio. Otrosi dezimos, que ha otra mejoria el juyzio acabado, sobre la jura. Ca el pleyto, que es librado por jura, se podria reuocar por cartas (110), que fuessen falladas de nueuo (111); seyendo atales, que por ellas (112) se pudiesse aueriguar el contrario, de aquello

testamento, y despues se descubriese que no habia habido tal legado; en cuyo caso habria lugar á la repeticion.

(101) Conc. l. 9. §. 3. D. *de jurejur.*

(102) Pues por medio del juramento se perpetua la accion, l. últ. hácia el fin, C. *de præscript. 30 vel 40 annor.* aunque se haya aquel prestado estrajudicialmente, segun Bart. y comunmente los demás DD. á d. l. 9. §. 3 D. *de jurejur.*

(103) Añád. ll. 2. y 11. §. últ. D. *de jurejur.* y l. 56. D. *de re judic.*

(104) De estas palabras de nuestra ley se infiere que lo dispuesto en ella debe entenderse únicamente con respecto al juramento voluntario, pero no con respecto al necesario ó judicial, V. Alberic. á d. l. 28. §. últ. D. *de jurejur.*

(105) Conc. d. l. 28. §. últ. y l. 29. D. d. tít.

(106) V. l. 1. C. *quando provec. non est. necess.* y cap. *inter monasterium* 20. *de re judic.* l. 13. tít. 22. de esta Partida, y la Glos. singular á la l. 14. C. *de transact.*

(107) Véase aquí como la sentencia proferida contra otra anterior que hubiese obtenido autoridad de cosa juzgada, es nula y de ningun efecto, aunque en el proceso en méritos del cual se hubiese proferido no se hubiese opuesto la escepcion de cosa juzgada en virtud de la primera, y añád. l. 13. tít. 22. de esta Partida y lo anotado allí.

(108) Conc. l. 14. D. *de jur. patron.*

(109) Y la razon de esto es la de no poderse pactar sobre la sucesion, ni abdicarse nadie por convenio de la libre facultad de disponer de lo suyo en testamento, l. 5. C. *de pact. conven.* l. 61. D. *de verb. oblig.* y V. Bart. á la l. 30. §. 4. D. *de jurejur.*

(110) No, empero, por prueba de testigos, como se infiere de aquí: y en estos términos parece resuelta la cuestion propuesta por Alber. á la l. 31. D. *de jurejur*; y desechada la opinion de Bart. allí, donde pretende que tambien contra el juramento podrian admitirse testigos, cuando no hubiese sospecha alguna de soborno; y añád. l. 25. de este tít.

(111) Añád. d. l. 31. D. *de jurejur.* y entienda-

que jurara el que vencio el pleyto por la jura, assi como de suso mostramos. Mas si el pleyto fuesse librado por juyzio, de que non se alçasse ninguna de las partes, non se podria reuocar por cartas, nin por prueuas, que fallasse despues de nueuo (113). Fueras ende (114), si el pleyto fuesse del Rey, o pertenesciesse comunalmente a todo el Reyno. Ca estonce bien se podria reuocar el juyzio por algunas de las razones sobredichas, maguer non se ouiessen alçado del, assi como diximos en el Titulo que fabla de los Juyzios (115).

LEY 16. *En que cosas ha mayor fuerça la jura, que el Juyzio afinado.*

Maguer diximos en la ley ante desta, que el juyzio acabado ha mayor fuerça en muchas cosas, que la jura; pero en algunas razones ha la jura mayor poderio que el juyzio. E esto seria, como si alguno que fuesse mayor de catorce años, e menor de veynte e cinco, fiziesse alguna postura, o pleyto, e jurasse (116) que non vernia contra ella por razon que era de menor edad. Ca despues non la podria desatar, maguer mostrase, que era fecha a daño (117), o a menoscabo de si. Mas si algun juyzio (118) fuesse dado contra el, maguer non se alçasse del, a la sazon que debiera; si por auentura por aquel juyzio menoscabasse alguna cosa de su derecho, o recibiesse en el engaño, o tuerto; bien puede pedir al Judgador, que lo dessatasse (119), e lo oyiesse de cabo. Otrosi dezimos, que tan grande es la fuerça de la jura, que quita a su deudor de todo aquel debdo, que le era demandado en juyzio, bien assi como si pagasse (120) a su contendor lo que le demandaua, jurando con su plazer. E porende dezimos, (p) que si este que juro, que non deuia a su contendor lo que le demandaua, jurando con su plazer, si despues, non remembrandose desto, le pagasse la debda que era ya destajada por la jura; bien puede pedir (121) que gela torne, porque pago cosa que non deuia. E esto dezimos, que puede fazer, maguer le ouiesse jurado mentira. Porque la jura, que el fizo con voluntad de su contendor, lo quito de aquella deuda, quanto a juyzio deste mundo; como quier que nuestro Señor Dios gelo pueda (122)

(q) que si este que juro que non debie a su contendor lo quel dé mandaba, si despues non remenbrandose etc. Acad.

se lo dispuesto aquí, con respecto únicamente al juramento necesario, como se espresa en d. l. y en la 25. de este tít.

(112) Y adviértase bien, que solo podrá impugnarse el juramento por los méritos que resulten de los documentos nuevamente hallados, mas de ninguna manera por los que resulten de estos y de los que antes ya se tenian, como claramente se ve por d. l. 31. y lo espresa Paul. de Castr. allí y se infiere tambien de las palabras *por ellas* de que usa aquí nuestra ley.

(113) Añád. l. 4. C. *de re judic.*

(114) Añad. l. 35. D. *de re judic.*

(115) L. 19. tít. 22. de esta Partida.

(116) Conc. authent. *sacramenta puberum* C. *si advers. vend.* y l. 6. tít. últ. Partida. 6.

(117) Y así deberá decirse que por el juramento se pierde el beneficio de la menor edad y de la restitucion por entero; pero no el derecho de reclamar contra lo convenido por alguno de aquellos defectos que por derecho comun hacen los contratos nulos ó susceptibles de rescision, como lo pretende la Glosa á d. authentica *sacramenta puberum*, y otra Glos. notable al cap. penúlt. glos. últ. hácia el fin, *de empt. et vend.* y Abb. allí, á menos que al prestarse el juramento se hubiese hecho con palabras muy significativas, como si se hubiese prometido no reclamar contra él, por razon de la menor edad, ni por otro cualquier motivo, segun lo anotado por Bart. á la l. 2. col. 3. C. *de rescind. vend.* V. Alex. consil. 27. 1. vol. col. 1. vers. *tertio quia.*

(118) V. tít. del C. *si advers. rem judic.*

(119) Y aquí parece determinarse el modo como se debe pedir y conceder la restitucion contra una sentencia, pues, segun la palabras de esta ley *é lo oyesse de cabo*, deberá pedirse que se rescinda la sentencia y que de nuevo se empieze el juicio: pero esto debe entenderse, segun Bart. á la l. 1. col. 2. C. *si advers. rem judic.*. únicamente en el caso en que el menor hubiere sufrido lesion, no solo en la sentencia, sino en el procedimiento, como si no se le ha permitido hacer prueba, pues entónces deberá ser restituido contra la sentencia y contra la denegacion de prueba, l. 36. D. *de minor.* á diferencia de si, habiendose sustanciado el procedimiento legalmente, se le ha causado lesion en la sentencia; pues entónces solo se le concederá la restitucion contra esta, y en virtud del beneficio se le permitirá pedir al juez competente, no que se empieze otra vez el juicio, sino que se profiera de nuevo sentencia con los propios méritos ya resultantes, lo mismo que si no se hubiese fallado: V. Paul. allí que trata de la materia estensamente.

(120) Porque el juramento deferido tiene fuerza de verdadera solucion ó pago, l. 27. D. *de jurejur.*

(121) Conc. l. 40. D. *de jurejur.* y l. 95. §. 4. D. *de solut.*

(122) Añád. l. 26 princ. de este tít. l. 2. C. *de*

demandar, quando quisiere. Mas si sobre aquella demanda, que fazia el demandador, diessen juyzio, en que el demandado fuesse dado por quito, porque su contendor non pudo aueriguar lo que demandaua; si este que fue quito por sentencia del Judgador, deuia verdaderamente aquella cosa, que le demandauan, si despues la pagare a su contendor, non membrandose (125) como era quito della por el Juez, non la podria despues demandar; maguer dixesse que auia pagado por yerro, cosa que non deuia. Porque en tal caso como este, la verdad ha mayor fuerça que el juyzio (124); de manera que aquel que es debdor de otri verdaderamente, maguer sea ende quito por sentencia, siempre finca, segun derecho natural, debdor de lo que deuia.

LEY 17. *A que personas tiene pro, o daño, la Jura.*

Tan grande es la fuerça que nace de la jura, que se aprouechan della, los que la fazen, e sus herederos; e otro ome qualquier (125), que comprasse, o ganasse aquella cosa, sobre que es fecha la jura. E otrosi dezimos, que empece a los que la dan, e a sus herederos (126). Fueras ende, quando (q) al que la da fuesse Guardador de huerfano, o de otras personas, o fuesse sieruo, o fijo, que estouiesse en poder de su padre. Ca estonce (127) la jura que estos atales fiziessen, non se tornaria en pro dellos, nin de sus herederos, mas de aquellos en cuyo nome la fiziessen. Otrosi dezimos (128), que si algunos compañeros, que fuessen obligados todos de so vno, e cada vno dellos por todo, de pagar, o de fazer, o de dar alguna cosa a otri; que la jura que fiziesse, o otorgasse alguno dellos a su contendor en juyzio, en razon de aquella debda, faria pro, o embargo, a el, e a los otros sus compañeros. Esso mismo dezimos, que seria, quando algunos que fuessen compañeros (129), ouiessen algun debdor, que les fuesse obligado, de dar, o de

(q) aquel que la da Acad.

reb. cred. y Glos. al cap. *quicumque* 6. quest. 1.

(123) Parece, pues, aprobarse aquí la opinion de la Glos. y Bart. á la l. 60. D. *de cond. indeb.* esto es, la de que no puede el deudor repetir lo que ha pagado despues de haber obtenido una sentencia absolutoria, aunque haya verificado el pago por error de hecho. Pero la Glos. y Bart. á la l. 1. D. d. tít. (contradiciéndose este último á si mismo) sostienen lo contrario, y dicen que habrá lugar á la repeticion, cuando hubiere mediado error de hecho y probable; cuya opinion es la mas comun, segun Jason á d. l. 60. col. 12. donde enumera los DD. que tambien la han abrazado. Mas por la presente ley se aprueba la opinion de que no podrá el deudor repetir; á menos que se entienda hablar aquí del caso en que haya mediado error de hecho no probable, como lo seria el olvido de un hecho propio, l. 7. D. *ad Vellejan.* y cap. *ab excomunicato* 41. *de rescript.* de suerte que pudiese repetirse lo pagado por error probable, como por haber pasado mucho tiempo, l. 44. D. *de adquir. posess.* y d. cap. *ab excomunicato.* Como quiera, empero, nuestra ley habla aquí indistintamente, y parece por lo mismo que deberá resolverse sin distincion que nunca habrá lugar á repetir lo que verdaderamente se debia, y real y verdaderamente se ha pagado; que es en lo que se funda la disposicion de la presente ley, como lo espresa en sus últimas palabras; y la razon que se da en ellas milita lo propio en el caso de haberse pagado por error probable, ó por noprobable.

(124) Pues por lo juzgado no puede inmutarse la verdad natural, como se declara aquí y en d. l. 60. D. *de condict. indeb.* y Ang. allí, é Inocenc. cap. *quod sicut*, *de elect.*: por mas que, segun la Glosa singular á la l. 26. §. 11. D. d. tít., sea tanta la autoridad de una sentencia que puede hacer que exista lo que no existia y al contrario, y que sea falso lo verdadero: V. Jason á d. l. 60. 2. not.

(125) Conc. ll. 3. 8. y 9. princ. D. *de jurejur.*

(126) Y tambien á los que derivan su derecho del que prestó el juramento, con tal que le hayan sucedido despues de haberlo prestado, segun Paul. de Castr. y Jas. á la l. 9. §. últ. D. *de jurejur.*

(127) Añád. l. 3. de este tít. y lo anotado allí.

(128) Conc. l. 28. §. 3. D. *de jurejur.* y l. 18. D. *de duob. reis.*

(129) De estas palabras parece inferirse que en la presente ley se quiso aprobar la opinion de la Glos. que lo fué tambien de Azon *in summa* á la l. 28. princ. D. *de jurejur.*; á saber, la de que es necesario que los correos ó acreedores solidarios sean socios, para que el juramento deferido por el uno de ellos perjudique á los demás, fundandose en la l. 5. D. *si quis caution.* Oldraldo, empero, Alberic. Bart. y otros impugnan la citada Glos. y pretenden que el juramento deferido por el uno de los córreos perjudicará al otro sin la referida distincion; porque cuando son varios los acreedores solidarios, es mejor la condicion del que previene el negocio, entablando demanda y haciendo que esta quede contestada, tanto si los córreos son socios como si no lo son, l. 11. §. 20. y siguientes D. *de legat.* 3. Esto no obstante parece que en la presente ley se exije bien es-

fazer alguna cosa, de manera que cada vno dellos en todo lo pudiesse demandar. Ca si alguno dellos diere en juyzio la jura a su contendor en razon de aquesta debda; non tan solamente tiene pro, o daño, a aquel que la otorgo, mas aun a todos los otros. Otrosi (130) dezimos, que la jura que fiziere el debdor, aprouecha a su fiador, e la del fiador al debdor, si jurare que pago (131). Mas si el fiador jurasse, que non fiara aquel ome cuyo fiador dezian que era; como quier que se aprouechasse de tal jura como esta aquel que juro, non tiene pro ninguna al debdor.

LEY 18. *En que cosas se acaba el pleyto todo por la Jura, e en que cosas non.*

Contendiendo algund ome con otro sobre qualquier (132) pleyto, de mueble, o de raiz, o sobre otro pleyto, o fecho, de qual manera quier que sea; si las partes se auinieren, de librar la contienda por juramento, bien lo pueden fazer, e deuelo caber el Judgador. Empero cosas y a, en que non se libra el pleyto de todo por la jura. E esto seria, como si alguna muger demandasse, que la metiessen en tenencia de los bienes, que fueron de alguno que es finado, de quien dize, que fincara preñada; si le dieren la jura en lugar de prueua, que finco preñada del, si jurare, deue ser metida en tenencia, en nome de aquella criatura que non es aun nacida. Mas con todo esto, desque naciere, non se puede aprouechar de la jura de su madre, para ser aquel pleyto vencido acabadamente: ca aun finca, que han de auer pleyto con el, si fue fijo del muerto, o non: nin otrosi non empece al fijo, si ella diere la jura a su contendor, e el jurare, que non es preñada de aquel muerto; como quier que empezca, quanto para non ser metida en aquestos bienes, segund diximos de suso. Ca la jura de vno non tiene pro, nin daño, a otro. Fueras ende, si aquel que la da, o la recibe, es Guardador de huerfano, o de ome sin seso, o si es alguno de aquellos que diximos en las leyes deste titulo, que han poderio de dar jura por otro. Empero, como quier que la jura que fiziesse la muger preñada en juyzio, assi como es dicho, non touiesse pro al fijo, quanto para complimiento de prueua, con todo esso nace ende gran sospecha; de manera que el fijo, e la madre deuen estar en tenencia de los bienes del finado, fasta que la otra parte mostrasse lo contrario (133) manifiestamente, que non era fijo del que se fino.

LEY 19. *En que manera deuen jurar los Christianos.*

Quitar deuemos a los omes, quanto pudieremos, de contiendas. E porque muchas vezes acaecen sobre las juras, queremos mostrar cierta manera en esta ley, como deuen jurar los Christianos. E despues mostraremos, como deuen jurar los Judios, e los Moros. E dezimos, que los Christianos deuen jurar assi: poniendo las manos (134) sobre alguna de aquellas cosas, que dize en la primera ley deste titulo, e aquel que tomare la jura del que ouiere de jurar, hale

presamente la calidad de socio para que pueda deferirse el juramento en perjuicio de los demás interesados: por lo que deberá decirse que la referida delacion en dicho caso no se considera que tenga fuerza de litiscontestacion.—* Dudamos, empero, á pesar de lo dicho aqui por el Glosador, que la presente ley de Partida, al usar la palabra *compañeros*, haya querido referirse á la verdadera sociedad: antes bien parece que se llaman aquí *compañeros* á los acreedores ó deudores solidarios ó correos *stipulandi vel debendi*, en cuyo sentido concuerda nuestra ley perfectamente con las 18. D. *de duob. reis* y 28. §. 3. D. *de jurejur.* citadas por el mismo Glosador en la nota que antecede. V. no obstante á Gotofredo, not. á d. l. 11. §. 20 D. *de legat.* 3. donde refiere ser opinion de Accurs. y Bart. á d. l. 18. que solo en el caso de ser los correos socios, perjudican los hechos del uno al otro que no ha tenido parte en ellos.

(130) Conc. l. 28. §. 1. D. *de jurejur.*

(131) Pero despues de haber prestado semejante juramento, que es equivalente al pago; ¿tendrá regreso contra el deudor ó principal obligado? V. Glos. á d. l. 28. §. 1. donde opina por la negativa, á menos que despues probase haber pagado en realidad.

(132) Conc. l. 3. §. 1. D. *de jurejur.* y l. 1. princ. D. *si mul. ventr. nom.*

(133) Y se difiere el tratar de esta cuestion, hasta que el hijo haya llegado á la pubertad. l. 3. princ. D. *de Carbon. edict.*

(134) Infiérese de esta ley que, para la formalidad del juramento, es necesario tocar alguna cosa sagrada; sobre lo cual V. una buena Glos. á la Clement. 1. *de hæret.* hacia la palabra *tactis*: y lo mismo opinan generalmente los DD. á la authent. *sacramenta puberum.* C. *si advers. vend.* diciendo que en el caso de d. authent. debe jurarse tocando las Escrituras; y V. tambien en la l. últ. C. *si min. se maj. dix.* otro caso en que es mas eficaz el juramento prestado con signos ó solemnidades corporales, que el juramento verbal. Mas por derecho Canónico que es el que de-

de conjurar diziendo desta guisa (135): Vos me jurades por Dios Padre, que fizo el Cielo, e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesu Christo su Fijo, que nacio de la Virgen gloriosa Santa Maria, e por el Espiritu Santo, *que son* tres Personas, e vn verdadero Dios, e por *estos* Santos Euangelios, que cuentan las palabras, e los fechos de nuestro Señor Jesu Christo. E si touiere las manos en la Cruz, diga que jura por aquella Cruz, que es en semejança de aquella, en que (*r*) presio muerte nuestro Señor Jesu Christo, por los pecadores saluar. E si las touiere sobre el Altar, sobre que fue consagrado el Cuerpo de nuestro Señor Jesu Christo; que aquello quel demandan, non es assi, como su contendor dize, mas que es assi, como el mismo razona. E esto segund la razon, sobre que ouiere de jurar. E sobre todas estas palabras ha de responder aquel que faze la jura, al otro que gela toma: assi lo juro, como vos lo auedes dicho. E despues desto hale de dezir aquel que toma la jura, del que assi le ayude Dios, e aquellas palabras que el le dixo, e los Euangelios, o la Cruz, o el Altar sobre que jura, como dize verdad. E aquel que jura ha de responder, Amen, sin refierta ninguna: ca non es guisado, que aquel que toma la jura, sea mal traydo, por su derecho que demanda.

LEY 20. *En que manera deuen jurar los Judios.*

Judios auiniendo de jurar, deuenlo fazer desta manera: aquel que demanda la jura al Judio, deue yr a la Sinagoga con el, e el Judio que ha de jurar, deue poner las manos sobre la tora, con que fazen la oracion, e deuen ser delante Christianos, e Judios, porque vean como jura. E aquel que toma la jura del Judio, hale de conjurar desta manera: Juras tu Fulan Judio, por aquel Dios que es poderoso (136) sobre todos, e que crio el Cielo e la tierra, e todas las otras cosas. E que dixo (137), non jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que fizo Adam el primero ome, e le puso en Parayso (138), e le mando que non comiesse de aquella fruta, que el le vedo, e porque comio della, echole de Parayso. E por aquel Dios que rescibio el sacrificio de Abel (139), e desecho el de Cayn. E saluo a Noe en el Arca (140) en el tiempo del Diluuio, e a su muger, e a sus fijos con sus mugeres, e a todas las cosas biuas que y metio, porque se poblasse la tierra despues. E por aquel Dios que saluo a Loth (141), e a sus fijos, de la destruycion de Sodoma, e Gomorra. E por aquel Dios que dixo a Abraham, que en su linage serian bendichas (142) todas las gentes, e escogio a el, e a Isaac su fijo, e a Jacob, por Patriarchas, e mando que se circuncidassen (143) todos los que viniessen de su linage. E saluo a Joseph (144) de mano de sus hermanos, que non le matassen; e le dio gracia (145) del Rey Pharaon, porque non pereciesse su linage en el tiempo de la fambre. E guardo a Moysen, seyendo niño (146), que non muriesse quando le echaron en el rio. E despues quando fue grande, apareciole (147) en semejança de fuego, e dio las diez llagas (148) en Egipto, porque Pharaon (*s*)

(*r*) priso Acad.

(*s*) non dexaba ir los fijos de Israel a sacrificar en el descerto, et fizoles Acad.

be observarse en materia de juramentos se consideran estos siempre obligatorios y no pueden quebrantarse sin cometer perjurio, ya se hayan prestado corporalmente ó de palabra, y aun en aquellos casos en que se requiere la formalidad de tocar alguna cosa sagrada. V. Juan de Imol. al cap. *cum contingat*, *de jurejur.* fol. 16.

(135) V. cap. *de parentela* 35. quest. 6 y cap. *tibi* 63. distinc. y Specul. tít. *de jurejur.* vers. *et nota quod triplex forma.*

(136) No debe permitirse á los Judíos jurar por Jesucristo ni por los Evangelios, pues parecería prestado el juramento en menosprecio de ellos, y de nada valdria la afirmacion que hiciese por los mismos un infiel, cap. *movet te* 22. q. 1. el cual, no creyendo en la ley evangélica, juraria por esta todo lo que quisiese, Bald. á la rubr. princ. D. *de just. et jure* cap. *qui sincera* 45. distinc. Specul. tít. *de juram. calum.* §. *restat.* vers. *Sed pone Judœus.* Y sobre el modo con que deben jurar los Judíos, añád. lo anotado por Bart. á la rubr. D. *de just. et jur.* y á la l. 3, §. 4. D. *de jurejur.* y á la l. 15. §. 6 D. *de excusat. tut.* Bald. y Ang. á la l. 5. §. 1. D. *de jurejur.* Inocenc. y Juan de Imol. al cap. *et si Christus, de jurejur.* y singularmente Ludov. Rom. consil. 155. vers. *prœmissum laudum.*

(137) *Exod.* cap. 20. vers. 7. *Deuter.* cap. 5. vers. 11.

(138) *Genes.* cap. 2. vers. 15.

(139) *Genes.* cap. 4. vers. 4.

(140) *Genes.* c. 7. v. 23. y c. 8. v. 16.

(141) *Genes.* c. 10. v. 19.

(142) *Genes.* c. 22. v. 17.

(143) *Genes.* c. 17. v. 10.

(144) *Genes.* c. 37. v. 28.

(145) *Genes.* c. 41. v. 40.

(146) *Exod.* c. 2. v. 6.

(147) *Exod.* c. 3. v. 2.

(148) *Exod.* c. 8. 9. 10. 11. y 12.

non dexaua yr los fijos de Israel, e fizoles sacrificar en el desierto, e fizoles carreras (149) en la mar por do passasen en seco, e mato a Pharaon, e a su hueste, que yuan en pos ellos en aquella mar. E dio la Ley a Moysen (150) en el Monte Sinai, e la escriuio (151) con su dedo en tablas de piedra, e fizo a Aaraon (152) su Sacerdote, e destruyo a sus fijos porque fazian sacrificio con fuego ageno (153). E fizo que la tierra sorruiesse biuos (154) a Datan e Abiron, e a los otros sus compañeros. E dio a comer a los Judios en el desierto mana, e fizo salir de la piedra seca, agua dulce que beuiessen, e gouerno los Judios en el desierto quarenta años, que sus vestiduras (155) non se enuegecieron, nin se rompieron. E fizo que quando lidiauan los fijos de Israel con los del Pueblo de Amaleth, e alçaua Moysen (156) las manos arriba, que vencian. E mando a Moysen que subiesse en el monte (157), e despues nunca fue visto. E otrosi non quiso que ninguno de los que salieron (158) de Egipto, entrassen en la tierra de promission, porque non le eran obedientes, nin le conocian complidamente, el bien que les fazia; fueras Caleph, e Josue (159), a quien fizo que passassen el rio de Jordan por seco, tornando las aguas arriba. E derribo los muros (160) de la Ciudad de Jerico, porque Josue la prisiesse mas ayna. E fizo otrosi el Sol detener (161) en medio dia, fasta que Josue (162) vencio sus enemigos. E escogio a Saul por el primero (163) Rey del Pueblo de Israel. E despues de su muerte fizo a Dauid (164) reynar, e metio en el espiritu de prophecia, e en todos los otros Prophetas, e guardolo de muchos peligros; e dixo por el (165), que fallara ome segun su coraçon. E subio a Helias (166) al cielo en carro de fuego, e fizo muchas virtudes, e muchas marauillas, en el Pueblo de los Judios. E juras otrosi por los diez Mandamientos de la Ley que dio Dios a Moysen. Todas estas cosas dichas deue responder vna vez, Juro: e de si deuele dezir aquel que le toma la jura, que si verdad sabe, e la niega, o la encubre, e non la dize en aquella razon por que jura; que vengan sobre el todas las llagas que vinieron sobre los de Egypto, e todas las maldiciones (167) de la Ley, que son puestas contra los que desprecian los mandamientos de Dios. E todo esto dicho, deue responder vna vez, Amen, sin refierta ninguna, assi como diximos en la ley ante desta.

LEY 21. *En que manera deuen jurar los Moros.*

Moros (168) han su jura apartada, que deuen fazer en esta guisa. Deue yr tambien el que ha de jurar, como el que ha de recebir la jura, a la puerta de la Mezquita, si la ouiere y, e si non, en el logar do le mandare el Judgador. E el Moro que ouiere de jurar, deue estar en pie, e tornarse de cara, e alçar la mano contra medio dia, a que llaman ellos Alquibla. E aquel que ouiere de tomar la jura, deue dezir estas palabras; Jurasme tu Fulan Moro, por aquel Dios que non ha otro si el non: aquel que es demandador, e conocedor, e destruydor, e alcançador de todas las cosas, e crio esta parte de Alquibla, contra que tu fazes oracion. E otrosi jurasme, por lo que recibio Jacob de la fe de Dios para si, e para sus fijos, e por el omenage que fizo de guardar; e por la verdad que tu tienes, que puso Dios en la boca de Mahomat, fijo de Abdalla, quando lo fizo su Propheta, e su Mandadero, segun que tu crees; que esto que yo digo, non es verdad, o que es assi como tu dizes. E si mentira juras, que seas apartado de todos los bienes de Dios, e de Mahomat, aquel que tu dizes que fue su Propheta, e su Mandadero. E non ayas parte con el nin con los otros Prophetas en ninguno de los Paraysos. Mas todas las penas, que dize en el Alcoran, que dara Dios a los que non creen en la tu Ley, vengan sobre ti. A todo esto sobredicho deue responder el Moro que jurare: Assi lo juro; diziendo todas las palabres el mismo, assi como las dixiere aquel que le toma la jura, desdel comienço fasta en cabo. E sobre todo, deue dezir Amen.

(149) *Exod.* c. 14. v. 21.
(150) *Exod.* c. 20. v. 1.
(151) *Exod.* c. 31. v. 18.
(152) *Exod.* c. 28. v. 1.
(153) *Levit.* c. 10. v. 2.
(154) *Num.* c. 16. v. 31.
(155) *Deuter.* c. 8. v. 4.
(156) *Exod.* c. 17. v. 11.
(157) *Deuter.* c. últ. v. 6.
(158) *Num.* c. 14. v. 23.
(159) *Josue.* c. 4. v. 8.
(160) *Josue.* c. 6. v. 5.
(161) *Josue.* c. 10. v. 12.
(162) *Josue.* c. 12. v. 1.
(163) *Reg.* c. 10. v. 1.
(164) *Reg.* c. 16. v. 1.
(165) 1. *Reg.* c. 13. v. 14. y V. cap. *si quis omnem*, 1. quest. 7.
(166) 4. *Reg.* c. 2. v. 1.
(167) *Deuter.* c. 28. v. 15.
(168) Acerca el juramento que se presta por los falsos Dioses, V. cap. *movet te* 22. quest. 1.

LEY 22. *En que logar se deue dar la Jura, e quando.*

Catar deue el Judgador, que omes son aquellos, que han contienda, o pleyto antel. Ca bien assi como son algunos omes mas honrrados que otros, en las cosas que les acaescen fuera de juyzio; otrosi en los fechos que han a passar ante los Judgadores, deuen recebir alguna honrra (169) señalada por razon de sus personas. E porende dezimos, que quando las partes se auinieren antel Judgador, que el pleyto se libre por jura; o quando touiere el Juez por bien, de dar la jura de premia a alguna de las partes, en los pleytos que deue; o quando fiziere jurar ambas las partes, que anden en el pleyto verdaderamente, e sin escatima, assi como adelante mostramos; deue parar mientes, en las personas que han de jurar. Ca si fuere ome honrrado, que non quiera venir por si al pleyto, mas embie su Personero; o dueña, o donzella, o biuda que biua honestamente en su casa; o fuere ome muy viejo (170), o enfermo, de manera que non salga de su casa por enfermedad, o vejez que aya; o si fuere (*t*) enemistado (171), de guisa que sin peligro de muerte non pudiesse venir a fazer la jura; despues que el Judgador fuere cierto de qualquier destas cosas, deue (172) embiar (173) a las casas destos atales, quien tome la jura dellos. Mas si atales non fuessen, deuen venir antel Judgador, a fazer esta jura en la Eglesia (174), o sobre el Altar, o sobre la Cruz, o sobre los Euangelios; o fuera de la Eglesia, assi como a la puerta, o en otro logar, que sea guisado para jurar, do el Juez touiere por bien. E qualquier destas juras se puede dar en el comienço del pleyto (175), o en el medio, o mas adelante, fasta que den el juyzio.

(*t*) homiciado Acad.

(169) Conc. l. 15. D. *de jurejur.* y cap. *si quis testium* 8. *de testib.* y V. la Glos. á d. l. 15. donde opina que lo mismo deberá decirse con los Doctores en leyes; y por lo que mira á los Licenciados, V. á Jas. allí.

(170) Añád. l. 15. D. *de jur. immun.* lo que, en opinion de Ant. al cap. *quoniam frequenter*, *ut lit. non contest.* debe entenderse de los que hayan cumplido setenta y dos años: bien que, segun la presente ley, bastará que el que ha de jurar acostumbre no salir de casa por razon de la vejez.

(171) Parece que no procederia lo dispuesto aquí con el que fuese culpado de un homicidio, pues las leyes no favorecen á los que voluntariamente se han hecho de peor condicion, l. 21. D. *quod met. caus.* y l. 3. §. 6. D. *ad. S. C. Sillanian.* Pero podria suceder tambien que alguno estuviese enemistado por un homicidio que hubiese cometido justamente; y así para los efectos prevenidos en la presente ley, no deberia mirarse si es ó no culpado el que, por temor á sus enemigos, no puede presentarse al juez; antes deberia este en todo caso proveer á la seguridad del que se hallase amenazado, l. últ. C. *de erog. mil. annon.* Bald. á la l. 11. col. 14 C. *de his qui accus. non poss.* y aun que constase que es culpado, procurar que no lo matasen sus enemigos, l. 176. D. *de reg. jur.*; pues si bien es verdad que las leyes no favorecen á los culpables, pero esto procede en aquellas cosas que provienen inmediatamente de la culpa, no en las que provienen genéricamente de ella, segun Abb. al cap. *quia adversitatem* col. 3. *de conces. præb.*

(172) A menos que sea para declarar en una causa criminal; en cuyo caso deben ir á casa del juez aun las personas referidas en esta ley, Glos. y Abb. al cap. 1. *de test. cogend.* y V. Abb. al cap. *si qui testium*, *de testib.*: y mas bien las personas ilustres deben ir á casa del Juez, que el Juez á casa de aquellas; V. Jas. á d. l. 15. D. *de jurejur.* y V. l. 35. tít. 16. de esta Partida.—*V. l. 1. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec.

(173) De estas palabras *deue embiar* puede inferirse que se aprueba aquí la opinion de Gofr. Host. Juan Andr. Abb. y Juan de Imol. al cap. *significavit.*, *de offic. ordin* quienes dicen, que por lo dispuesto en d. l. 15. D. *de jurejur.* [esto es que el Juez envie alguien para recibir el juramento á las personas ilustres ó enfermas] debe entenderse, no que esté obligado el juez á hacerlo, sino que es mas decoroso que así lo haga, pudiendo, sin embargo, prescindir de ello. Al contrario, empero, opinan ser esto disposicion obligatoria Abb. al cap. *si qui testium*, *de testib.* y Francisc. de Aret. allí y Salic. á la authent. *sed judex* C. *de Episc. et cleric.* y Alex. y Jas. á d. l. 15. Y esta última opinion creo ser la verdadera, sobre todo atendidas las mismas citadas palabras de la presente ley=*deue el judgador embiar*=que importan un precepto formal y absoluto, Gloss. á la Clement. *attendentes*, *de stat. Reg.* y al cap. *proposuit*, *de concess. præb.* Abb. y DD. al cap. 1. *de despons. impub.* y Bart. á la l. 3. col. 1. C. *de pignor. in repet.*

(174) Conc. l. 12 hácia el fin C. *de reb. cred.* pero deben esceptuarse las iglesias de que habla la l. 67. de Toro.—*Es la l. 5. tít. 9. lib. 11. Nov. Recop., y V. la adic. á la nota 68 de este tít.

(175) Conc. l. 12. princ. vers. *omne igitur juramentum* C. *de reb. cred.*

LEY 23. *Quando, e como deuen las partes fazer el Juramento de calumnia, a que dizen en romance la Jura de Manquadra.*

Porque los omes mas endereçadamente, e mas con verdad andouiesen en los pleytos, touieron por bien los Sabios antiguos, que tomassen los Judgadores jura, tambien de los demandadores como de los demandados, luego que el pleyto fuesse començado (176) por demanda e por respuesta. E esta es otra manera de jura de premia, sin las que diximos en las leyes deste titulo. Ca si el demandador (177) non la quisiesse fazer, deue dar por quito al demandado. E otrosi, si el demandado fuesse rebelde en non fazerla, deuelo dar por vencido, bien assi como si conosciesse todo aquello, que le demandaua su contendor. E deuesse fazer esta jura en todo pleyto (178), quier sea sobre cosa mueble, o rayz; quier en razon de debda, o en pleyto de justicia de sangre (179), o de otra contienda qualquier. E es llamada esta jura Juramentum calumniæ, que quiere tanto dezir, como jura que fazen los omes que andaran verdaderamente en el pleyto, e sin engaño. E esta jura es llamada otrosi en algunos logares Manquadra, porque ha en ella cinco cosas, que deue jurar tambien el demandador, como el demandado. Ca bien assi como la mano que es quadrada, e acabada, ha en si cinco dedos; otrosi esta jura es complida, quando las partes juran estas cinco cosas (180), que aqui diremos. La primera es, que deue jurar el demandador, que aquella demanda que el faze, que non se mueue a fazerla maliciosamente, mas porque cuyda auer derecho. La segunda es, que quantas vegadas le preguntaren en juyzio por razon de aquella demanda; que siempre dira, lo que entendiere que es verdad, non mezclando y ninguna mentira, nin ningun engaño, nin ninguna falsedad, a sabiendas. La tercera, que non prometio, nin prometera, nin dio, nin dara ninguna cosa al Judgador, nin al Escriuano del pleyto. Fueras ende, aquello que les es acostumbrado de dar por razon de su trabajo. La quarta, que falsa prueua, nin que falso testigo, nin falsa carta non aduzira, nin vsara della en juyzio en aquel pleyto. La quinta (181), que non demandara plazo (182) maliciosamente, con intencion de alongarlo. Otrosi, luego que aya jurado el demandador, deue jurar el demandado en esta guisa: que a la demanda quel faze su contendor, non la contradize maliciosamente, mas porque cuyda amparar, e mostrar su derecho. E de si deue jurar todas las otras cosas, que de suso diximos, que ha de jurar, e de guardar el demandador. E deuen fazer esta jura las princi-

(176) Conc. l. 2. princ. C. *de jurejur. propt. calum.* y V. cap. 1. princ. y §. 1. *de jur. calum.* y l. últ. tít. 10. de esta Partida.

(177) Conc. l. 2. §. 6. C. *de jur. propt. calum.*

(178) Conc. l. 1. princ. C. d. tít.

(179) Apruébase aquí la opinion de Azon *in summa* C. y de la Glos. á la l. 1. C. d. tít.

(180) V l. 2. princ. C. *de jurejur. propt. calum. Novell.* 124 *collat.* 9. y Glos al cap. 1. *de jur. calum* que formula las cinco cosas que deben jurarse, en los siguientes versos

Yllud juretur, quod lis sibi justa videtur,
Et si quæretur, verum non inficietur:
Nihil promittetur, nec falsa probatio detur:
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

(181) Y añádese, á estas cinco cosas, otra que tambien debe jurarse, segun el cap. 3. tít. 4. Novell. 47. *collat.* 5. donde se previene tambien que el juramento de calumnia no debe prestarse mas que una sola vez.—*Y lo que, segun la citada Novela debe jurarse, es en el caso de que alguna de las partes quiera hacer prueba, que no lo hace para buscar dilaciones, sino para su justa defensa; lo cual es visto que está comprendido en la última de las cinco cosas que, segun la presente ley, debe abrazar el juramento de calumnia; esto es, la de que no se solicitarán dilaciones maliciosamente.

(182) Ese juramento de que no se pedirán dilaciones maliciosamente, seria tal vez mejor que se suprimiese; porque, prestandose, raras veces ó ninguna dejarán las partes de cometer perjurio, segun Specul. tít. *de jur. calum.* §. *nunc dicamus* princ. Abb. y Felin. al cap. l. col. 1. *de offic. ordin.*—*En el dia no se presta formalmente este, ni los demás de que habla la presente ley, y van comprendidos en los versos de la nota 180, antes han quedado reducidos á una vana fórmula y se entienden hechos por las palabras *juro lo necesario* etc. c. que ponen el actor y el reo al fin de susescritos de demanda y contestacion. Solo en el caso de haberse pedido y mandado dos veces que alguna de las partes jurase de calumnia y no haberlo así practicado, previene la l. 2. tít. 16. lib. 11. Nov. Rec. que semejante falta importaria la nulidad de todo el proceso y la responsabilidad en el Juez de las costas causadas: todo lo que creemos deberia observarse en el dia; pues, por mas que haya caido en desuso el juramento de calumnia; pero no hay razon para que se prescinda de él, cuando alguná de las partes lo pidiere, ni el Juez, en este caso, deberá dejar de mandar que se preste, á tenor

pales (183) personas del pleyto, assi como el demandador, e el demandado, e non los sus Personeros (184) dellos. Pero quando el pleyto fuesse por ellos començado por demanda e por respuesta, si fuere pedida esta jura de alguna de las partes que se faga, deue el Judgador embiar por las principales personas del pleyto, si fueren en aquel logar, e fazerlas jurar. E si fueren a otra parte, deue embiar su carta al Judgador de aquel logar do ellos fueren, que les tome esta jura, assi como sobredicho es, e que gela embie escrita, e sellada con su sello. E el Juez a quien fuere embiada, deuelo fazer.

LEY 24. *Quales personas pueden fazer el Juramento de calumnia en el pleyto.*

Las principales personas, e non sus Personeros, deuen fazer la jura que diximos en la ley ante desta, porque mas ayna puede ser sabida la verdad por ellos, que por otri. Pero cosas y ha, en que los Personeros que comiençan los pleytos, pueden e deuen fazer esta jura. E esto seria (185), como si Concejo de Cibdad, o Villa, o Obispo, o Cabildo de alguna Eglesia, o Prior, o Abad de algun Monasterio, o Maestre, o Conuento de alguna Orden, embiassen sus Personeros, para demandar, o responder en algun pleyto; a quien otorgassen señaladamente poderio, de fazer esta jura. Ca atales Personeros como estos son tenudos de jurar, en las almas de aquellos cuyos Personeros son, sobre aquellos pleytos que ellos començaron. Mas si Obispo, o alguna destas personas sobredichas, començassen el pleyto por si, ellos mismos deuen fazer esta jura. Pero quando el Obispo ouiesse de jurar, deuen traer antel (186) los Euangelios, mas non es tenudo de poner las manos sobre ellos. Otrosi dezimos, que los Guardadores de los huerfanos, o de los Hospitales, quando ouieren a demandar, o responder en juyzio por ellos, que deuen ellos mismos fazer esta jura. E si fueren muchos los Guardadores, abonda que jure vno de ellos (187). E non se puede escusar de jurar por ninguna razon, porque ellos han en guarda todos los bienes de los huerfanos, e pueden mejor saber la verdad. E mayormente, que ninguno dellos non deue, nin puede ser apremiado de jurar, que diga en aquel pleyto, si non lo que cree, o lo que sabe. Pero si el huerfano (188) fuesse de buen entendimiento, e sabidor de sus cosas, e començasse el pleyto por demanda, e por respuesta, con otorgamiento de su Guardador; estonce deue el fazer la jura, e non aquel que lo tiene en guarda. E lo que de suso diximos, que los señores del pleyto deuen fazer la jura, que non sus Personeros, non se entiende de aquellos Personeros, que son dados en sus pleytos mismos (189) Ca estos bien pueden fazer tal jura como esta, pues que a ellos se torna la pro, o el daño que del pleyto vi-

de las leyes de Partida y d. l. recopilada que no han sido hasta el presente derogadas.

(183) V. Authent. *principales* C. *de jurej. propt. calum.*

(184) A menos que tengan poder especial para jurar de calumnia, segun el cap. últ. *de procurat.* y lo anotado por Abb. al cap *in pertractandis*, *de jur. calum.* Y por lo que hace á los procuradores que lo hayan sido constituidos despues de prestado el juramento de calumnia por el principal interesado, V. cap. 2. §. *procuratores* d. tít. Adviértase, empero, que el declararse en la presente ley de un modo tan absoluto que los procuradores no puedan jurar de calumnia, sin hablar del caso en que tengan poderes especiales; y el permitirse en la ley que sigue espresamente que puedan hacerlo en las almas de sus principales los procuradores de los concejos, ciudades, Monasterios, Obispos, etc. siempre que *les otorgassen señaladamente poderio de fazer esta jura*, arguye, al parecer, que dicha facultad de jurar los procuradores, aunque tengan especial poder para ello, está esclusivamente concedida á los procuradores de dichas ciudades, monasterios. etc. mas no á los de los particulares. En la práctica, empero, y con tal que sea en juicio, parece se permite jurar á los procuradores indistintamente por las almas de sus principales, mientras tengan especial mandato: y hace tambien á este propósito la Pragmática de Alcalá, cap. 4. — *Y mas espresamente la l. 2. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec. que manda que estando la parte ausente, responda el Procurador *so juramento* á las posiciones que se hubieren presentado, con tal que tenga aquél poder especial, y cuya ley se olvidaron de citar los SS. Goyena y Aguirre §. 4553. secc. 4. tít. 66 del Febrero reformado, donde afirman que el apoderado especial puede prestar el juramento, bien lo sea de un particular ó de una corporacion, y citan allí la presente ley de Partida que, como se ha visto, disponia mas bien lo contrario.

(185) Conc. l. 2. §. 2. y V. Azon *in summa* C. *de jurejur. propt. calum.*

(186) Conc. la authent. *sed judex* C. *de Episc. et deric.*

(187) V. l. 1. C. *si ex plurib. tut.* §. *in summa.*

(188) V. Azon C. *de jurejùr. propt. calum.*

(189) V. Glos. á la l. 2. §. 2. C. *de jurejur. propt. calum.* y Azon allí en el lugar citado.

niesse, assi como dicho es en las leyes ante desta.

LEY 25. *Quando se puede reuocar el pleyto, que es librado por Jura.*

Pleyto que fue librado por jura, en juyzio, que sea fecha por mandamiento, o por otorgamiento del Judgador, non se puede despues reuocar. Fueras ende por cartas (190) verdaderas, que fuessen aduchas despues antel Judgador, e las mostrasse la parte, contra quien ouiessen fecho la jura, diziendo que nueuamente las auia fallado, e que por ellas queria aueriguar, que non era assi la verdad, como su contendor auia jurado. Ca en tal caso como este bien se puede reuocar el juyzio, que ouiesse dado el Judgador por razon de aquella jura, assi como de suso diximos. Esso mismo seria, si alguno demandasse a heredero (191) de otri en juyzio cierta quantia de marauedis, o otra cosa, diziendo, quel fuera mandada en el testamento de aquel cuyo heredero el era; si ante que apareciesse el testamento, le otorgasse el heredero la jura en juyzio, e el demandador jurasse que aquella cosa le auia mandado el testador, e por aquella jura le fuesse entregado lo que demandaua: si despues que fuesse abierto el testamento, fallassen que non yazia y aquello sobre que el juro, deuele ser tomada aquella cosa, de que fue entregado, e tornarla al heredero. E esto es, porque ante que el testamento se abra, non deuen escodriñar la verdad de las cosas que son escritas en el, nin fazer adobo, ni jura sobre ellas, fasta que caten, e entiendan las palabras (192), que son y escritas, e puestas. Mas si aquel que pide al heredero la manda en juyzio, dixesse que el testador gela dexara, e que non lo podia prouar por testigos, nin por la escriptura del testamento; pero dize, que el testador mandara en poridad señaladamente al heredero, que le entregasse de aquella cosa, e que el queria estar por su jura (193); estonce tenudo es el heredero de jurar, o de tornar la jura a su contendor. E deuese librar el pleyto por aquella jura. E seyendo el pleyto librado en esta manera, non se puede despues reuocar, maguer non fallassen en el testamento escripto, que gelo mandara. Otrosi dezimos, que todo pleyto que fuesse librado por jura, que fuesse fecha, e otorgada con plazer de ambas las partes (194) sin otorgamiento, o mandamiento del Judgador; que non puede ser reuocado por prueuas, nin por cartas, que despues fuessen falladas; maguer de suso diximos, que las otras juras que el Judgador diere, e otorgare en juyzio a alguna de las partes, se puede reuocar por cartas, que nueuamente fuessen falladas. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque en la jura que la parte fiziesse con plazer de su contendor, e sin otorgamiento del Juez, non seyendo verdadera, engaña tan solamente a su contendor, que gela otorgo, e desprecia a Dios. Mas aquel que jura por mandamiento del Judgador, e non dize verdad, engaña al Juez, e a su contendor, e desprecia a Dios con su jura mentirosa. E porende non puede tan ligeramente passar con el Juez, a quien fizo el engaño, como con Dios. E por tal razon como esta touieron por bien los Sabios antiguos, que se pudiesse reuocar la jura que diesse el Judgador, e non la otra, assi como de suso diximos.

LEY 26. *Que pena meresce quien jura mentira.*

Mentira jurando alguno en pleyto, dandole su contendor la jura, o el Judgador, non le podemos poner otra pena (195), si non aquella que Dios le quisiere poner. Ca pues que su contendor

(190) V. l. 15. de este tít. y l. 31. D. *de jurejur.*

(191) Conc. l. últ. C. *de reb. cred.*

(192) V. l. 6. D. *de transact.* l. 1. tít. 2. Partida 6ª. y l. 1. D. *testam. quemad. aper.*

(193) Conc. l. últ. C. *de fideicom.* y §. últ. Instit. *de fideicom. hæred.* y la Glos. y Juan Fabr. allí, declarándose perfectamente en esta nuestra ley de Partida el sentido de dd. l. y §. últimos, segun la interpretacion que á los mismos daban los DD. y esplica Jason allí.

(194) Conc. l. 31. D. *de jurejur.* y V. l. 1. C. d. tít. y Ang. allí.

(195) Conc. l 2. C. *de reb. cred.* y V. Alber. allí y Glos. al cap. *quicumque* 6 quest. 1. debiendo notarse que, segun declara la presente ley, procede lo dispuesto en ella con respecto al juramento deferido, bien lo haya sido por el Juez ó por la parte, ó en otros términos así con respecto al que se llama voluntario comosal judicial, pero no con respecto al que uno hubiere prestado, en perjuicio de tercero, espontáneamente, y sin habersele deferido, segun Ang. á d. l. 2.: y por lo dispuesto aquí ó sea por la relevacion de pena del perjurio ó quebrantamiento del juramento deferido, debe entenderse limitada la l. 2. tít. 6. lib. 8. Ordenam. Real, que establece indistintamente la pena en que incurren los que cometen perjurio.—*La l. 4. tít. 19. lib. 11. Nov. Rec. establece otra pena, en que incurren el demandante ó el convenido que hayan perjurado;

le dio la jura, o el Judgador, diziendole que serian pagados, por lo que el jurasse, non le pueden despues poner otra pena. Mas si alguno fuesse aducho por testigo, e despues que ouiere jurado, le pudieren prouar, que juro mentira a sabiendas, deue pechar a aquel contra quien firmo, todo quanto perdio por su testimonio, e demas puedenle dar pena de falso (196). E si por su testimonio mentiroso fue alguno muerto, o lisiado (197), que reciba el mismo otra tal pena (198). E aun dezimos otra razon: que si alguno jurare a otro, o le fiziere pleyto, e omenage (199), para cumplirle alguna cosa que aya puesto con el; que tal como este, si lo fallesciere, es porende perjuro. E ha por pena de non ser creydo en ningun testimonio, nin ser par de otro, assi como adelante se muestra, en el Titulo de los que fazen alguna cosa por que valen menos.

y es la de haber de pagar respectivamente todas las costas ocasionadas, por el mero hecho de probarse que no es cierto el crédito que el actor reclamaba con juramento, ó que es cierto el que el convenido habia jurado tambien ser falso: disposicion que creemos debe entenderse asimismo limitadamente al juramento no deferido. y V. la l. 2 hácia el fin. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec.

(196) Esto es, cuando el testigo haya perjurado declarando en un pleito civil, como se infiere de lo dispuesto aquí, y añád. l. 1. princ. y l. 27. D. *ad leg. Cornel. de fals.* En el dia por derecho del Reino se castiga el perjurio con la pena de la l. 3. tít. 12. lib. 4. *Fuero de las leyes*; y añád. lo que se lee en el cap. 19. vers. 5. *Proverb. Testis falsus non erit impunitus, et qui loquitur mendacia non effugiet periculum* y en el cap. 21. vers. 28 *Testis mendax peribit*, y cap. 25. vers. 18 *Jaculum et gladius et sagitta acuta homo qui loquitur contra proximum suum falsum testimonium.* Pero ¿seria digno de la misma pena el testigo falso que, á pesar de serlo, no hubiese favorecido la causa del que lo hubiese ministrado, ni perjudicado la de la parte contraria? V. Bald. á la l. últ. hácia el fin C. *si ex fals. instrum.* donde, fundándose en la l. 3. de d. tít. pretende que todavia en dicho caso debe castigarse al testigo perjuro, porque ha delinquido siempre contra las buenas costumbres y ha faltado al respeto al Juez. Y ¿si los dichos del testigo falso fuesen legalmente nulos? V. Bald. á la l. 1. C. *de sepulcr. viol.* donde opina que asimismo deberá castigarseles, por constar su intencion de dañar á la parte contra quien han declarado, á la cual si no se ha perjudicado, no habrá sido porque el testigo dejara de hacer para ello todo lo que estaba de su parte. —* La l. 1. tít. 6. lib. 12. Nov. Rec. impone á todo cristiano que jurare falso sobre la Cruz y Santos Evangelios la pena de seiscientos maravedis para la Cámara; la l. 4. de d. tít. y lib. conmina la misma pena que la presente de partida á los testigos que juraren falso en causa criminal, esto es, la de talion ó la que se debiera imponer á la persona contra quien han declarado. ¿Que deberia practicarse, empero, respecto del testigo que, habiendo declarado en causa criminal á favor del reo, fuese despues convicto de perjurio? A tenor de lo dispuesto en las leyes citadas, parece deberia, por analogía, castigarsele como complice ó encubridor del reo á favor de quien hubiese perjurado. Creemos, empero, que en semejante caso deberia modificarse infinitamente la pena del perjurio, segun cuales fuesen las circunstancias del delito y del procesado, y las relaciones sobre todo que mediasen entre dicho reo y el testigo, y tambien segun que el perjurio hubiese podido influir ó influido mas ó menos poderosamente en la impunidad del delincuente, si resultaba serlo el procesado. En cuanto á los perjurios cometidos en pleitos ó negocios civiles, la l. 5. d. tít. 6. lib. 12. Nov. Rec. los castiga con vergüenza pública y galeras perpétuas, conmutando así la pena de pérdida de los dientes que las leyes antiguas imponian á los testigos falsos: y espresando que incurren en la misma pena que los perjuros los que les hubieren inducido á cometer el perjurio: pero todas estas leyes han caido casi totalmente en inobservancia, imponiendose generalmente á los perjuros penas mucho mas ténues y, como casi por todos los delitos, arbitrarias.

(197) Y lo mismo debe decirse, aun que en realidad no se haya hecho sufrir al procesado la pena de muerte ó mutilacion, y por el solo hecho de habersele atribuido falsamente un delito por el cual mereciese aquella pena, l. 1. §. 1. D. *ad leg. Cornel. de fals.* vers. *damnaretur.* Glos. al cap. *Rex* 23. quest. 5. vers. *perjuros*, y así se observa en la practica, como se lee tambien en las Decisiones del Delfinado decis. 44. y en la l. últ. del Ordenam. de Toro [d. l. 4. tít. 6 lib. 12. Nov. Rec. y V. la adic. á la nota proxim. antecedente.] y añád. Bald. á la l. últ. hácia el fin C. *si ex fals. instrum.* vers. *sed nunquid possit accusari de falso.*

(198) Añád. cap. 19. vers. 21. *Deuteron.* l. 1. §. 1. D. *ad leg. Cornel. de sicar.* y l. 11. tít. 18 Partida 7. y l. 13. tít. 8. lib. 2. *Fuero de las Leyes*: y acerca la pena que debe imponerse al Juez que obliga á los testigos á que declaren falsamente en causas criminales, V. Bart. á d. l. 1. y añád. d. l. 83. últ. de Toro.

(199) Parece inferirse de esta ley que el homenage tiene la misma fuerza que el juramento; y así la interposicion de aquél en un contrato otor-

LEY 27. *Quantas escusas han los que juran, para non caer en perjuro, maguer non guarden aquello que juraron.*

Escusarse pueden los omes, de non caer en perjuro (200) por la jura que fizieron, maguer non la guardassen, podiendo prouar alguna razon derecha, por que fincaran de lo non complir. E esto seria, como si dixesse alguno, que non pudiera complir lo que jurara (201), ca viniendo a complirlo, fuera preso en la carrera, o que enfermara, o que fuera detenido por aguas, o por nieues, o por fuerça, o por miedo de sus enemigos conoscidos, que le tenian el camino; o si auia algo a dar, e lo embio (202) con tal ome, que creya (203) que era leal mensage-

gado por un menor lo haria tan firme como si fuese juramentado, authent. *sacramenta puberum* C. *si advers. vendit.*, y así lo he visto alegado en cierta cuestion muy ardua. Hace al mismo propósito lo anotado por Bald. consil. 291. vol. 2. donde dice que en el homenage está comprendido el juramento, y que tiene aquél la propia fuerza que este último en los contratos innominados, haciendo que no puedan estos rescindirse por arrepentimiento; lo que parece confirmado por la l. 10. tít. 26, Partida 4. Por lo demás, y de derecho comun lo mismo es prestar homenage que juramento de fidelidad, cap. últ. y Glos. allí *de regul. jur.* y lo propio pretende Abb. y Juan de Ana. al cap *ex diligenti*, *de simonia* y Specul. tít. *de feudis* §. *quoniam* vers. *primo autem* hácia el fin. bastando para la firmeza de un contrato el que uno diga: prometo por mi fe; segun el bello texto del cap. *cum tempore*, *de arbitr.* y Abb. allí, y cap. *ad aures*, *quod metus causa*. Segun Inocenc. y Abb. col. últ. cap. *et si Christus*, *de jurejur.* jurar es decir; prometo esto por mi fé: Ang. y Alex. á la l. 3. vers. *sed si quid*. D. *de jurejur.*; donde tratan de los guardias ó soldados que se obligan solo por su palabra ó por su fe y V. el cap. *gravem* 15. *de excess. prælat.* vers. *Contra fidem homagii*, siendo muchas las leyes de partida que hablan del homenage ó promesa de fidelidad como equivalente del juramento, entre ellas la l. 4. tít. 25. Part. 4. l. 2. tít. 5. Part. 7. l. 22. tít. 21. Part. 2. y la presente por la que parece aprobarse la opinion de los que decian ser reo de perjurio el que falta á la fidelidad prometida aunque no la haya jurado: y así lo pretenden Archid. 22. quest. 1. *in summa*, Inocenc. á d. cap. *et si Christus*, y muchos otros á quienes refiere Felin. al cap. *querelam*, *de jurejur.* Lo contrario, empero, se infiere de la circunstancia de no prestarse el homenage invocando á Dios, que es lo que constituye la esencia del juramento, sino prometiendo simplemente el que lo presta, como bueno y leal; y así lo confirma el cap. *grandi*, *de suppl. neg. prælat. in* 6 donde se habla del juramento y del homenage separadamente y como de cosas diversas. Lo propio puede inferirse de la l. 5. tít. 15. y l. 22. tít. 21. Part. 2. donde se lee: *jurando, ó faziendo homenage*; y V. Specul. tít. de *feud.* §. *quoniam* vers. *forma autem juramenti* y vers. *nor-ró in Regno Franciæ* donde esplica el modo y formalidades con que los nobles prestan homenage al Rey, doblando las rodillas, poniendo sus manos dentro de las del Rey y prometiéndole, en esa postura, fidelidad; y luego añade hablando de los Prelados, que estos con la estola puesta al cuello y llevando delante los Evangelios prometen fidelidad ú homenage ó entrambas cosas, si así lo requiere la naturaleza ó condicion del feudo: por cuyas palabras es manifiesto que hace diferencia entre el pleito homenage y el juramento: y lo propio se demuestra por el Fuero de Vizcaya en el que se hace distincion entre el homenage y el juramento de los Reyes Católicos. Y la presente ley parte de los mismos principios, cuando dice: *assi como adelante se muestra* etc. de suerte que, segun ella, el que faltare al juramento prestado incurrirá en la pena de perjurio y de infamia, y el que faltare al homenage incurrirá en la de infamia solamente, segun la l. 2. tít. 5. Partida 7.; á la cual se refiere la presente, cuando alude á lo que se dirá mas adelante, es decir, en las otras leyes; y como en ninguna de las que hablan del juramento se declare que haya de considerarse perjuro al que faltare al simple homenage, síguese de ahi que no puede probar la presente ley que el homenage y el juramento sean una misma cosa: arg. lo anotado por Bald. á la l. 2. C. *de error. advoc.* Añád. á lo dicho la l. 4. tít. 26. Part. 4. donde dice: *jurando é faciendo pleito homenage* y V. l. 25. tít. 16. y l. 26. tít. 18 de esta Partida debiendo añadirse que el juramento, á que se refiere la authent. *sacramenta puberum*, es el que se haya prestado con alguna formula religiosa, y no diciendo por ej. *juro por mi cabeza*, *por mi alma*, segun Jacob. Butr. y Salic. á d. authent. C. *si advers. vend.*

(200) Deséchase aquí la opinion de la Glos. á la l. últ. D. *qui satisd. cog.* que tambien habia sido allí comunmente reprobada.

(201) Conc. l. últ. D. *qui satisd. cog.* y cap. *breve* 17. *de jurejur*, Y ¿el que prometa una cantidad á un cierto plazo dentro el cual sabe que no podrá pagarla, si antes de vencido aquél hace cesion de bienes, será tambien perjuro? V. Bald. á la l. últ. C. *de non num. pecun.* donde dice que no lo seria; y añád. l. 2. §§. 3. y 6. D. *si quis caut. in jud.*

(202) Y acerca de si el deudor está ó no obligado á correr el riesgo de que se pierda la cosa

ro (204), e el fizo como desleal; o que gelo tomaron a el, o aquel su mensagero, o lo perdio por ocasion; o si jurara de ir en algun logar, e non quiso el Rey, o otro su Señor (205), que fuesse alla. Ca en toda jura se entiende sacado mandamiento de Señor, o de Mayoral, a quien deue obedecer (206). E esto, porque mas son en poder destos sobredichos, que en el suyo, e el su mandamiento esles como fuerça. E demas dezimos, que si alguno, sobre demanda, o contienda que aya con otro, metiere su pleyto en mano de su contendor, e jurare fazer lo que aquel le mandare; si este en cuya mano es aquel pleyto metido, manda cosa desaguisada (207), assi como que non vaya mas en seruicio de su Señor, o que non le ayude, o que non entre en Corte del Rey (208), o que dexe su muger, o que desherede sus fijos, o otra cosa desaguisada semejante destas, o mayor, non es tenudo de lo complir; ante es quito del perjuro, escusandose por razon del desaguisado que le mandaron. Esso mismo dezimos, si le mandaren fazer cosa, que non pueda complir. E esto seria, como si dixesse, que pechasse a su contendor diez mil marauedis, e el non fuesse valioso de mil; o que le diesse todo quanto que auia, e fincasse el pobre, e deseheredado de todo, o de la mayor partida dello; o si le mandassen (*u*) tal cosa, que si le fuesse ante fecha entender, en ninguna guisa non la jurara (209). E aun dezimos, que se puede escusar de perjuro por otra razon. Ca si alguno jurare, de dar, o fazer alguna cosa a plazo señalado, si aquel aquien lo ha de complir, le soltare de aquel plazo (210) o gelo alongare, ante que sea pasado, non cae en perjuro. Esso mismo dezimos, si le mandasse fazer alguna cosa que fuesse a peligro (211) de su alma. Otrosi, dezimos, que demandado alguno emprestido a otro, si jurare, ante que lo reciba, que lo pagara, afuzia que gelo dara, aquel a quien el lo demanda, si non gelo diere (212), non es tenudo de lo complir. Ca bien deuemos entender, que tal fue su intencion del que juro, que lo pagaria a aquel plazo, si gelo diessen. Esso mismo seria, si alguno diesen en

(*u*) cosa tan desaguisada que sil fuese etc. c. Esc. 3

que él debe enviar ó entregar á otro, V. la Glos. á la l. 8. §. 9. vers. *alteruter* D. *de transact.* donde está por la negativa; y se refieren á d. Glos. Bald. á la l. 10. col. 4. C. *de oper. lib.* y Juan de Plat. á la l. 8 C. *de annon. et tribut.*

(203) Aunque fuese un pobre, pero de buenos y leales antecedentes, V. Bart. á la l. 8. D. *de suspect. tutor.*

(204) Añád. cap. *significante* 7. *de pignor.* y Abb. allí y l. 20. y l. 5. §. 13. D. *commod.*

(205) V. cap. *de forma* 22 quest. últ. cap. 1. *de nova forma fidelit.* Pero ¿será necesario en ese caso para que no haya perjurio, que estuviese enterado del juramento el señor ó superior que ha impedido el cumplirlo? V, Felin. cap. *constitutus*, *de rescript.* col. 7. vers. *limita quadrupliciter.*

(206) Añád. l. últ. princ. D. *ad municip.* y cap. *venientes* 19. *de jurejur.* y l. 8. D. *de leg. commis.*

(207) Añád. l. 30. D. *de oper. lib.* cap. *quintavallis* 23 *de jurejur.* l. 24. tít. 4 de esta Part. y V. Glos. al cap. últ. 23. quest. 7. Y si se mandara al ofendido que saliese de la ciudad, ¿estaria aquél obligado á cumplirlo? Bald. cap. 1. §. 1. col. 2. *de leg. Cornel.*, despues de Jacob. de Ardizo, opina que semejante precepto no seria obligatorio, á menos que al que lo diese se le hubiesen conferido en el compromiso facultades para ello: ni con él se entenderia coartada la libertad, sino como una especie de satisfaccion de la injuria, y mucho menos se consideraria como una relegacion ó destierro, de suerte que hubiese de castigarse criminalmente al que lo infringiese: porque el poder imponer preceptos que obliguen en estos términos compete esclusivamente á los que tienen el mero imperio, l. 10. C. *de sentent.* y añád. sobre esta materia lo anotado por Bart. á la l. 1. §. 5. y l. 17. §. 5. D. *de injur.* y en cuanto á la obediencia que cada uno debe á aquél, á cuya clemencia ó misericordia se ha acogido, V. Alex. consil. 70 vol. 1. col. penúlt. y la especie original que sobre lo mismo trae Inoc. al cap. *veniens*, *de renunt.* y Ang. á la l. últ. D. *de prætor. stipul.*

(208) Nótese bien el ejemplo que pone aquí nuestra ley de un precepto injusto, á saber el de no entrar en la Corte del Rey, á la cual todos deben acudir como á la fuente de justicia, ll. 27. y 28 tít. 9. Part. 2. l. penúlt. y últ. tít. 16 de esta Part.

(209) Porque nunca se entienden comprendidas en el juramento aquellas cosas en que no se pensaba al prestarlo, cap. *veniens* 16 *de jurejur.* y la Glos. allí vers. *præscivisset* y cap. *clericus* 35. y la Glos. al cap. *quemadmodum* d. tít. y Glos. al cap. *ne quis* vers. *furens* 22. quest. 2: y es muy puesto en razon que nadie se obligue á mas de aquello á que ha pensado obligarse, Bald. á la l. 8. col. 15. *de impub. et aliis substit.*

(210) Conc. cap. 1. *de jurejur.* y cap. *de sponsal.* y Abb. allí y al cap. *præterea*, *de appell.*

(211) V. cap. *quintavallis* 23. *de jurejur.* cap. *si veroaliquis* 7 y cap. *veniens* 16 d. tít. y cap. *ad audientiam* 4. *quod met. caus.*

(212) Conc. l. últ. C. *de non num. pecun.*

condésijo armas, de qual manera quier fuessen, e le fiziessen jurar, que quando quier que gelas demandassen, que gelas tornasse, que non es tenudo aquel que jura, de gelas tornar, si vee que las quiere (215) para yr contra el Rey, o el Reyno; o si es salido de seso, e vee que faria con ellas daño.

LEY 28. *Por que otras escusas non cuen en pena los que juran, maguer non tengan aquello que juraron.*

Acrecer deuen los Reyes el derecho en el Señorio de sus Reynos, e non menguar (214). E por esta razon, si el Rey jurare alguna cosa (215), que sea en daño, o en menoscabo del Reyno, non es tenudo de guardar tal jura como esta. Esso mismo dezimos de los Obispos, e de los Perlados (216), si jurassen tal cosa, que fuesse a gran su daño de sus Eglesias, o de aquello losgares, eu que son puestos por Perlados. Sin todo esto dezimos aun, que qualquier que ponga pleyto con otro por jura, que si aquel con quien lo puso, lo quebrantare primero (217); que es escusado de non caer en perjuro, maguer non la guarde. Ca non es derecho, que sea guardado pleyto, nin jura, a aquel que primeramente lo quebranto. Empero bien queremos, que sepan todos, que cosas y ha, en que maguer el vno non guarde la jura, o venga contra aquello que pusiere, el otro non se puede escusar, si viniere contra ello. E la vna destas es el casamiento. Ca pues que el marido. e la muger, son jurados, maguer el vno tenga tuerto al otro, faziendole adulterio; non ha el otro por esso de vengarse del (218) en aquella manera, ante es tenudo de le guardar aquello que le prometio. La otra es en tregua (219). Ca si vno la da a otro, e la quebranta qualquier dellos, faziendo

(213) V. Ambros. lib. 1. *de offic.* cap. últ. col. últ. y cap. *ne quis arbitretur* 22. quest. 2.

(214) Parece confirmarse por esta ley lo que dice Bald. vers. *ampliús consueverunt*, *de pace constant.* citando la l. 3. D. *qui et á quib. manumiss.* á saber que el Príncipe, así como no puede por via de contrato ni de otra manera conceder á otro sus regalías en perjuicio de sus sucesores, así tampoco puede disminuirlas; y para la mejor intelijencia de lo dispuesto aquí, V. á Socin. consil. 7. vol. 3. donde pretende que la enagenacion de las regalías ó de alguna parte de ellas, aunque no sea de mucha importancia y en grave perjuicio del Reyno, sino una pequeña disminucion de las mismas, no es obligatoria para los sucesores; y añad. lo anotado por Andr. de Iser. §. *præterea ducatus* vers. *nec. dominus feudi* hácia el fin col. penúlt. *de prohib. feud. alien. por Fred.* Y sobre cuales sean las circunstancias que deberán atenderse para calificar de grande ó de poca cuantía las referidas enagenaciones, V. Luc. de Pen. á la l. 3. C. *de omni agro desert.* y l. 1. C. *de capit. civium* donde cita una declaracion de Inocencio VI.

(215) Conc. cap. *intellecto* 33. *de jurejur.* y V. lo anotado á la l. 5. tít. 15. y á la l. 8. tít. 1. Part. 2.

(216) Conc. cap. *sicut nostris* 27. *de jurejur.*

(217) Conc. cap. *pervenit.* 3. *de jurejur.* cap. *esto subjectus* 7, 95 *distinc.* l. 21. C. *de pact.* cap. *revertimini* 65. y Glos. allí, vers. *perdidistis* 16. quest. 1. l. 54. § 1. D. *locat.* y l. últ. D. *de rescind. vend.* y cap. 1. §. *porró* y Glos. y Bald. allí *quæ fuit prima causa benef. amitt.* siendo, empero, de advertir que porque alguno me haya faltado á lo prometido con juramento, no puedo faltar á lo que tambien bajo juramento hubiere yo prometido á un tercero, l. 5. y Bald. allí C. *de novat.* ni una á lo prometido al mismo que me ha faltado á promesa, si la obligacion que yo debo cumplir es independiente de aquella á la que se me ha faltado; antes lo dispuesto aquí en la presente ley debe entenderse limitadamente á las obligaciones recíprocas, de las cuales el incumplimiento de la una, escusará de cumplir por su parte á aquél en cuyo perjuicio se ha faltado á lo convenido, segun Abb. y DD. á d. cap. *pervenit* y V. Felin. allí.

(218) Porque no podria hacerlo sin pecar: con todo entre delitos iguales se admite en el foro eclesiastico la compensacion cap. *intelleximus* 6. *de adult.* bien que por derecho civil rige la disposicion de la l. 1. C. *de adult.* [esto es, la de que el marido tenga derecho de acusar á la muger y no lo tenga la muger de acusar al marido por razon de adulterio] y V. sobre el particular la Glos. al cap. 1. 32. quest. 6. glos. últ. donde trata la notable question de si podria pedir la separacion *quoad thorum* por adulterio del marido, la muger que antes hubiese sido tambien adúltera y se hubiese reconciliado con el marido: y se resuelve por la afirmativa.

(219) Y lo mismo debe decirse del tratado de paz que se haya celebrado entre muchos, segun Luc. de Pen. á la l. únic. C. *public. lætit.* col. 28. vers. *último quæritur* donde esceptua, no obstante, el caso en que hubiese de otra parte justo motivo para declarar la guerra á aquél que hubiese roto las paces, en cuyo caso no estaria obligado á cumplir el tratado, aquel, en cuyo perjuicio se hubiese infrinjido. Por lo demás en la presente ley se confirma la opinion que se tuvo por original de Vincent al cap. 1. hácia el fin *de treuga et pace* citada y aprobada tambien por Juan Andr. en las adiciones al Specul. d. tít. *de treuga et pace* y á d. cap. *pervenit*, *de jurejur.* y V. Felin. allí, añadiendo Juan Andr. que así se ob-

daño al otro en su auer mueble, o rayz, que non sea en cuerpos de omes, o mugeres (220); guardargela deue por esso el otro, por non quebrantar su jura; fueras ende, si quando le pusieron en vno, fue dicho, que si alguno dellos la quebrantasse en alguna manera, que el otro non fuesse tenudo de la guardar. Ca non es derecho (221), que si alguno fiziere a otro traycion, o aleue, que el otro se vengue del en aquella misma manera.

LEY 29. *Quantas escusas han los que juran, para non caer en perjuro; maguer non tengan aquello que juraron.*

Desengañando a los que juran, queremoslo apercebir de algunas cosas, que diremos en esta ley, porque non cayan en perjuro contra Dios, nin sean tenudos por engañosos. E porende dezimos, que si el que da la jura, o el que la faze, metiere palabra engañosa (222), o dubdosa; que non se deue entender, fueras de la manera que la entendio aquel que non fizo el engaño. E de tal jura como esta dezimos, que si el engaño pudiere prouar, que non deue valer, nin aprouecharse della aquel que fizo, o dixo el engaño: nin se puede escusar, que non sea por ende perjuro. E aun mas dezimos, que el que jura cosaguisada, non se puede escusar de non la guardar, maguer diga que la fizo por fuerça (223); fueras ende en estas cosas. (*v*) Si le fizieron jurar a miedo que en-

(*v*) Sil fizieren jurar amidos que entrase en orden, Acad. Sil fezieren jurar a ambidos, Tol. 2 Esc. 4. B. R. 1.

serva en España, segun d. Vincent. Pretenden, sin embargo, que dicha opinion no es conforme á derecho Juan de Imol. y Alex. á la l. 96. D. *de verb. oblig.* y Abb. á d. cap. 1. *de treuga et pace:* por lo cual es digna de notarse la presente ley que decide ese punto bien espresamente y declara que por los daños y perjuicios que no sean personales causados por alguno de los contratantes, no están los demás autorizados á quebrantar las treguas; á menos que se hubiese así especialmente convenido, y añad. l. 39. D. *de furt.* donde observan Bart. y Ang. que el cometer un hurto no es quebrantar la paz.

(220) Porque las injurias personales son siempre mas graves que los perjuicios materiales, V. l. 10. D. *de pœn.* infiriéndose tambien de las palabras de nuestra ley que si la tregua se ha quebrantado por haber el uno de los contratantes herido al otro, no estará este obligado á observarla; ni cometerá violacion de la tregua, aunque en venganza hiriere á su vez al primero, Bald. despues de Guid. de Suza á la l. 16 C. *de pactis* pero incurrirá en la pena legal ordinaria por razon de la herida causada, segun el mismo Bald. allí y conforme bien claramente se indica en el final de la presente ley. Y si, viendose alguno ofendido por un tercero en presencia de otro con quien hubiese tratado la paz, no fuere socorrido por este, ¿incurrirá el último en la pena de violacion de la paz convenida? V. Luc. de Pen. á la l. únic. C. *public. lætii.* donde distingue entre el caso en que el que hubiese dejado de prestar socorro fuese un hombre débil y pusilánime; ó fuese animoso y acostumbrado á dar ayuda á los que viese ofendidos: y trata asimismo del caso en que el que hubiese jurado ó convenido una tregua ofendiese al hijo, consorte ó hermano de su contrario; y del en que, durante la tregua, aunque sin dañar directamente á las personas de aquellos con quienes se habia convenido, se les ocasionase una gran desgracia ó se les arruinase enteramente, sobre lo cual y otros muchos puntos apropósito de los indicados, V. al mismo Luc. de Pen. lugar citado quest. 18. 20. y 21.

(221) Con lo que establece aquí la presente ley parece contradecirse lo que espresa la Glos. al cap. *cupientes* vers. *malignantium*, *de elect.*, á saber, que cualquiera tiene derecho á valerse de iguales medios contra las intrigas y cavilosidades del adversario, mientras le asista la razon en el punto principal. A este propósito V. cap. *dominus noster* 1. 23. quest. 2. y l. 77. §. 31. vers. *plané* D. *de legat.* 2. acerca de cuya Glos. y de la otra á la reg. *exceptionem*, *de regul. jur.* lib. 6. que parece contraria á la primera, V. Alex. á la l. 45. *ad S. C. Trebell.* Y sobre si es ó no lícito valerse de documentos falsos, contra otros igualmente falsos que se hayan presentado, V. á Bald. á la rubric. C. *de fid. instrum.* col. 8. hácia el fin, donde se resuelve por la negativa: y añád. l. 2. tít. 16. Part. 7. y lo anotado por Juan de Plat. á la l. 1. C. *de navib. non excus.* y Luc. de Pen. á la l. únic. C. *public. lætit.* col. 28. donde dice que el haberme alguno hecho traicion, no me autoriza para cometerla contra él, si yo le he prometido fidelidad.

(222) Conc. cap. *quacumque arte* 22. quest. 5 y V. Glos. al cap. *hoc videtur* § *quæritur* d. caus. y quest. donde hace distincion de casos; pues generalmente se considera prestado el juramento, conforme á la intencion de aquél que lo ha recibido: y V. Abb. al cap. *cumcontingat* col. 16. *de jurejur.*

(223) Conc. cap. *si vero* 8. cap. *verum* 15 *de jurejur* y cap. *si aliquid* 22. quest. 4. Y aunque alegase un temor vano é improbable podria pedir la absolucion del juramento, segun Host. y Abb. á d. cap. *verum* donde dicen opinar así, porque no seria justo que del dolo del que hizo la fuerza

trasse en Orden (224), o (*x*) que casasse con alguna muger, o prometiesse arras (225); o le tomaron alguna cosa del Rey, o de la Iglesia (226), e le fizieron jurar que non la demandasse, o que non dixesse quien gela tomara. Ca atal jura como esta non seria tenudo de guardarla, si non quisiesse.

TITULO XII.

DE LAS PREGUNTAS QUE LOS JUEZES PUEDEN FAZER A LAS PARTES EN JUYZIO, DESPUES QUE EL PLEYTO ES COMENÇADO POR DEMANDA, E POR RESPUESTA; A QUE LLAMAN EN LATIN POSITIONES.

Començamiento toman los pleytos por las demandas, e por las respuestas que fazen las partes en juyzio, assi como de suso mostramos. E porque toda cosa que ome comiença, deue puñar primeramente de la traer a acabamiento, por la mas ligera carrera que pudiere; porende dezimos, que se deuen los Judgadores trabajar, luego que el pleyto es començado ante ellos por demanda, e por respuesta, de fazer jurar a las partes. E des-

(*x*) que casase con alguna muger deshonesta por fuerza o le prometiese arras, Tol. 2.

ó miedo, reportase este utilidad y se siguiese á otro perjuicio: sin que obste á lo dicho la l. 6. D. *quod met. caus.* [én la cual se declara que no basta un temor cualquiera, sino un temor tal que impusiese á un varon constantisimo]; porque d. ley habla del temor por el cual se hacen nulos ó se rescinden legalmente los contratos, y aquí se trata de si podrá el juez por su noble oficio conceder la absolucion del juramento, V. Glos. al cap. penúlt. *quod met. caus.* Pero él mismo Abb. al cap. penúlt. col. 3. vers. *et ex hoc intellectu* sostiene la opinion contraria, fundandose en el cap. 8. *de jurejur.* en el cual se exige que el temor sea gravisimo, para poderse relajar el juramento; y así nadie podria pedir la absolucion por razon de miedo ó temor, á menos de ser este tal que impusiese á un varon constante; y esta creo ser la opinion mas verdadera. Nótese además que en los casos en que hubiere mediado fuerza ó grave temor, puede tambien el juez secular obligar al que lo haya causado á que absuelva del juramento al que lo prestó, segun Felin. al cap. 1. col. 6. hácia el fin y Bald. al §. *item sacramenta* col. 2. *de pac. juram. firm.* donde dice: que los buenos jueces hacen rescindir y anular semejantes juramentos é ilícitas estorsiones, hasta con la captura de los que las hubieren perpetrado, l. 6. D. *de offic. præsid.* y añade haberlo visto practicar así muchas veces. Cuando el juramento, además de haber sido prestado por fuerza ó miedo, lo fuere en alguno de los casos prohibidos por la ley, como para la enagenacion de un fundo dotal ó en el caso de que habla el cap. *secundi de pactis* lib. 6; entónces, aun sin necesidad de absolucion, no estará obligado el que así hubiese jurado; porque, por ser ya contra la ley semejante juramento, es necesario que se preste espontaneamente, para que produzca alguna obligacion, V. Abb. al cap. *cum contingat.* 3 notab. d. tít. citando á Vincent. y á Felin. á quien puede verse tambien al cap. 2. d. tít.

(224) Trae esta ley su origen de la Glos. al cap. *Abbas*, *quod met. caus.* y de la l. 5 C. *de sponsal.* cap. *cum locum* 14. cap. *reuisivit* 17. *de spons.* l. 21. §. 3. D. *quod met. caus.* cap. 3. *de jurejur.* y cap. 1. 15. quest. 6; en cuyos textos se ponen los mismos casos que aquí; debiendo decirse, por punto general, que en todos aquellos en que es necesario el libre consentimiento, como en la celebracion del matrimonio, profesion de los votos espirituales, elecciones etc. no basta el consentimiento solo, sino es acompañado de la espontaneidad, Glos. notab. al cap. *notificasti* 32. quest. 5, la que debe tenerse muy presente, segun Abb. á d cap. *cum locum*. Pero ¿necesitará tambien la absolucion del juramento, el que con él haya contraido matrimonio, pero por miedo; ó haya hecho alguno de los actos que en esta ley se espresan y en los que el miedo importa nulidad? Parece que no, segun la l. últ. C. *de non numer. pecun.* y V. Felin. al cap. *si vero* hácia el fin *de jurejur.* apesar de pretender lo contrario Abb. al cap. 2. *de his quæ vi met. caus. fiunt*, fundándose en el cap. *inter cætera*, 22. quest. 4, el cual, sin embargo, no prueba semejante cosa.

(225) Hácese aquí estensivo á las arras, lo que relativamente á la dote establecia la l. 21. §. 3. D. *quod met. caus.*

(226) Pero ¿deberá esto entenderse limitadamente para el caso en que dichas cosas del Rey ó de la Iglesia no puedan ser reclamadas y recobradas por otro que el Prelado ó administrador; de suerte que estos estén obligados á cumplir el juramento prestado, cuando por medio de otra persona puedan recobrarse dichas cosas? Así lo opinan Cardinal. Anton. Inocenc. é Imol. á d. cap. 2. *de jurejur.* Mas, atendidos los términos absolutos en que la presente ley está concebida, parece que indistintamente quedará relevado del juramento el que lo hubiere prestado en perjuicio del Rey ó de la Iglesia, aunque de otro modo puedan salvarse los intereses de estos: y así lo opina tambien Abb. á d. cap. 2, fundandose en la Glos. del cap. 1. vers. *contractum*, *de restit. in integr.* Pero digno es este punto de mas detenida reflexion.

pues preguntarles por aquella jura, que le digan verdad. Ca por tal manera caen los Juezes mas de ligero en ella. E pues que en el titulo ante deste fablamos de la jura, queremos agora aqui fablar destas preguntas. E primeramente mostrar, que cosa es pregunta. E que pro nace della. E quien la puede fazer. E sobre quales cosas.

LEY 1. *Que cosa es Pregunta.*

Pregunta es demanda que faze el Juez a la parte para saber la verdad de las cosas, sobre que es dubda, o contienda antel. E tales preguntas como estas se pueden fazer despues que el pleyto es començado por demanda, e por respuesta, e non ante (1). Fueras ende en aquellas cosas señaladas, que diximos (2) en el Titulo, que fabla de como se deue començar el pleyto.

LEY 2. *Que pro nasce de la Pregunta, e quien la puede fazer, e sobre que cosas.*

Pregunta es cosa de que nace grand pro. Ca por ella puede el Judgador saber mas en cierto la verdad de los pleytos, e de los fechos dubdosos, que vienen ante el. E puedela fazer el Juez (3), fasta que de el juyzio: e aun la vna parte a la otra ante el Judgador. E deue ser de tal natura, que pertenezca al fecho (4), o a la cosa sobre que es la contienda. E hase de fazer en cierto (5), e por pocas palabras, non emboluiendo muchas razones (6) en vno; de manera que el preguntado las pueda entender, e responder ciertamente a ellas. Ca si de otra guisa fuesse fecha, non deue ser cabida: nin aun la parte a quien la fiziessen, non seria tenudo de responder a ella.

TITULO XIII.

DE LAS CONOCENCIAS, E DE LAS RESPUESTAS QUE FAZEN LAS PARTES EN JUYZIO, A LAS DEMANDAS, E A LAS PREGUNTAS QUE SON FECHAS EN RAZON DELLAS.

Conocencias fazen a las vegadas las partes, de la cosa, o del fecho sobre que les fazen preguntas en juyzio; de manera que non ha menester sobre aquel pleyto otra prueua, nin otro aueriguamiento. E pues que en el Titulo ante deste fablamos de las preguntas, queremos aqui dezir de las conocencias, e de las respuestas que nacen dellas; que es manera de prueua mas cierta, e mas ligera, e con menos trabajo, e costa de las partes, que aduzir testigos, o cartas, para prouar lo que demandan. E porende queremos primeramente mostrar, que cosa es conocencia. E quien la puede fazer. E que fuerza ha. E quantas maneras son de conocencias. E como deuen ser fechas. E qual deue valer, e qual non.

(1) V. Specul. tít. *de posit.* §. 3.

(2) L. 1. tít. 10 de esta Partida.

(3) Conc. cap. *cum Joannes* 10 *de fid. instrum.* y l. 21. D. *de interrog. in jur. fac.* y V. Specul. d. §. 3. *de posit.* Y despues de conclusos los autos para definitiva, no solo puede hacer el juez semejantes preguntas para corroborar ó determinar las pruebas semiplenas ó dudosas que las partes hayan ministrado, sino tambien para justificar de nuevo sus respectivas intenciones, segun Anton. al cap. 1. col. 3. *de judic.* y Bald. á la l. 4. col. últ. C. *de accusat. et inscript.*, bien que lo contrario pretende Inocenc. á d. cap. *cum Joanes* y Abb. allí penúlt. notab. Y aun en aquellos casos en que la parte no tendria derecho á exigir que se respondiera á las preguntas que presentase, puede el juez hacerlas de oficio, cuando con ellas crea poder evitar alguna inicua estorsion, Bald. á la l. 24. col. 17. C. *famil. ercisc.* —*Pero despues de la conclusion para sentencia ¿deberá entenderse que solo el juez, procediendo de oficio, podrá hacer á las partes las preguntas que estimare conducentes para mejor proveer? ¿ó tambien las partes presentando posiciones podrán pedir que sean estas absueltas, como podian pedirlo antes de la conclusion? Así lo opinan, citando la presente ley, Tapia Febrero refundido, §. 4. cap. 14. tít. 2. lib. 3. y Goyena y Aguirre §. 4944 sec. 1. tít. 72. lib. 3. y D. Manuel Ortiz de Zúniga cap. 9. sec. 4. Part. 1. Bibliot. jud. bien que el mismo, en otro lugar, cap. 13 tít. 7. tom. 1. dice que lo mas autorizado en la práctica es no admitir, despues de la conclusion, mas que documentos, en los casos que allí espresa. De todos modos, empero, es indudable que deben admitirse las posiciones despues de la publicacion de probanzas, l. 1. hácia el fin tít. 13. lib. 11. Nov. Rec. y aun despues de conclusion para sentencia, segun lo dicho aquí *é aun la una parte á la otra... fasta que de el juyzio.*

(4) Añád. l. 21. C. *de probat.* y l. 9. §. últ. D. *de interrog. act.* Glos. al cap. 2. vers. *rationabili*, *de confess.* y Specul. tít. *de posit.* §. 7. versic. *secundo considerandum.*

(5) V. l. 15. C. *de transact.* y Specul. lugar antes citado, versic. *tertió quoque considerandum.*

(6) V. Specul. lugar citado. versic. *undecimò considerandum.* y Glos. á d. cap. 2. *de confess.*—*Y sobre las posiciones ya confesadas por una parte no puede hacer nuevas preguntas el letrado de-

LEY 1. *Que cosa es Conocencia, e quien la puede fazer.*

Conocencia es respuesta de otorgamiento, que faze la vna parte a la otra en juyzio. E puedela fazer todo ome que fuere de edad de veynte e cinco años; o su Personero, o Bozero, a quien fuesse otorgado poderio (1) de la fazer. Pero si el Personero otorgasse alguna cosa en juyzio, estando su dueño delante, e contradiziendola luego (2), non le deue empecer. Mas si el non estuiesse delante, quando su Personero fiziesse la conocencia, si despues la quisiere reuocar, non lo puede fazer; fueras ende, si dixere que queria prouar, que el Personero fizo la conocencia por yerro, o por engaño e que la verdad es de otra guisa que el non conocio: ca prouando el esto, ante que juyzio afinado (3) sea dado sobre el pleyto, non le empece la conocencia, o la respuesta que assi fizo su Personero. Otrosi dezimos, que conocencia que fiziesse en juyzio huerfano (4) menor de catorze años, non seyendo su Guardador delante, que non le deue empecer. Mas si la fiziesse estando y su Guardador, e non la contradixesse,

fensor de la contraria bajo pena de tres mil maravedis. l. 4. tít. 9. lib. 11. N. R.

(1) Apruébase, pues, aquí la opinion de Anton. y Abb. d. cap. 1. col. 9. *ut lit. non cont.* declarándose que, para confesar el procurador en juicio, es necesario que tenga para ello poder especial: sobre lo que estaban muy divididos los intérpretes de derecho comun, como puede verse en Specul. y Juan Andr. en las adiciones, tít. *de confess.* §. *postremo* versic. *et quid si fit per procuratorem* y en la Glos. y los DD. á la l. 6. §. 4. D. *de confess.* Así pues la confesion que haga un procurador, sino tiene mas que poderes generales, no perjudicará al principal, d. §. 4. pero esto lo entienden Bart. y Paul. allí con distincion, pretendiendo que la confesion de semejante procurador no causará perjuicio al constituyente, cuando aquella haya tenido lugar en actos de jurisdiccion voluntaria, esto es, cuando el procurador haya confesado espontaneamente y sin ser compelido; porque en este caso equivale la confesion á una donacion, la que no se entiende comprendida en la administracion ni en el mandato generales, l. 28. §. últ. D. *de pact.* l. 7. D. *de donat.* pero que si la confesion del procurador ha sido forzosa, esto es, si se ha hecho contestando al libelo de la parte contraria, ó respondiendo á las posiciones que esta hubiese presentado, entónces perjudicará tambien al poderdante; y en todos los demás casos solo al procurador: debiendo, no obstante, advertirse que hasta en los casos en que la confesion del procurador haya sido forzosa en los términos esplicados, tendrá el principal derecho de impugnarla, ofreciendo probar haber sido hecha por error; lo mismo que podria hacer si se tratase de su confesion propia l. 2. D. d. tít. y añade Paul. allí que la confesion hecha por el procurador contestando al libelo ó respondiendo á las posiciones, se entiende siempre forzosa, y perjudica al principal, aunque no haya mediado especie alguna de coaccion; porque el que contesta á las posiciones en juicio, aunque lo haga sin que el juez espresamente se lo mande, sabe que, si fuese necesario, se lo mandaria, y seria compelido á responder: sobre lo cual advierte Abb. á d. cap. 1. col. 9. que, no obstante lo dicho, si el procurador confesase luego de presentada la demanda y antes que hubiese mediado sobre la misma discusion alguna, tampoco redundaría semejante confesion en perjuicio del principal interesado; pues lo propio que la estrajudicial equivaldría á una donacion, para la cual no está facultado el procurador. Mas por lo dispuesto en esta ley y por lo que se acaba de decir, ¿se entenderá que tambien necesita poder especial para confesar, el procurador que lo sea constituido con poderes generales para pleitos? Parece que no, si el poder general ha sido otorgado *cum libera*, como acostumbran otorgarse comunmente; y en tal caso se equipara á los procuradores con los tutores y curadores que tambien tienen la *libre* administracion Glos. á la l. 60 D. *de procurat* y Bart. á d. l. 6. §. 4. D. *de confess.* donde trata tambien de la confesion hecha por un tutor ó curador; y V. sobre lo mismo á d. cap. 1. col. 9. y sobre la confesion hecha por un Prelado, V. al mismo al cap. *si diligenti* 4. notab. *de prescript.* cap. últ. col. penúlt. d. tít. cap. *dudum* el 2. col. 9. *de elect.* cap. *dilectus*, *de capell. monach.*—* La l. 2. tít. 9. lib. 11. N. R. exige tambien que tenga el procurador poder especial, para responder en ausencia del poderdante, á las posiciones que se hubieren presentado: y así se observa en la practica; en la cual, ninguna importancia se da á la cláusula *cum libera*, que, bien se halle ó no continuada en los poderes para pleitos, no se considera que modifique en manera alguna las atribuciones ó facultades del procurador.

(2) O bien antes de tres dias, como está dispuesto respecto de las confesiones hechas por el abogado, l. 1. y 2. C. *de error. advoc.* debiendo entenderse que, impugnandose la confesion dentro de dicho plazo, no es menester probar haya sido hecha por error.

(3) Pero no despues de proferida sentencia, cap. *ex parte de confess.* y l. 7. C. *de jur. et fact. ignor.*

(4) Conc. l. 6. §. 5. D. *de confess.*

valdria. Pero si la conocencia se tornasse a gran daño del huerfano, bien la puede reuocar, pidiendo merced al Rey, o al Judgador ante quien fuesse fecha; e mostrando el daño que le ende viene, si non tornasse el pleyto de cabo, en aquel mismo estado que era, ante que la conocencia fuesse fecha. E si el Rey, o el Juez entendieren que aquella conocencia se tornasse en grand daño del huerfano, deuenla reuocar. Essa misma merced, dezimos, que pueden fazer a todos los otros que son menores de veinte e cinco años, que estuuieren ellos e sus bienes (*a*) en poderio de otri: e aun los que fuessen mayores, seyendo locos (5), o desmemoriados, o desgastadores de lo suyo; si sus Guardadores conociessen alguna cosa en juyzio, que se tornasse a grand daño dellos.

LEY 2. *Que fuerça ha la conocencia.*

Grande es la fuerça que ha la conocencia, que faze la parte en juyzio, estando su contendor delante (6). Ca por ella (7) se puede librar la contien-

(*a*) en guarda et en poderio Acad.

(5) Nótese lo dispuesto aquí en nuestra ley que confirma la opinion de la Glos. á la l. 2. C. *de curat. furios.* de que los beneficios concedidos á los menores, lo están tambien á los furiosos; sobre lo cual, V. Felin. al cap. *pastoralis* col. 2. *de judic.*, y acerca de los pródigos, V. Abb. al cap. *cum non liceat* col. 5. *de præscript.* y Alex. á la l. 3. C. *de in integr. restit.* equiparandose por punto general á los pupilos, los pródigos y los furiosos, Bart. á la l. 1. §. 13. *ad S. C. Trebell.* y Bald. á la rubric. C. *de rescind. vend.*

(6) Conc. l. 6. §. 3. D. *de confess.* y l. últ. D. *de interrog. in jur. fac.* pero debe entenderse que la presencia de la parte contraria se exige solamente para que la confesion tenga fuerza de prueba plena; pues de semiplena la tendria siempre, aunque se hiciese en ausencia de la parte. Glos. á la l. 25. D. *ad leg. Jul. de adull.* Bart. á la l. 31. col. 7. y 10. D. *de jurejur.* y Abb. al cap. *si cautio*, *fid. instrum.* Asimismo, aprovechan aun á los que no se han hallado presentes, aquellas confesiones qus no se han provocado con el directo y principal objeto de obligar á los que las hacen en favor del que trata de aprovecharse de ellas, sino con el de probar algun hecho, del cual accidentalmente nace una obligacion contraida por el confesante á favor de persona distinta de la que ha pedido ó provocado la confesion, segun la Novell. 1. cap. 2. §. 2. *collat.* 1. y Ang. allí col. 2.; de donde infiere el mismo Ang. que si uno aprueba y reconoce en juicio la lejitimidad de un documento, todos aquellos á quienes interese, podrán accionar contra él en virtud de dicho reconocimiento ó confesion, aun que no se hallasen presentes al tiempo en que se hizo; Felin. cap. *cum M. Ferrariensis* col. 16. *de constit.* En tercer lugar, aprovechará la confesion á la parte ausente, cuando recayere, nó sobre la decision del punto principal, sino sobre algun incidente ó preparacion del juicio, y por punto general, en todos aquellos casos, en que puede proferirse sentencia sin citacion ó en ausencia de las partes, Juan Andr. adicion. al Specul. tít. *de confess.* §. *sequitur* vers. 7. Ang. á d. l. 6 §. 3. D. d. tít. y así en un juicio arbitral en que se haya pactado en el compromiso que pueda proferirse sentencia sin previa y especial citacion, aprovechará la confesion de una parte á la otra, aunque esta no la haya presenciado; porque la confesion se equipara á la sentencia, d. l. 6. §. 3. Y finalmente lo mismo deberá decirse de la confesion hecha por el actor en el libelo ó escrito de demanda, y de la hecha por el reo en el escrito de contestacion; y se le dará toda la fuerza, aunque dichos escritos se hayan presentado en ausencia de la parte contraria, l. 9. C. *de liberal. caus.* l. 14. C. *de omn. agro desert.* y Bart. á d. l. 6. §. 3. D. *de confess.* bien que lo contrario pretende la Glos. sing. á la l. 37. D. *fam. ercisc.*: pero la opinion de Bart. es la verdadera y lo mismo sostiene Ang. allí, advirtiendo, empero, que es necesario que se haya conferido traslado por el juez del escrito en que se hizo la confesion, paraque esta aproveche al adversario, á la manera que una carta se entiende que no perjudica al que la ha escrito, hasta que la ha recibido aquél á quien iba dirijida. V. Socin, *in suisfallentiis* vers. *confessio facta absente parte* y Felin. al cap. *si cautio*, *de fid. instrum.* donde refieren otros casos en que la confesion aprovecha á un ausente. Pero, en todo caso ¿podria el juez de oficio declarar aceptada la confesion de la parte, en nombre de la otra que estuviese ausente? V. Paul. á d. l. 6. §. 3. D. *de confess.*

(7) ¿Será, empero, necesario que sea la confesion aceptada, y que se haya hecho á instancia de la parte contraria? Así lo opinan Salic. y Cyn. á la l. únic. 15. *oposit.* C. *de confess.* espresando que de otra manera no podria llamarse verdadera confesion, porque faltaria aquella espontaneidad y conocimiento de causa que supone en el confesante la cirunstancia de saber que es su adversario el que ha provocado la contestacion que va á dar, y que quiere aprovecharse de ella *[non posset dici confessio*, dice el Glosador, *quia non esset simul fassio]*: y lo mismo sienten Alex. consil. 112. vol. 3. y consil. 20. 4. vol. col. 1. Francisc. de Curte consil. 77. donde trata latamente esta materia y Felin. á la l. 41. hácia el fin C. *de lib. caus.* y á la l. 13. 6 quest. C. *de non num. pecun.* y á d. cap. *si cautio* col. 5. añadiendo allí que, por esta razon, se acostumbra

da, bien assi como si lo que conocen, fuesse prouado por buenos testigos, o por verdaderas cartas. E porende el Judgador, ante quien es fecha la conocencia, deue dar (8) luego juyzio afinado por ella; si sobre aquella cosa que conocieron, fue començado pleyto (b) ante por demanda, e por respuesta. Esso mismo dezimos (9), si la conocencia fuesse fecha en juyzio en pleyto criminal, en qual manera quier. Mas si alguno fiziesse venir su debdor antel Juez, e le rogasse que le fiziesse jurar, o que le preguntasse, si le deuia alguna cosa, o marauedis; e el demandado respondiesse luego llanamente, que gela deuia, non le queriendo fazer contienda sobrello; estonce dezimos, que abonda que el Judgador mande al debdor que fizo la conocencia, que pague aquella cosa que conocio, fasta vn dia señalado quel ponga, assi como de suso mostramos (10) en el Titulo que fabla de las Demandas: e non ha por que le de otro su juyzio afinado, sobre tal razon como esta.

LEY 3. *Quantas maneras son de Conocencias, e como deuen ser fechas.*

Tres maneras son de conocencias. La primera es, la que faze ome en juyzio, estando su contendor delante, que fablamos en la ley ante. La segunda es, aquella que faze vn ome a otro sin premia, non estando en juyzio con el. La tercera es, quando alguno por tormento, o por fuerça que le fazen, conoce alguna cosa. E de cada vna destas mostraremos abiertamente en las leyes deste titulo. Pero queremos aqui dezir, de como los que son preguntados en juyzio, deuen responder en cierto (11), a las preguntas que les fazen; otorgando, o negando llanamente, la cosa sobre que los preguntan. E si por auentura el preguntado dixiere que dubda (12), e demandare plazo por acordarse, porque pueda mas cierto responder; si esto dize el por si, e non por consejo de su Abogado, deue el Judgador otorgarle el plazo (13), para poderse acordar de como responda. Mas si el queriendo luego responder, su Abogado le metiesse a esto, que demandasse plazo, non le deue ser cabido: porque sospechamos, que el Abogado queria dar en poridad consejo a la parte, que responda de guisa, que non le empezca, e que la verdad se encubra: e porende deue ser auisado el Judgador, que de mientra se fizieren las preguntas a las partes, non dexen estar (14) y el Abogado, de aquel a quien faze la pregunta. Ca muchas vegadas acaece, que los Abogados (15), con gran sabor que han de vencer el pleyto, non catan a Di s, nin a sus almas: e fazen a sabiendas, que las partes nieguen la verdad de las cosas, sobre que les fazen las preguntas. Otrosi dezimos, que seyendo alguno preguntado del Judgador, sobre cosa que pertenezca al pleyto, si fuere rebelde, non queriendo responder a la pregunta; que tanto le empece aquella rebel-

(b) antel Acad.

poner en las confesiones la clausula de: «estando la parte presente y aceptando.» Pero no obstante lo dicho y atendidos los términos en que se espresa nuestra ley aquí y las ll. 4. y 6. de este tít. puede dudarse de si, además de la presencia, será necesaria tambien la aceptacion porque lo que redunda en beneficio del que se halla presente, siempre se supone aceptado. Así se dice tambien que los actos consumados en presencia, y con ciencia y paciencia de alguno, importan la presuncion del consentimiento y aun de un tácito mandato por parte de este; cap. *cum olim* 32. *de offic. delegat.*; lo que sin duda es aplicable á los actos judiciales, segun Cardinal. allí y Alex. consil. 80. vol. 4. y V. lo anotado por Bald. á la l. 13. col. penúlt. hácia el fin C. *de non num. pec.*

(8) V. lo anotado á la l. 7. tít. 3. de esta Partida y conc. lo dicho por Azon *in summa C. de confess.*—*y añád. l. 1. hácia el fin tít. 9. lib. 11. Nov. Rec.

(9) Apruébase la opinion de Azon lugar citado.

(10) V. d. l. 7. tít. 3. de esta Partida.—*Y V. la l. 4 tít. 28. lib. 11. Nov. Recop. segun la cual la confesion hecha ó ratificada ante el juez trae aparejada ejecucion.

(11) Pues no debe ser la contestacion oscura l. 11. §. 7. D. *de interrog. action.* Añád. Specul. tít. *de posit.* §. 9. vers. *quod si quis* y §. últ. y añád. l. 1. tít. 4. lib. 3. Ordenam. y cap. 12. Ordenanzas de Madrid.—*l. 2. tít. 9. lib. 11. Nov. Recop.

(12) Añád. Specul. §. 6. vers. *quid si interrogatus dubitet.* tít. *de posit.*—*V. d. l. 2. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec. y la adic. á la nota 76 tít. 11. de esta Partida.

(13) V. l. 11. tít. 11. de esta Partida y lo dicho allí á la nota 76.

(14) Añád. Glos. al cap. 1. *de confess.*

(15) V. Glos. lugar citado, y Specul. §. 9. vers. *item nota, quod advocatus*: donde se dice que el abogado que aconsejare á su cliente el contestar falsamente á las posiciones, está obligado á resarcir los perjuicios que, con ello, se hubieren causado á la parte contraria.—*V. l. 8. tít. 22. lib. 5. Nov. Rec. y nota 61. tít. 6. de esta Partida.

(16) Apruébase aquí la opinion de Azon y

dia (16), de non querer responder, como si otorgasse aquella cosa sobre que le preguntaron. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, de aquel a quien fizieren la pregunta, si respondiere escuramente (17), de guisa que non puedan ser ciertos por su respuesta, de aquello que le preguntan.

LEY 4. *Como la Conocencia que es fecha en juyzio, deue valer.*

Muchas cosas ha menester que aya en si, la conocencia que fuere fecha en juyzio, para tener daño a aquel que la faze, e pro a su contendor, e son estas: que sea de edad cumplida el que la faze, assi como de suso mostramos (18): e que la faga de su grado, e non por premia: e a sabiendas, e non por yerro: e que la faga contra si. Ca si el conociesse cosa que fuesse a su pro (19), non ternia daño a su contendor, si lo non prouasse. E otrosi, que sea dicha en cierto (20) sobre cosa, o quantia, o fecho: e la conocencia que fiziere, non sea contra natura (21), nin contra las leyes (22) deste nuestro libro. E sobre todo, que sea fecha en juyzio (23), estando su contendor, o su Personero delante. E todas estas cosas, dezimos, que deue auer la conocencia que ha de ser valedera: e si alguna dellas falleciesse, non ternia daño a la parte que la fizo.

LEY 5. *Que la Conocencia que es fecha por premia, o por yerro, non deue valer: e fasta que tiempo la pueden reuocar.*

Por premia de tormentos, o de feridas, o por miedo de muerte, o de desonrra que quieren fazer a los omes, conocen a las vegadas algunas cosas, que de su grado (24) non las conocerian. E porende dezimos, que la conocencia que fuere fecha en alguna destas maneras, que non deue valer, nin empece al que la faze. Pero si aquel que fue atormentado, conociere despues (25) de su llana voluntad, e sin tormento, aquello mismo que conocio, quando le fazian la premia, e finco despues en aquella conocencia, non le dando despues tormentos,

otros que pretenden deberse tener por confeso al que calla ó contesta oscuramente, l. 11. §§. 4. y 7. D. *de interrog. in jur. fac.* y Specul. §. 9. vers. *quia qui tacet* tít. *de posit.* y V. cap. 2. *de confess.* y d. l. 1. tít. 4. lib. 3. Ordenam. en la que se exige que el juez haya mandado tres veces á la parte que responda, para podersela declarar confesa por contumaz [V. l. 1. tít. 9. lib. 11. N. R.] y V. Abb. al cap. penúlt. *de juram calum.* col. 6 y 7. Hoy, empero, está declarado que basta que se le haya mandado una sola vez, cap. 12. Ordenanzas de Madrid.—*que forma la l. 2. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec. derogatoria, en esta parte, de la antes citada l. 1. del propio tít. y lib.

(17) V. lo dicho en la nota que antecede: y V. Bart. á la l. 99. D. *de verb. oblig.* y Bald. á la l. 7. C. *de fideciom.* donde espresan ser nulo el documento público que el escribano hubiere redactado con oscuridad y con palabras ininteligibles. Acerca los testigos que declaran confusamente V. Felin. *in procem. Decr.* col. 2. y añád. la Glos. y Abb. col. 4. al cap. 1. *de summ. Trin. et fid. Cathol.* donde declaman contra todos los que hablan con tan poca claridad que no se puede entender lo que dicen.

(18) V. l. 1. de este tít.

(19) Conc. l. 11. §. 1. D. *de interrog. in jur fac.* y V. Azon *in summa* C. *de confess.* Glos. á la l. 1. C. y al cap. últ. d. tít. y Specul. §. *sequitur* d. tít.

(20) Añád. l. 6. princ. D. *de confess.* Azon y Specul. lugares citados, y V. l. proxim. anteced.

(21) Añád. ll. 13. y 14. D. *de interrog. in jur. fac.* y Glosa á d. l. 1. C. *de confess.*

(22) Añád. Glos. ad. cap. últ. *de confess.* donde esplica cuales son esas leyes á las que no puede ser contraria la confesion, sin ser nula.

(23) Añád. l. 1. y últ. D. *de interr. in jur. fac.* Glos. y Azon lugares antes citados y Specul. §. *nunc videndum* tít. *de confess.* donde trata estensamente de la confesion estrajudicial, así en negocios civiles, como en los criminales; debiendo notarse que, siendo aquella hecha en presencia de la parte á quien aprovecha, induce plena prueba ó por lo menos releva al que puede alegarla de la obligacion de probar, l. 26. hácia el fin D. *depos.* l. 25. §. últ. D. *de probat.* y Paul. consil. 109. vol. 2. *in novis.* donde empieza, *visa quadam petitione.* Sobre la fuerza que tenga la confesion estrajudicial en lo criminal, V. Abb. y Felin. al cap. *olim*, *de rescript.* y al cap. *at si clerici*, *de judic.* y cap. *de hoc*, *de simon.* y Bald. á la l. 1. C. *de confess.*—*V. l. 7. de este tít. y lo anotado allí.

(24) Y por esto no deben los jueces ser muy fáciles en dar tortura, sino cuando obren ya algunos indicios y observando el órden de derecho.—*Todo lo dispuesto aquí en esta ley no tiene hoy aplicacion alguna, por estar abolida la prueba del tormento. art. 303 tít. 5. Const. de 1812.

(25) Esto es, cuando se le hubiere dado tortura, por obrar ya contra él algunos indicios; porque si, sin estos, se le hubiese atormentado, no valdria la confesion aunque ratificada despues. l. penúlt. y Bart. allí D. *de quest.* y añád. l. 1. §§. 6. y 27. D. *de quæst.*

nin le faziendo (26) menaza dellos; valdra, bien assi como si lo ouiesse conocido sin premia ninguna. Otrosi dezimos, que si alguno fiziesse conocencia, o niego, por yerro en juyzio, sobre alguna cosa, o sobre algun fecho; que non le empece a aquel que la fizo, si pudiere prouar el yerro (27) quando quier, ante que sea dado juyzio acabado (28) sobre aquel pleyto. Ca despues non podria ser desfecho el yerro, si non por aquellas razones que mostramos en el Titulo de los Juyzios (29), e otrosi en el Titulo de los Demandados, en las leyes (30) que fablan en esta razon. E esto seria, como (31) si fuesse alguno establecido en testamento por heredero de otri, e despues le demandare otro en juyzio; diziendo, que en aquel testamento en que es establescido por heredero, e auia el testador mandado alguna cosa de aquellos bienes, e el cuydando que era assi, gelo conociesse; e despues que fuesse abierto el testamento, non fuesse fallado que le era mandada aquella cosa: si tal yerro como este, o otro semejante del, fuere mostrado ante que dieren el juyzio afinado sobre el pleyto, dezimos que la conocencia que fue fecha en esta guisa, que pueda ser reuocada, e non deue valer. Otrosi dezimos, que si fiziessen demanda a este heredero en juyzio, en razon de alguna cosa, o debda, que dezian que deue aquel que le auia establescido por heredero; el cuydando que era assi, porque el demandador non era sospechoso, o por cartas que le mostrasse, que lo conociesse: si pudiesse el despues prouar, que el testador auia pagado aquella cosa, o debda que le demandauan, ante que el juyzio sea dado sobre ello; tal conocencia co

(26) V. l. 4. tít. 30 Part. 7.

(27) Añád. l. 2. D. *de confess.* y cap. últ. d. tít. l. 7. C. *de jur. èt fact. ignor.* Specul. §. *sequitur* vers. 3. tít. *de confess.* debiendo notarse que la confesion hecha por error no perjudica, aunque sea ratificada, Bald. á la l. únic. C. *de error. calcul.* y aunque concurran con ella otros indicios; en cuyo caso no dejará de tener fuerza, pero se admitirá prueba en contrario, segun Bald. á la l. últ. col. 2. C. *de probat.* sobre lo cual puede verse á Specul. §. últ. hácia el fin tít. *de confess.* y Juan Andr. en las adiciones allí donde empieza *nocet*, esplicando este último notablemente el modo como puede probarse el error, para lo cual pretende que bastará alegarlo y probar que la cosa ó negocio sobre que ha recaido la confesion, no es así como se habia confesado. Y acerca de si, en el caso de fundarse la confesion errónea en un documento, dejará aquella de tener fuerza, una vez este último destruido, V. Bald. á la l. 8, col. 2. C. *de his quib. ut indign.* Adviértase tambien que la confesion hecha por un error probable ni aun perjudica para el efecto de dejar de lucrar el que la hubiere hecho, Bald. á la l. últ. C. *de codicill.* Y como el que presenta posiciones se entiende que confiesa los hechos deducidos en las mismas, ¿podrá tambien retractarse de ellas, diciendo que las habia presentado por error? V. Bald. á la l. 3. (segunda lectura) col. 20 C. *de edend.* donde dice que si, en el momento de haber presentado las posiciones, las retirase el que las presentó, se presumiria que habia mediado error; pero que si pasaba algun tiempo, seria necesario que lo probase, y no haciendolo, no se le permitiria retirarlas, ni retractarse de ellas; todo lo que tendria lugar en el caso de haber confesado dichas posiciones la parte contraria; porque si esta las hubiese negado, podria retirarlas el que las puso y aceptar la negativa, á menos que el respondiente la hubiese tambien revocado en el acto mismo de absolver las posiciones; pues entónces seria lo mismo que si hubiese confesado. Y sobre lo dicho aquí y demás casos en que es lícito corregirse incontinenti, V Glos. al cap. 2. *de confess.* y Salic. á la l. 4. C. *ad leg. Aquil.*

(28) Y aunque estén conclusos los autos para sentencia, segun Bald. á d. l. 7. col. 3. C. *de jur. et fact. ignor.* y lo mismo seria, aunque el negocio estuviese en instancia de apelacion, V. Bart. á la l. 28. §. 1. D. *de appellat.* y Specul. §. últ. vers. *sed numquid in causa appellationis* tít. *de confess*: pues la apelacion suspende el fallo pronunciado, y así mientras aquella no está decidida, no puede decirse terminado el negocio, l. 1. hácia el fin D. *ad S. C. Turpil.* l. últ. C. *de error. advoc.* como lo confirma tambien nuestra ley aquí con las palabras, *juyzio acabado*, y mas abajo, *juyzio afinado*. Y adviértase que, cuando alguno ha padecido error, inducido á él por las palabras de suadversario, puede corregirlo, aunque sea despues de proferida sentencia l. 30. D. *quand. act. de pecul.* Glos. y Bart. allí, y Bald. á d. l. 7. col. 2. C. *de jur. et fac. tignor.* y Alcy. 2. vol. consil. 80. col. 3. Debe notarse además que si bien en rigor de derecho no puede intentarse la revocacion de la confesion errónea despues de sentencia, con todo si se alega un error probable, puede tambien darse lugar á ella, por via de restitucion por entero; la que en tal caso se concede tambien á los mayores de edad, á tenor de la cláusula general con que concluye la l. 7. D. *de confess.* Bart. á la l. 2. D. d. tít. y el mismo á d. l. 7.

(29) L. 19. tít. 22. de esta Partida.

(30) L. 2. tít. 3. de esta Partida.

(31) Añád. l. 36. D. *fam. ercisc.* y l. 7. D. *de confess.*

mo esta, nin otra semejante, non empeceria a aquel que la fiziesse. Otrosi dezimos, que si alguno conociesse delante del Judgador, que auia muerto (32) algun ome que es biuo, o murio de su enfermedad, o de su muerte, sin ferida ninguna que le diessen; o otorgasse que diera feridas a algund ome que non era ferido, nin llagado; que tal conocencia como esta non deue valer, porque semeja que con yerro, o gran locura la fizo. Pero si algun ome fuesse ferido, o muerto, e viniesse otro, conociendo delante el Judgador que el mismo lo firiera, o lo matara; maguer en verdad el non fuesse culpado de su muerte por fecho, nin por mandado, nin por consejo; empecerle y a aquella conocencia, bien assi como si el lo ouiesse fecho: porque el se dio por fechor a sabiendas, del mal que otri fiziera, e amo mas a otri que a si. E maguer (33) el quisiesse despues prouar, que otri lo fiziera, e non el, non le deue ser cabido.

LEY 6. *Que la Conocencia que non es cierta, o que es contra natura, o contra las leyes deste nuestro libro, que non deue valer.*

El preguntado si conociere en juyzio, que deue quantia, o cosa que non sea cierta (34), tal conocencia como esta non le empece. E esto seria, como si algun ome demandasse a otro cient marauedis que le emprestara; e el demandado respondiesse, que le deuia marauedis, mas non dezia quantia cierta: o si le demandassen cosa señalada, assi como campo, o viña, que es en tal lugar; e respondiesse, que le deuia vna viña, o vn campo, mas non dezia aquella que señalauan: tal conocencia como esta, o otra semejante della, non le empeceria. Pero deuele el Judgador apremiar, que responda ciertamente, quantos marauedis le deue, o qual es el campo, o la viña que conocio. Esto dezimos que ha lugar en todas las otras conocencias semejantes destas. Otrosi dezimos, que si faze alguno conocencia en juyzio, que sea contra natura (35), que non le empece, nin es valedera. Esto seria, quando alguno otorgasse, e conociesse que otro que fuesse de mayor edad que el, era su fijo, o su nieto: tal conocencia como esta non deue valer, porque naturalmente el padre deue ser de mayor edad que el fijo. E aun dezimos, que si alguno conocio que fizo cosa que en verdad non la podria fazer, que tal conocencia non le empece. E esto seria, como si algun moço conociesse que fiziera adulterio, e non fuesse de edad para fazerlo: o si lo conociesse ome de edad, (c) e non ouiesse con quien lo pudiesse fazer. Otrosi dezimos, que si alguno que era en verdad libre, otorgasse delante del Judgador de su voluntad, sin contienda ninguna, que era sieruo (36), non seyendo mouido pleyto en juyzio de otro quel demandasse en razon de seruidumbre; tal conocencia como està non le empece al que la faze, nin es valedera.

(c) et non ouiesse con que lo podiesse facer. Acad. et non hobiese con qui lo facer, nin pudiesse. B. R. 2.

(32) Conc. ll. 23. §. últ. 24 y 25. D. *ad leg. aquil.* Y ¿que seria si alguno confesase haber dado muerte á otro y este no apareciese vivo ni muerto? Parece que en tal caso no le perjudicaría al primero su confesion; como se infiere de la l. 1. §. 24. D. *ad S. C. Sillanian.* y así lo opina Ang. á la l. 6. princ. D. *de confess.* á menos que el confesante fuese algun asesino de mala fama y condicion, y dado á ejercer el latrocinio cerca la orilla del mar [sin duda por la presuncion que habria, en este caso, de que hubiese arrojado al agua los cadáveres] segun Jas. á la l. 17. col. 7. D. *de jurejur.* donde dice que así lo opina tambien Ang. á la citada l. 6; lo cual sin embargo no es exacto; pues lo que dice Ang. allí es haberse condenado á ciertos reos á la horca, por haber ahogado á unos desconocidos en el rio de las Cañas: lo que es muy distinto, porque el ser desconocidos los interfectos, no prueba que no se hubiesen encontrado sus cadáveres, ó que, de otra manera, no hubiese constado el cuerpo del delito. Otro caso hay en que se puede condenar al que confiesa haber quitado la vida á un hombre, aunque no conste que este haya muerto: y esto sucede cuando es fácil cerciorarse de si existe ó no el que se supone muerto, y pueden por consiguiente probarlo en defensa el confeso, y sus amigos: y añád. á lo dicho lo anotado por Felin al cap. *auditis* col. 18. *de præscript.*

(33) Conc. l. 4. D. *de confess.* l. 23. §. últ. y Glos. allí D. *ad leg. Aquil.*: y entiéndase lo dispuesto aquí de no admitirse prueba en contrario, para el caso en que se hubiese intentado la accion civil ó de la ley Aquilia por los daños y perjuicios irrogados, l. últ. D. *de his qui dejec. vel effus.* pero otra cosa seria si se hubiese formado causa criminal; pues entónces se permitiria al reo el que hiciese prueba contra su confesion, l. 1. §. 27. D. *de quæst.* Alber. y Ang. á d. l. 4. D. *de confess.* Florian á d. l. 23. §. últ. y Jas. á la l. 17. col. 7. D. *de jurejur.*

(34) Añád. l. 4., y lo anotado allí, de este tít.

(35) Añád. d. l. 4. y lo anotado allí y Azon *in summa C. de confess.*

(36) Conc. ll. 22. 24 y 39. C. *de liber. caus.* y l. 6. d. tít. debiendo entenderse lo dispuesto aquí

Mas si alguno le demandasse delante (37) del Judgador, diziendo que era su sieruo, e el otro sin premia lo conociesse de su grado; estonce dezimos, que tal conocencia como esta empece al que la faze. Pero si en ante que sea dado juyzio sobre ella, prouare por cartas valederas, o por buenos testigos, de como es libre; non le embarga tal conocencia, porque semeja que la fizo por yerro. Otrosi dezimos, que la conocencia que fuere fecha contra las leyes deste nuestro libro, que non es valedera. E esto seria, si algun Christiano otorgasse en juyzio, que era sieruo de Moro, o de Judio (38), o si conociesse que casara con alguna Judia (39): tales conocencias como estas non empecen aquel que las faze, porque son contra defendimiento de las leyes deste nuestro libro, assi como mostramos en los Titulos que fablan en esta razon. Otrosi dezimos, que si alguno casasse con muger concejeramente, e despues conociesse en juyzio (40) qualquier dellos alguna cosa, para desfazer el casamiento; que tal conocencia non empece, si la non prouassen por testigos, o de otra guisa.

LEY 7. *Que la Conocencia que es fuera de juyzio (41) non deue valer.*

Conociendo algun ome fuera de juyzio (42),

en el sentido que lo esplican la Glos. y Salic. á d. l. 24.—* Esto es, á menos que la confesion de ser esclavo, haya sido hecha en juicio, y sin mediar temor ni amenaza de ninguna especie; en cuyo caso perjudica la confesion, hasta que se pruebe lo contrario, Gotofr. á d. l. 24.

(37) Conc. l. penúlt. C. *de liber. caus.* y V. Glos. á la l. 1. hácia el fin, glos. mag. C. *de confess.*

(38) Añád. l. 1. C. *de Christian. mancip.* cap. 2. y últ. *de judæis* y l. 22. tít. 11. Part. 5. y l. penúlt. tít. 24. Part. 7. Glos. al §. *hoc tunc.* y cap. *mancipia* distin. 54. donde trata dicha Glos. del caso contrario, en que algun moro ó judío se confesase esclavo de un cristiano.

(39) V. 28. quest. 1. y l. 15. tít. 2. Part. 4.

(40) Añád. l. 4. tít. 3. Part. 4. y lo anotado allí.

(41) *Hemos creido no deber pasar aquí por alto la cuestion tan debatida y tan frecuente de si la confesion hecha en juicio de conciliacion, y certificada por el alcalde ó juez de paz, tendrá ó no fuerza de confesion judicial, de suerte que contra ella no se admita prueba, y que en meritos de la misma pueda intentarse demanda ejecutiva. Cuestion es esta que necesariamente debia resultar, como ha resultado, de las disposiciones contenidas en el reglam. prov. para la admin. de just. relativas al modo y necesidad de celebrarse la conciliacion; y que no fué prevista, sin embargo, por los autores de d. reglam. ó por lo menos no cuidaron estos de resolverla. Los redactores del Boletin de Jurisprudencia y Legislacion han demostrado, (tom. 3. pag. 193 nueva serie) que legalmente no podia considerarse á la referida confesion como judicial, ni darsele, por consiguiente fuerza ejecutiva, ni de no admitir prueba en contrario, y lo han fundado en que no está acompañada del juramento, ni se ha hecho ante el juez, porque no lo es en propiedad el alcalde conciliador, ni en presencia de escribano, el cual no es necesario que asista en el acto de conciliacion: con cuya opinion convenimos, sin desconocer, empero, la fuerza de las razones que pueden oponerse á las alegadas por aquellos ilustrados escritores. En primer lugar la l. 4. tít. 28 lib. 11. Nov. Rec. y la l. 2. de este tít. que son las que dan á la confesion fuerza ejecutiva, requieren para ello que sea hecha ó ratificada *en juicio*, pero no que se haya prestado *con juramento*. Y si bien este se exíge á las partes, cuando responden á las posiciones presentadas, que acostumbran ser el medio con que se provoca la confesion; mas ni el juramento se exige en beneficio del que lo presta, ni da ni puede dar mayor fuerza á la confesion que alguno haya hecho en su perjuicio; y solo se obliga á prestarlo al que responde, como una garantía de que no faltará á la verdad en utilidad propia. A si los prácticos han esplicado de mil maneras y formulado escrupulosamente las circunstancias que debe tener la confesion judicial para que deba darsela toda la fuerza de tal; y ninguno de ellos ha continuado como otra de dichas circunstancias al juramento. En segundo lugar, si bien, á tenor del art. 23. Reglam. prov. para la admin. de just. no hay necesidad de que en los juicios de paz asista escribano, pero siempre acostumbra asistir en ellos un Secretario ó fiel de fechos que autoriza el acto y da fé de él, y que muchas veces es escribano, aunque allí propiamente no interviene en calidad de tal. Cuando esto suceda, pues, como constantemente se verifica en las capitales, ¿tendrá mas fuerza la confesion hecha en el acto de conciliacion, si esta se ha celebrado con asistencia de escribano y este mismo con el juez de paz dan fe del acto y de la confesion que en él se ha hecho? Ultimamente, el alcalde conciliador es verdad que no es juez, en toda la estension de la palabra, aunque la ley le da este nombre llamandole *juez de paz:* pero, al dar la ley fuerza ejecutiva á la confesion, cuando es hecha ante un juez, no mira tanto en este la jurisdiccion y el poder de que, como juez, esta revestido, como la veracidad y demás calificadas prendas personales que en él deben supo-

que el auia fecho algund yerro, o mal a otri; si despues que le demandassen en juyzio, negasse que nunca fiziera aquel yerro; dezimos, que si de otra manera non le puede ser prouado, non le empece la conocencia que assi fizo: como quier que grand sospecha (43) pueden auer del en razon

nerse y que hacen no pueda dudarse de lo que él afirma haber autorizado; y esa veracidad y aquellas prendas deben legalmente suponerse en el alcalde conciliador, lo propio que en un juez ó magistrado; de suerte que si aquél no es juez porque no tiene, la potestad, es lo mismo que si lo fuese en el acto de oir una confesion, porque para esto la potestad no se necesita. El juicio de paz es, en nuestro concepto, un acto no muy fácil de calificar, y si bien tiene mas de estrajudicial que de judicial, pero participa indudablemente de ambas cosas y reune tal vez todas las circunstancias que en los actos judiciales, pueden haber hecho que se diese fuerza ejecutiva á la confesion. Hay en ellos una persona autorizada y legalmente incapaz de engañar cual es el juez de paz, hay, en algunos casos, como se ha dicho el escribano, y aun, lo que no se verifica en los juicios, una garantía mayor de que realmente ha habido confesion, cuando resulte del acta que la hubo, pues que esta debe estar suscrita por los dos hombres buenos, uno de los cuales elegido por la parte confesante, debe suponerse afeccionado a favor de esta y poco dispuesto á testificar lo que pueda perjudicarla; hay la solemnidad del acto, la legítima contradiccion y el suficiente conocimiento de causa: porque el que, empiazado legítima y oportunamente para comparecer ante el juez de paz, oye la demanda del actor, puede deliberar acerca de ella, y lo hace confesando, no puede suponerse haya obrado por sorpresa; y esa confesion, por lo tanto, reune las circuntancias que se exigen en la ley 4. de este tít. y que formulan los prácticos con las palabras *sponte*, *sciens*, *contra se*. Talvez, empero, (y de esto no se han hecho cargo los ilustrados redactores del Boletin antes citados) la razon de no deber darse fuerza de judicial á la confesion hecha en el acto de conciliacion no debe buscarse, como aquellos pretenden, en la falta de solemnidad y autenticidad de semejantes actos y de las certificaciones que de ellos acostumbran librarse, porque, si así fuera ¿como se daria fuerza ejecutiva á la providencia conciliatoria consentida por las partes? ¿Serian solemnes y autenticas para este efecto la conciliacion celebrada y el acta que de ella se hubiese formalizado, y no lo serian para el efecto de que las partes debieran pasar por lo que en el mismo acto hubiesen confesado? Pero el juez de paz carece, como tal, de jurisdiccion y la parte, aunque confiese, sabe que el alcalde, ante quien ha confesado, no puede sentenciar ni condenarle en méritos de su sola confesion: á diferencia del que confiesa ante el juez competente, que sabe ó debe saber, pues á nadie escusa la ignorancia del derecho, que el mismo que oye su confesion puede sin otras pruebas condenarle y ejecutarle en sus bienes: y en esto sin duda estriba le mayor grado de espontaneidad que la ley supone en la confesion judicial, y la razon de darse á esta fuerza ejecutiva. El mejor modo, pues, de resolver esta cuestion, es decir que, por lo mismo que es cuestion, debe resolverse por la negativa. El no haber declarado la ley espresamente que la confesion hecha en acto de conciliacion tuviese la misma fuerza que la judicial, hace que no deba tenerla; ya porque así el que confiesa, no tiene ó no debe tener un pleno conocimiento de los perjuicios que puede ocasionarle su confesion, ya porque en caso de duda debe siempre adaptarse la interpretacion mas favorable al reo y la que menos pueda perjudicar los derechos existentes. Mas como quiera que de esto sea, siempre la confesion hecha en juicio de paz tendrá toda la fuerza de una confesion estrajudicial la cual en los negocios civiles, en los que únicamente puede recaer aquella, tiene, segun la presente ley de partida, fuerza de plena prueba, aunque no ejecutiva, y releva de hacerla al que tenga en su favor la confesion.

(42) Añad. l. 4. de este tít. y lo anotado allí. Pero ¿y si la confesion estrajudicial hubiere sido repetida? V. Bart. á l. 22. C. *de agric. et censit.* el cual, sin embargo, habla solamente de las confesiones en negocios civiles. Pero Felin. al cap. *de hoc*, *de simonia* estiende tambien lo dicho allí á las confesiones hechas en negocios criminales, lo que es bastante duro: por la diferencia que vá de unas á otras, segun el mismo Felin. al cap. *olim.* col. 4. *de rescript.*—*V. la adic. á la nota 55 del tít. prox. siguiente.

(43) Y esta sospecha ó indicio se considerará bastante para que se sujete al reo á la tortura Glos. á la l. 25. D. *ad Leg. Jul. de adult.*; pero nunca la confesion estrajudicial importará mas que un indicio ó prueba semiplena, aunque se haya hecho en presencia de la parte contraria, Bald. á la l. 5. hácia el fin D. *de his qui not. infam.* apesar de pretender lo contrario Abb. al cap. *olim ex litteris* col. 3. *de rescript.* esto es, que la confesion estrajudicial, especificada y hecha en presencia de la parte tiene fuerza de prueba plena: opinion que tal vez es la mas verdadera, con tal que la confesion, aunque hecha fuera de juicio, tenga todos los demás requisitos que se exijen para que haga plena prueba en materias civiles, V. Felin. al cap. *de hoc*, *de simonia*. Por lo demás la confesion estrajudicial prueba semiplenamente

zon del fecho, o de la cosa que assi conocio. Otrosi dezimos, que si algunos conocen fuera de juyzio (44), que deuen dar marauedis, o otra cosa a otri, e non diezen señalada razon (45) por que deuen dar aquello que conocen; tal conocimiento como este non empece a los que lo fazen, nin son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fueras ende, si aquel a quien fizieron la conocencia, prouare guisada razon, por que gelo deuian dar. Mas si alguno conociere la quantia de aquella debda, o la cosa que otorga que deue dar, e la razon porque la deue, diziendo: Otorgo que deuo a Fulan (46) tantos marauedis, que me presto, o tal cosa que me dio en guarda; o pusiere en su conocencia otra razon derecha, estando la otra parte delante, o su personero; estonce dezimos que vale, de manera que es tenudo de pagar lo que conocio. Fueras ende, si quisiere prouar por carta derechurera, (d) e por buenos testigos, que el pagara despues la debda, o la cosa que assi conocio, o que gela quitaran de su grado aquellos que auian poderio de lo fazer, faziendo pleyto, que nunca gela demandarian aquella debda, o conociendo, e otorgando que eran pagados della. Ca prouando qualquier destas razones, dezimos que deue ser quito de aquella debda, o de aquella cosa que conociera, assi como mostramos en el Titulo de los Testigos, en las leyes que fablauen esta razon.

(*d*) o por buenos testigos. Acad.

aunque sea hecha por un menor, V. Bald. á la l. 2. C. *de auctor. præs.* pero siempre debe ser cierta y calificada, con espresion del tiempo y lugar en que se haya cometido el delito confesado, segun Bald. á la l. 31. D. *de jurejur.* y á d. l. 5 y Paris de Puteo en su tratado *de Syndicatu* fol. 103. col. 3. Debe añadirse aquí que en órden á los delitos eclesiásticos, ó aquellos que se refieren al foro interno, la confesion estrajudicial hecha legitimamente hace plena prueba, Bald. l. 1. col. 3. C. *de fals. caus. adj. leg.* el cual limita allí lo dicho, entendiendolo al efecto de obligar al confesante á restituir lo que hubiere quitado á otro. Y es de notar finalmente que la confesion estrajudicial no tiene fuerza alguna, cuando es revocada por el confesante; en cuyo caso, se oye á este aunque no pruebe haber incurrido en error, V. Bald. á la l. únic. col. penúlt. hácia el fin C. *de confess.* Bart. á d. l. 31. col. 7. y Felin. á d. cap. *olim.* al cap. *de hoc*, *de simonia* y cap. *at si derici*, *de judic.*

(44) Pues siendo la confesion judicial, tiene fuerza, aun que se haya hecho sin espresion de causa. V. Glos. á la l. 1. C. *si min. se major. dix.* Bald. á la l. 13. col. 3. hácia el fin C. *de non mun. pecun.*; y lo mismo se prueba por esta nuestra ley: [*á contrario*, en cuanto dispone que la confesion estrajudicial solo tenga fuerza cuando se haya hecho con espresion de causa]: y añád. Glos. al cap. últ. *de confess.* y Abb. al cap. *si cautio*, *de fid. instrum.* col. 2.

(45) Conc. l. 25. §. últ. D. *de probat.* y cap. *si cautio*, *de fid. instrum.* y V. l. 13. C. *de non num. pec.* Mas ¿que deberá decirse, cuando de los antecedentes constare ya la causa, apesar de no haberse esta espresado en la confesion? Será lo mismo que si se hubiese espresado, segun la l. 6. §. 6. D. *de edend.* y lo propio opina Juan Andr. en las adiciones al Specul. rubric. tít. *de depos.* y Jas. á la l. 94 col. 2. D. *de verb. oblig.* Nótese tambien que la confesion hecha bajo condicion es lo mismo que si se hiciese con espresion de causa l. 108. D. *de verb. oblig.* y Bart. y Jas. allí donde puede verse si el juramento añadido á la confesion puede asimismo suplir la espresion de causa. Y la promesa ¿dejará tambien de producir obligacion, si se ha hecho sin espresion de causa? V. Glos. á la l. 1. glos. penúlt. hácia el fin D. *de interrog. act.* y Bart. á la l. 1. *de pollicit.* donde, fundándose en d. texto, opina que la promesa sin espresion de causa obliga á los particulares, pero no á las universidades y V. Bald. á la l. últ. hácia el fin, C. *si cert. petat.* y á la l. 13 C. *de non num. pec.* Pero siempre debe ser hecha con cierta ciencia ó deliberadamente, segun Ant. á d. cap. *si cautio*, *de fid. instrum.* y estensamente Alex. consil. 4 vol. 1 dub. 2. y consil. 19. vol. 4. y V. l. 47. y lo anotado allí D. *de oper. lib.* Si se hubiere hecho la promesa en un instrumento guarentigio, obligará al que la hubiere hecho, aunque no se haya espresado la causa, en opinion de Bald. á la l. 4. C. *de repud. hæred.*: y el mismo á d. l. 13. col. penúlt. pretende tambien que la espresion de causa, cuando se hubiere omitido, podrá suplirse por la prueba de testigos, esplicando allí cual sea la causa que así podrá suplirse. Por lo demás la simple confesion sin espresion de causa, aunque no haga plena prueba, la hace siempre semiplena, Specul. §. *nunc videndum* vers. *sed quæ est ratio.* y siguiente, tít. *de confess.* y Alex. consil. 83. vol. 1. donde se trata tambien del que, sin espresar la causa, reconoce haber adquirido de otro todo lo que tiene en tal lugar; añadiéndose allí que no es válido semejante reconocimiento. V. Oldrald. consil. 133.

(46) ¿Y si este estuviere ausente? La Glos. á d. l. 25. §. últ. D. *de probat.* y á d. cap. *si cautio*, pretende que en tal caso no quedará obligado el confesante. V. Abb. allí col. 4.

TITULO XIV.

DE LAS PRUEUAS, E DE LAS SOSPECHAS QUE LOS OMES ADUZEN EN JUYZIO SOBRE LAS COSAS NEGADAS, E DUBDOSAS.

Preguntas fazen los Judgadores a las partes en juyzio, para saber la verdad del pleyto. E maguer las fagan con premia de jura, tanta es la maldad de algunos omes, que cuydando estorcer de las demandas que les fazen, niegan la verdad dellas. E porende, pues que en el Titulo ante deste fablamos de las Conocencias, queremos aqui dezir, de las Prueuas que los omes aduzen en juyzio sobre las cosas negadas. E mostraremos primeramente, que cosa es Prueua. E quien la deue fazer, e a quien. E sobre que cosas. E quantas maneras son della.

LEY 1. *Que cosa es Prueua, e quien la puede fazer.*

Prueua (1) es aueriguamiento que se faze en juyzio, en razon de alguna cosa que es dubdosa. E naturalmente pertenece la prueua al demandador (2), quando la otra parte negare la demanda, o la cosa, o el fecho, sobre la pregunta que le faze. Ca si non lo prouasse, deuen dar por quito (3) al demandado, de aquella cosa que non fue prouada contra el: e non es tenuda la parte de prouar lo que niega, porque non lo podria fazer bien, assi como la cosa (a) que non se puede mostrar, nin prouar segund natura. Otrosi las cosas que son negadas en juyzio, non las deuen, nin las pueden prouar aquellos que las niegan (4), si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes deste Titulo.

LEY 2. *Como la parte non es tenudo de prouar lo que niega, si non fuere en cosas señaladas.*

Regla cierta de derecho es, que la parte que niega alguna cosa en juyzio, non es tenudo de la prouar, assi como de suso mostramos. Pero co-

(a) que non es, non se puede probar etc. Acad.

(1) Apruébase la definicion de Azon *in summa C. de probat.*

(2) Añád. l. 2. D. *de probat.* y ll. 2. y 23. C. d. tít. y de aquí inferia Ang. en su tratado *maleficiorum* vers. *de Bononia*, que cuando, segun las leyes ó estatutos, debe imponerse por igual delito, una pena mayor á los forasteros que á los ciudadanos, si en la pesquisa practicada por el juez, no se ha preguntado ni hecho constar si el reo, es forastero, se le presumirá ciudadano, y no podrá aplicarsele otra pena que la que le corresponda en calidad de tal. Así dice tambien Paul. de Castr. á la l. 17. §. 7. D. *ad Trebell.* que el que accionare y alegare que ha venido el caso de la substitucion pupilar, porque el pupilo ha fallecido en la impubertad, tendrá obligacion de probarlo; apesar de haber opinado Bart., segun refiere el mismo Paul. alli, que en dicho caso la intencion del subsitituto tendría la presuncion á su favor segun d. §. 7. Al contrario, si el substituto estuviere en posesion, y la madre ú otro pariente pidiere la restitucion de la herencia, como sucesora intestada del pupilo; á la madre ó al que haya entablado semejante demanda incumbirá probar que el pupilo llegó á cumplir la edad pupilar; pudiendo muy bien fundarse lo dicho en la l. 34 D. *ad Trebell.* que no cita Paul. de Castr. allí. Espresa tambien Abb. al cap. *constitutus*, *de rescriptis* 3. *notab.* que cuando hay algun estatuto que invalida ciertos actos y se duda si un acto de la especie de los prohibidos ó anulados fué anterior ó no al estatuto; al que pidiere la nulidad incumbirá probar que fué anterior: y allí mismo 4. notab. declara que lo propio sucederá con el que impugnare un rescripto por haberse obtenido, callando ú ocultando la verdad, *(ex taciturnitate veri)* Bald. á la l. 6. princ. *de bon. quæ lib.* y Alex. consil. 104. vol. 4. declaran que si uno alega que los bienes que ha adquirido el hijo los ha adquirido de su padre, á él incumbirá el justificarlo, y añád. l. últ. D. *si ingen. esse dic.* y l. 7. §. últ. D. *de lib. caus.*

(3) Añád. l. 4. C. *de edend.* cap. únic. *ut eclesiast. benef.* y l. 39. tít 2. de esta Partida; y, segun Bart. á la l. 2. §. 1. col. penúlt. D. *vi bonor. raptor.*, en caso de duda, no habiendo probado el actor, se debe absolver al reo; lo que, como dice Bald. á la rubr. C. *de vindic. libert.* procederia aun en aquellos casos en que, por especial disposicion de algunos estatutos, no se concediese defensa al reo. Mas lo dispuesto aquí en nuestra ley tendria lugar cuando el actor estuviese presente, no cuando hubiese tenido que ausentarse, V. Bald. á la authent. *qui semel* col. 4. y últ. C. *quom. et quand. jud.*: y acerca los casos esceptuados de la regla antes espresada, V. Glos. al cap. últ. 6. quest. 5. y á d. cap. únic. *ut eclesiast. benef.* y Specul. §. *probare* tít. *de probat.*

(4) Añád. cap. *quoniam contra* 11. C. *de probat.* y l. 23. C. d. tít. y V. Glos. al cap. últ. 6. quest. 5. donde se dice que las negativas, bien sean de hecho, ó de derecho, ó de la cualidad de un hecho, es imposible probarlas, á menos que contengan determinacion de lugar ó tiempo ó una implícita afirmativa; porque la negacion no tie-

sas señaladas son, en que la parte que las niega, es tenudo de dar prueua sobre ellas. E esto seria, quando alguno razonaua, e dize en juyzio contra su contendor, que non puede ser Abogado; o dize contra alguno que aduze por testigo, que non lo puede ser; o razona contra aquel que los oye, que non deue ser su Juez, porque la ley, o el derecho lo defiende. Ca sobre tales niegos (5), como estos, o otros semejantes dellos, tenuda es la parte, que razonaua contra otro, de lo prouar, mostrando, o aueriguando la ley, o el derecho, que vieda, o defiende, que non pueda ser Abogado, o testigo, o Juez, aquel ome contra quien lo razona. E otrosi el fecho, que fizo, o la razon, por que non lo puede ser: e non es tenudo la otra parte, contra quien es fecha esta manera de niego, de prouar, que es el atal ome, que pueda ser recebido en juyzio a todas aquellas cosas que le niegan: porque tal niego como este non ha en si de todo en todo natura de negamiento, mas encubrenlo con el fecho, que dizen que fizo aquel contra quien razonauan, por que non puede ser en juyzio Abogado, nin testigo, nin Juez. E otrosi aquel que faze este niego, razona por si ley, e derecho. E porende ha menester que lo muestre, e que lo prueue. E otrosi dezimos, que quando alguno demanda en juyzio herencia, o manda, o otra cosa que otro le ouiesse dexado en su testamento, e para prouar esto, mostrasse carta del testamento, o de la manda, que fuesse valedera, e la otra parte respondiesse, que aquella carta non deue y ser cabida, porque el testador, a la sazon que la mando fazer, non era en su memoria. Ca tenudo es el que esto razona, de lo prouar, maguer ponga su razon en manera de niego. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque sospecharon, que todo ome es cuerdo (6), e en su memoria, fasta que se prueue lo contrario. E porende dezimos, que si la parte niega, que aquel que fizo el testamenot non era en su memoria a la sazon que lo fizo, e non lo pudiere prouar, que deue valer el testamento, pues que otra razon non dice contra el; maguer la parte que se quisiere aprouechar del testamento, non prouasse ninguna cosa de la cordura del testador. E otrosi dezimos, que quando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solia beuir con el, e pedian los herederos aquellas cosas en nome del finado, si la muger negare en juyzio, que aquellas cosas non eran de su marido (7), e las razonare por suyas, o que ha algund derecho en ellas, tenuda es de lo prouar: e si desto non pudiere dar prueua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes a los herederos del finado. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque sospecharon, que toda cosa que fallassen en poder de la muger (8), que era de los bienes del marido, fasta que ella mostrasse lo contrario: porque mas guisada razon es de sospechar, que poner dubda en los coraçones de los omes, que ella los ouiesse ganado de mala parte. E esto se deue entender de aquellas mugeres (9), que non vsan arte, o menester, de que lo pueden ganar honestamente: mas si tal arte vsan, tenemos por bien, que non sea desapoderada de aquellos bienes, que ella dize, que assi gano; e deuen ser oydas las razones della, e

ne causas: y véase allí mismo el modo como podrán justificarse las negativas de derecho, ó las que se refieran á la forma ó calidad de alguna cosa.

(5) Pues la presuncion está á favor de aquél que pretende serle lícito algun acto; por presumirse todos los hechos permitidos, á menos que se haga constar la prohibicion, l. 28. §. 2. D. *ex quib. caus. major. in integr. restit.* l. 43. §. 1. D. *de procurat.* y l. 1. §. últ. D. *de test.*

(6) Conc. l. 5. C. *de codicill.* pero debe esceptuarse el caso en que las mismas palabras usadas por el testador en el testamento ú otras conjeturas hiciesen presumir su locura ó fatuidad l. 27. D. *de condit. instit.* Y ¿contra semejantes presunciones deberia creerse todavía al escribano que afirmase haber estado el testador en su sano juicio? Parece que no, segun Bald. á la l. 2. D. *de testam.* Ang. á d. l. 27. Salic. á la l. 9. C. *qui testam. fac. non poss.* y V. Alex. allí y Franc. de Aret. y Juan de Imol. á d. l. 2.

(7) ¿Deberia probar tambien la muger el hecho de no haber sido los bienes adquiridos durante el matrimonio, si alegase esta negativa? V. Salic. á la l. 6. C. *de donat. int. vir et uxor.* En nuestro Reyno todos los bienes se presumen comunes del marido y la muger, á tenor de la l. 203. de Estilo que está vigente.—*Es la l. 4. tít. 4. lib. 10 Nov. Rec.

(8) Conc. l. 6. C. y l. 51. D. *de donat. int. vir. et uxor.* ¿Que deberia, empero, decirse en el caso de disolverse el matrimonio por divorcio á consecuencia del adulterio de la muger? V. Bald. á la l. 6. col. 4. C. *de bon. quæ lib. in pot. const.*: y el mismo allí, vers. *quæro numquid*, trata del caso en que existiesen bienes comprados por la muger con dinero que sus parientes le hubiesen prestado y que ella les hubiese inmediatamente restituido.

(9) Añád. Bald. á d. l. 6. col. 4. C. *de bon. quæ lib. in potest.*

de los herederos, en la manera que mandan las otras leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon.

LEY 3. *Quando el padre dexa a sus fijos de ganancia en su testamento, mas de lo que dizen las leyes deste nuestro libro.*

Tan grande es el amor que ha el padre con su fijo, maguer sea de ganancia, que va buscando carreras, por que le pueda dar mas en su testamento, que mandan las leyes deste nuestro libro. E esto seria, quando alguno dexa a tal fijo, quanto le otorga el derecho que le pueda dexar. E en esse mismo testamento (10) dize, que manda a sus herederos, que tornen a aquel su fijo tantos marauedis, que le diera Fulano pariente del moço en poridad, que los guardasse por el; e otrosi, que le tornassen tantos marauedis, que el recibiera de los frutos de tal heredamiento del moço, o de su madre; o mandasse escreuir en el testamento otras palabras semejantes destas, en que mandasse dar al moço, mas de lo que las leyes mandan; dezimos, que los herederos non son tenudos de pagar mas de lo que el derecho deste nuestro libro manda, que puede mandar el padre a tal fijo: e que en las palabras que dixo demas de aquello, que non deue ser creydo. Ca sospecharon los Sabios antiguos que fizieron las leyes, que quando el padre vsa de tales palabras en su testamento, que lo faze por engañar la ley, e por sabor que ha de fazer algo a sus fijos, e non porque sea assi. Pero si tal fijo pudiere prouar (11), que el padre le deue, o recibiera por el alguna destas cosas que le manda dar; estonce tenudos serian los herederos, de tornarle, e de otorgarle todo aquello que assi prouasse, e mostrasse.

LEY 4. *Quando alguna de las partes dize en juyzio, que su contendor es menor de edad, e el otro dize, que es de edad complida, qual dellos deue esto prouar.*

Huerfano alguno queriendo salir de poder de sus Guardadores, porque dize que es ya de edad complida, si los Guardadores lo refiertan, razonando que es menor, tenudo es el huerfano de mostrar, como el es de edad (12), para poder salir de poder de sus Guardadores, e ser apoderado de sus bienes. Esso mismo dezimos, si los Guardadores pidiessen al Juez, que sacasse el huerfano de su casa, e de su guarda, diziendo que es ya de edad. Ca si el huerfano, o otri por el lo refiertasse, tenudos son los Guardadores de lo prouar. Otrosi dezimos, que si alguno quisiesse desatar, o quebrantar vendida, o otro pleyto, o postura, qualquier que le ouiesse fecho con otro, razonando que a la sazon que la fiziera, que era menor de edad, o que fuera fecho aquel pleyto a daño de si, o que fuera engañado en ello; que si la otra parte respondiesse que non era assi, mas que a la sazon que fizo aquella postura, era de edad complida; tenudo es aquel que quiere quebrantar el pleyto, de prouar dos cosas (13). La vna, que el era menor (14) en aquel tiempo que aquel pleyto fizo. La otra, que fue fecha con engaño, o grand daño de si. Ca si estas dos cosas non prouasse, non se podia desatar el pleyto.

LEY 5. *Quando alguna de las partes dize en juyzio, que su contendor es sieruo, e el otro responde que es libre, qual lo deue prouar.*

Contienda acaesce a las vegadas entre'l demandador, e el demandado, razonando el vno en juyzio, que su contendor es sieruo; e dize el otro, que non es assi, mas que es libre. E porque podren los Judgadores dubdar, a qual dellos deuen dar la prueua, queresmoslo aqui departir (15): e dezimos, que quando alguno andouiere por libre, si el otro le demandasse en juyzio, diziendo que es su sieruo; e el otro respondiesse que non es assi, mas que es libre; que este que faze la demanda, deue prouar, e non el otro, que es en su possession de libertad, si non quisiere. Mas si este que dize que es libre, estouiesse en poder (16)

(10) Conc. con esta ley la l. 27. D. *de probat.* ¿Qué debería, empero, decirse si la confesion de la deuda hubiese sido hecha por el padre, entre vivos, y no por última voluntad? la Glos. á d. l. 27. opina que valdria semejante confesion: pero los DD. generalmente pretenden lo contrario allí y á la l. 1. C. *de natural. lib.* y Juan Andr. adic. al Specul., *rubric.*, tít. *de reb. Eccles. non alien.*—* V. l. 10. tít. 6. y l. 8. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(11) Aunque sea por meros indicios ó conjeturas concurrentes con la confesion del padre, como bellamente observa Alex. consil. 18. vol. 3.

(12) Conc. l. 32. D. *de minor.* y l. 9. y Glos. allí C. *de probat.* y V. l. 13. D. d. tít.

(13) Añád. l. 4 y Glos. allí C. *de in integr. restit.* l. últ. tít. 25. de esta Partida y ll. 2. y 6. tít. últ. Part. 6.

(14) Pues, siendo un acto hecho en la debida forma, se presume la aptitud del que lo ha verificado, l. 5. D. *de probat.*

(15) Conc. ll. 8. 14 y 20 D. *de probat.* l. 15. C. d. tít. l. 21. C. *de liber. caus.* y l. 7. §. últ. D. d. tít.

(16) ¿Que debería decirse si fuese prófugo?

de su señor como sieruo, e mouiesse pleyto contra el en juyzio, diziendo que era libre, e el señor respondiesse que es su sieruo; en tal razon como esta dezimos, que si el señor (17) mostrasse carta, o aluala, o otra prueua, porque se pueda entender, que el a buena fe, non por fuerza, nin por engaño, es apoderado de aquel que dize que es su sieruo; que tenudo es este que se razona por libre, de lo prouar, o de mostrar que el otro se apoderara del por fuerça, o por engaño. Ca si ninguna destas razones non pudiere mostrar, nin aueriguar, deue fincar en poder de su señor como sieruo: pues que el señor mostro derecha razon, por que se apoderara del.

LEY 6. *Como el que fiziesse paga a otro, si dixiesse despues que la ouiesse fecha, que la fiziera por yerro como non deuia, qual es tenudo de lo prouar.*

Pagas fazen a las vegadas los omes de dineros, o de otra cosa. E despues piden en juyzio, que les tornen lo que pagaron, diziendo que dieron por yerro, debda que non deuian. E los otros a quien es fecha esta demanda, responden que era valedera la deuda, de que les fue fecha la paga. E porque podria nacer dubda, qual destos es tenudo de prouar lo que dize, queremoslo aqui departir (18). E dezimos, que aquel dize que dio, o pago algo a otri por yerro, e como non deuia, es tenudo de lo prouar, por esta razon: porque sospecharon los Sabios antiguos, que ningun ome non es de tan mal recaudo (19), que quiera dar su auer, pagandolo a otri, a quien non lo deuiesse. Pero si este que dize que fizo paga a otri como non deuia, es Cauallero que biua en seruicio del Rey; o de otro grand Señor, trabajandose en fecho de armas, o de Caualleria; o ome simple labrador de tierra, que biua fuera en Aldea (20), e non es sabidor de Fuero; o moço menor de catorce años, o muger: qualquier de estos non seria tenudo de prouar lo que dize en el caso sobredicho, mas su contendor que recibio la paga del, deue aueriguar, que aquello que recebio de alguna destas personas sobredichas, por esso le fue pagado, por que gelo deuian verdaderamente. E si esto non pudiesse prouar, deue tornar aquella cosa que le fue pagada, a aquel que gela dio. Ca podemos sospechar, que la re-

V. Bart. y Alex. á la l. 1. §. 14. l. 3. §. 10. D. *de adquir. poses.* l. 12. §. 2. D. *de liber. caus.* y l. 27. tít. 14. Partida 7. cuyo último texto es muy notable.

(17) Nótese bien lo dispuesto aquí, esto es, que el que dice estar en posesion de tener á otro como esclavo, es necesario que manifieste algun título de dicha posesion, para que en virtud de ella se le considere relevado de probar, V. d. l. 27. tít. 14 Part. 7. y Paul. de Castr. á la l. 22. C. *de probat*, siendo de notar que no estaba así tan espresamente declarado en d. l. 17. D. *de liber. caus.* ni en d. l. 15. C. *de probat.* pero se infería del cap. *ad decimas, de restit. spoliat.* en el cual se dice que la posesion reprobada por el derecho no favorece al que la obtiene, sino se justifica. Por donde se ve la justicia de la ley promulgada contra los que tenian á los Indios, como esclavos, que lo fué en la villa de Madrid y año 1543. aunque estaba sancionada ya en Barcelona el año anterior. La presuncion de tenerse una cosa por fuerza, cesa en el que ha estado por mucho tiempo en posesion de ella; V. Glos. al cap. 1. §. *si duo, de pace tenenda*, é Inocenc. cap. 2. vers. *per monachos, de in integr. restit.* Bald. á la l. 9. col. 4. C. *de his qui accus. non poss.* Juan Fabr. al §. 1. princ. Ins. tít. *de usucap.* Glos. á la l. 2. C. *de ing. et manum.* y añád. d. l. 27. tít. 14 Partida 7. la cual exige para dicho efecto que se haya poseido por espacio de 30. años; y V. sobre lo mismo á Salic. á la l. últ. C. *de præscript. long. temp.* donde observa que, en caso de promoverse cuestion de estado, desvanecerá la posesion de 30 años las presunciones que obren contra la libertad, pero no las que obren en favor de esta.

(18) Conc. l. 25. D. *de probat.* V. l. 29. tít. 14 Partida 5 y cap. últ. *de solut.*

(19) Y de aquí es, que el que paga por otro que se halla encarcelado, no se presume que lo hace con ánimo de donar, sino de recobrar lo que paga, segun Ang. tratad. *maleficior.* vers. *qui judex dictum Cajum*: no presumiéndose en general la donacion, sino cuando cesan todas las otras conjeturas, Bald. á la l. 1. C. *ad Trebell*, inclusa la de haberse concedido la cosa en precario, l. 32. D. *de donat.*, Bald. al cap. 1. vers. 1. *de natur. feud.* y V. lo anotado por el mismo, al §. últ. *de invest. de re alien. fact.* y Jas. á la 21. col. 4 D. *de verb. oblig.* donde dice que hasta se presume haberse cometido una indiscrecion, antes que haberse tenido el deliberado ánimo de donar. Y acerca de si, en el caso de entregarse dinero á alguno, se presumirá que se ha querido hacer un préstamo ó una donacion. V. Glos. á la l. 3. y Bart. allí col. penúlt. D. *de reb. cred.* y lo anotado por Abb. al cap. *in causis* col. pen. *de elect.*

(20) Así decia Bald. á la l. 2. col. 5 C. *de rescind. vend.* que se entiende por rústico al que lo es por sus obras y lenguaje; debiendo añadirse que la rusticidad escusa solamente en los casos en que la ley así espresamente lo dispone, V. Glos. al cap. últ. 1. quest. 4. y lo anotado por

cibio como non deuia: porque el Cauallero (21). deue ser mas sabidor de fecho de armas, que de escatimas, nin de rebueltas: e las otras personas que de suso diximos, porque son simples de seso, e por esso erraron, pagando lo que non deuian. Otrosi dezimos, que qualquier ome, o muger, que recibiesse paga de marauedis, o de otra cosa de alguno, si despues le fiziessen demanda en juyzio, que tornasse lo que recebio, porque le pagaron por yerro lo que non deuian; que si este que recebio la paga, negasse en todo, diziendo que nunca fuere fecha; si la otra parte pudiere prouar, e aueriguar que la fizo, maguer non muestre que fue fecha por yerro, e de cosa que non deuia, tenudo es este que nego la paga, de fazer de dos cosas la una: o de tornar a su contendor lo que le prouare quel pago; o de mostrar por prueuas valederas (22), que verdaderamente deuia aquella cosa de quel fue fecha la paga.

LEY 7. *A quien deue ser fecha la Prueua, e sobre que cosas.*

Averiguamiento de prueua, de qual natura quier que sea, deue ser fecho, e mostrado al Judgador (23) ante quien es el pleyto, e non a la parte contra quien la aduze, como quier que esto se deua fazer estando ella delante (24): e deuenle des-

Alex. y otros á la l. 11. col. antepen. y penúlt. D. *de adquir. posess.*

(21) Añád. l. 31. y l. últ. C. *de locat.*

(22) Así, pues, podrán alegarse dos escepciones contrarias, como la de negar el pago y la de decir que fué hecho debidamente, con tal que se opongan en diversos tiempos, V. Florian á d. l. 25. D. *de probat.* y Bart. á la l. 8. D. *de exception.*

(23) Añád. 4 quest. 3. §. *item in criminali*, y Glos. al cap. *plerumque* 2. quest. 7. l. 7. C. *de edend.* y Azon *in summa* C. *de probat.*

(24) *Entiendase, estando la parte delante para ver como juran los testigos ministrados por la contraria, l. 23. tít. 16. de esta Partida no que sean públicos los actos ó dilijencias probatorias y que hayan de practicarse estas, como por ej. el examen y recepcion de los testigos con asistencia de la parte contraria: todo lo cual está espresamente prohibido por la l. 26. d. tít. 16 de esta Partida y l. 14 tít. 10 lib. 11. Nov. Recop. la que establece hayan de ser secretas las probanzas, hasta que se mande hacer publicacion de ellas, é impone al escribano, que violare el secreto, la pena de diez ducados y en caso de reincidencia la de suspension de oficio por un año: y tan necesario se considera el que las pruebas sean reservadas, como que en la práctica se observa generalmente reservar en la escribania hasta los interrogatorios que las partes respectivamente presentan, articulando los hechos que quieren probar, sin dar traslado de los mismos; y así no solo se hacen secretos el acto de la prueba y el resultado de ella, sino tambien los hechos sobre que aquella ha de recaer. Los SS. Goyena y Aguirre, en su Febrero reformado, §. 5023. sec. 3. tít. 72. lib. 3. reprueban la referida práctica de no conferir tratado del interrogatorio de cada parte, y dicen que es *tan constante, como infundada é inesplicable con buenas razones.* Otros muchos autores prácticos la admiten y recomiendan sin dificultad, y D. Joaquin Escriche Diccion. de Legislacion y Jurispr. palabra *Interrogatorio*, dice que del que presenta cada una de las partes seria conveniente dar traslado á la otra, para que en su vista formase otro de repreguntas, á fin de que los testigos espusiesen mejor el hecho y la razon de sus dichos: bien que á continuacion añade el mismo citado escritor, que en la práctica apenas se acostumbra comunicar los interrogatorios, como no sea en los tribunales eclesiásticos, y que tampoco se admiten, en todos, repreguntas. Creemos que si el no conferir traslado de los interrogatorios se hace con el fin de que no se divulguen los hechos sobre que ha de recaer la prueba, poco ó nada se adelanta con ello, toda vez que, no pudiendo la prueba ministrarse mas que sobre lo dicho y alegado en la demanda y contestacion, l. 1. d. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec. cada una de las partes sabe ya, antes de presentarse interrogatorios, todo lo que puede articular la otra y en este concepto convenimos con los SS. Goyena y Aguirre en que la práctica de no conferir traslado de los interrogatorios es infundada, siendo indudable que no está prescrita por el derecho, dado que la citada l. 14. quiere que sean secretas las probanzas, no los hechos que son ó han de ser objeto de ellas. Mas prescindiendo de la legalidad, y pasando á la conveniencia, parécenos que la razon dada, por D. Joaquin Escriche tampoco recomienda la práctica contraria de conferirse traslado del interrogatorio, porque, sin necesidad de tenerlo á la vista, se saben, por *lo dicho y alegado*, los estremos que querrá probar la parte contraria, pueden formularse las oportunas repreguntas y se formulan de hecho en los casos en que se permite hacerlas, sobre lo cual es muy varia la practica de los tribunales, como se dirá mas adelante (V. lo anotado á las ll. 26 y 28. del tít. prox. sig.) Añádase á lo dicho que los interrogatorios se presentan, cuando ya está abierto el pleito á prueba y cuando no hay por consiguiente discusion, ni es conveniente que la haya; quedando al arbitrio del juez el desechar los estremos impertinentes

pues dar traslado del, si lo pidiere (25). Otrosi dezimos, que las prueuas deuen ser aduchas, sobre cosas que se pueda dar en juyzio (26): assi como sobre cosa mueble, o rayz, o en razon de libertad, o de seruidumbre, o de tenencia, o de señorio, o de peños, o de oficio, o de honores, (*b*) o de Guardadores de huerfanos, o de otra cosa qualquier, de que podria ser fecha demanda en juyzio, para fazer escarmiento dellos. Ca non deuen ser rescebidas prueuas sobre las questiones, o argumentos de Filosofia (27), porque tales contiendas como estas non se han de librar por fuero, nin por juyzio, si non por sabiduria de aquellos que se trabajan de saber, e departir estas cosas. Otrosi dezimos, que aquella prueua deue ser tan solamente recebida en juyzio, que pertenece al pleyto (28) principal sobre que es fecha la demanda. Ca non deue consentir el Judgador, que las partes despiendan su tiempo en vano, en prouando cosas de que non se puedan despues aprouechar, maguer las prouassen.

(*b*) o de gualardones, o de obras personas etc. c. Tol. 2. Esc. 1.

LEY 8. *Quantas maneras son de prueuas.*

Prueuas, e aueriguamientos son de muchas naturas, para poder prouar los omes sus intenciones, e son estas: otorgamiento, e conoscimiento, que la parte faga contra si en juyzio, e fuera de juyzio, en la manera que de suso mostramos, en las leyes (29) que fablan en esta razon; o testigos que dizen acordadamente el fecho, e son tales, que por razon de sus personas, o de sus dichos, non se pueden desechar; o cartas fechas por mano de Escriuano publico; o otra cosa qualquier que deua ser creyda, e valedera, assi como se demuestra complidamente en las leyes de sus Titulos. E aun ay otra natura de prouar, a que llaman presumpcion (30): que quiere tanto dezir, como grand sospecha, que vale tanto en algunas cosas como aueriguamiento de prueua. E como quier que el Rey Salomon (31) diesse su juyzio por sospecha tan solamente, sobre la contienda que era entre la muger libre, e la que era sierua, en razon del fijo; pero en todo pleyto non deue ser cabido solamen-

que tal vez se articulen; y, estando declarado por la ley que si algun hecho semejante se probare, sea lo mismo que si no se hubiese probado, l. 5. d. tít. 10. lib. 11. N. R. Pero ni esto último se observa con la escrupulosidad que debiera, ni, por una mal entendida equidad, dejan de respetarse á veces en esta parte los actos consumados, aunque no aprobados por la ley: todo lo que ha dado alientos á la malicia y ha hecho se introdujesen en las discusiones judiciales ciertas tretas y ardides que deberían desterrarse, como el de no alegar en los escritos de demanda y contestacion, sino muy encubierta y mañosamente ó el de callar enteramente los hechos que se quieren despues probar, consiguiendo ó tratando de conseguir, por arte de sorpresa y mala fé, la victoria que tan solo debería reportar la razon y la justicia: bajo cuyo respecto y á fin de que jamas pudiese ser de peor condicion la lealtad y la buena fé en los juicios, convendria tal vez la práctica indicada por los SS. Goyena y Escriche de comunicarse reciprocamente á las partes los interrogatorios que cada una de ellas presentase; ó tal vez seria mejor observar por analogía en los negocios comunes, lo que para las causas mercantiles disponen los art. 147 y 148. de la l. de 24 Julio de 1830. esto es que del interrogatorio presentado por cada parte se entregue copia á la otra, y sobre él no puedan ser examinados testigos hasta pasados dos dias naturales.

(25) *V. l. 37. tít. 16 de esta Partida y lo mismo disponen las leyes recopiladas, esto es que, despues de recibidas las pruebas y espirados los plazos se comuniquen aquellas á las partes, que es en lo que consiste la publicacion de probanzas ordenada en d. l. 14 tít. 10 y l. 1. tít. 12. lib. 11. Nov. Rec.

(26) V. Azon *in summa* col. penúlt. vers. *debet autem probari* C. *de probat.*

(27) V. Azon lugar antes citado.

(28) Conc. l. 22. C. *de probat.* cap. *cum contingat* 36 y Glos. allí *de offic. deleg.*—*y l. 5. tít. 10 lib. 11. Nov. Rec.

(29) V. tít. 31. de esta Partida.

(30) Nótese la definition que trae nuestra ley aquí de la *presuncion.* Segun Calderin al cap. *vestra, de cohabit. cleric. et mulier.* la presuncion es el conocimiento ó concepto que resulta de las circunstancias, cap. *ex studiis* 3. y casi todo el tít. *de præsumption.* de donde infiere que el concepto del juez se modifica, se debilita ó se corrobora, segun van manifestándose las circunscias que lo han producido: y lo propio opina Bald. á la 7. col. 1. C. *de acusation.* donde dice que la presuncion del hombre es el concepto que se ha formado en el entendimiento por alguna probable conjetura; y el mismo á la l. 6 col. 2. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.* la define diciendo ser la racional conjetura de una cosa dudosa, aprobada por la ley, para formarse concepto de aquella; y otra vez al cap. 1. §. *cum autem* col. 1. dice que es la deduccion ó ilacion verosimil de algun antecedente á otro hecho que le es connexo.

(31) V. lib. 3. *Regum* cap. 3. vers. 27. y cap.

te prueua de señales, e de sospecha (32), fueras ende en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro: porque las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad. Otrosi ay otra natura de prueua, assi como por vista del Judgador, veyendo la cosa sobre que es la contienda, esto seria, assi como si contendiessen las partes ante el Juez sobre terminos (33) de Villas, (c) o de otros terminos. E otrosi, si fuesse pleyto en razon de alguna muger, que dizen que es corrompida, o de muger que dezian que fincaua preñada de su marido: ca tales contiendas como estas se deuen librar (d) por vista de mugeres (34) de buena fama. E ay otra que se faze por fama, o por leyes, o por derechos que las partes muestran en juyzio, para aueriguar, e vencer sus pleytos, assi como adelante mostraremos. E aun acostumbraron antiguamente, e vsanla oy en dia, otra manera de prueua, assi como por lid de Caualleros (35), o de Peones, que se faze en razon de riepto, o de otra manera. E como quier que en algunas tierras ayan esto por costumbres (36); pero los Sabios que fizieron las leyes (37), non lo touieron por derecha prueua. E esto por dos razones. La vna, porque muchas vegadas acaesce, que en tales lides pierdese la verdad (38), e vence la mentira. La otra, porque aquel que ha voluntad de se auenturar a esta prueua, semeja que quiere tentar (39) a nuestro Señor Dios; que es cosa que el defendio por su palabra, alli do dixo: Ve arriedro, Sathanas, non tentaras a Dios tu Senor.

LEY 9. *Como la muger que dixere que non era preñada de su marido, mas de otri, que por tales palabras non nace mala sospecha a la creatura que tiene e el vientre, por que le puede empecer.*

Ensañanse (40) las mugeres a las vegadas tan

(c) o de otros heredamientos Acad.

(d) por vista de buenas et honestas mugeres que sean sabidoras, asi como mostramos en las leyes deste nuestro libro en sus títulos. Acad.

afferte 2. *de præsumption.* donde observa Abb. que bien puede juzgarse por los ejemplos de los Príncipes: y V. l. 14. tít. 22. de esta Partida.

(32) Conc. l. 5. D. *de pen.* y añád. S. Tom. 2. 2. quest. 6. artic. 3. Pero? podrá juzgarse por sospecha ó presuncion, cuando esta fuere vehemente? V. cap. *litteras* 14. *de præsumpt.* y al cap. *quanto* á d. cap. *afferte* d. tít.

(33) Conc. l. 8. D. *fin regund.*

(34) Conc. l. 1. princ. D. *de inspiciend ventr.* cap. *proposuisti* 4. *de probat.* y cap. *fraternitatis* 6 *de frigid. et malef.* y en el caso aquí propuesto deberá el juez elegir á las comadronas y designar el lugar donde haya de hacerse la inspeccion, segun d. l. 1. Pero muchas veces se engaña la esperiencia de dichas comadronas, cap. *causam matrimonii* 14. *de probat.* cap. *neque aliqua* y Glos. allí 38. quest. 1. y V. lo que, sobre la materia, dice Ambros. epistola 64. donde reprueba el que se hagan semejantes inspecciones ó reconocimientos en las vírgenes, acusadas de fornicacion; y aduce varias autoridades de la Sagrada Escritura para probar que nunca se ha practicado así. En los casos, empero, en que tiene lugar dicha prueba, deben las comadronas jurar antes de proceder á la inspeccion, del mismo modo que los testigos Alberic. á d. l. 1. §. 1. col. últ. y V. l. 23. tít. 2. de esta Partida.

(35) Piensan los nobles y caballeros que Dios es el ausiliador de los justos; y no es verosimil, segun Aristoteles, que Dios quiera proteger á los injustos y malvados, Bald. princ. *de pace tenend. et ejus viol.*—*V. la adic. á la nota prox. sig.

(36) Y, segun espresa Bald. á la l. 6. C. *depos.*; no debe considerarse ilícito el duelo en los lugares donde lo autoriza la costumbre general: y lo mismo pretende á la rubric. C. *de deditit. libert. toll.* diciendo que donde las costumbres autorizan al duelo, puede castigarse como convicto, al vencido, si se hubiere rendido á discrecion, ó entregado al vencedor, como si éste le hubiese dado la muerte. Pero el propio Bald. á la l. 5. D. *de just. et jur.*, despues de tratar la cuestion de si es lícito ó no el duelo, concluye que solo por causa muy grave será permitido, previa licencia del superior, y cita el §. 5. vers. *perduelliones*, en lo que parece adoptar la opinion de Placent: pero sobre todo lo dicho V. á Juan de Auan rubric. *de cleric. puguantibus in duell.*—*Acerca de los duelos ó *rieptos* y lides considerados como á medios de prueba en el tiempo en que se publicaron las Partidas V. las ll. del tít. 3. Partida 7. y lo anotado allí.

(37) V. l. 9. C. *de oblig. et act.* y á la l. 1. C. *de glad.* y l. 1. y Juan de Plat. allí, C. *de spectacl. et lenon.* y Juan de Auan. cap. 1. *de cleric. pugnant. in duell.*

(38) Así se dice en la ley de Lombardia que muchos han perecido de bajo un justo broquel: y V. Bald. á la 5. col. 3. D. *de just. et jur.*

(39) V. Caus. 2. quest. 4. cap. *Monomachiam* 22. y todo el tít. *de cleric. pugnant. in duell.*

(40) Conc. l. 29. §. 1. D. *de probat.* y lo mismo seria si la madre hiciese semejante declaracion, no por despecho, sino creyendo procurar al hijo, mayor honra y bienestar; como así lo he

fuertemente (41), que por despecho que han de sus maridos, dizen (42) que los fijos que tienen en los vientres, o que son nacidos, que non son dellos, mas de otros. E en tal caso como este dizimos, que si pudiere ser prouado por los vezinos de aquel logar, que el fijo de alguna muger que dixesse tales palabras como sobredichas son, naciera della, seyendo casada (43) con aquel marido, e non auiendo el marido estado alongado della tanto tiempo, que pudiessen verdaderamente sospechar, segund natura, que el fijo fuera de otri; por tales palabras, que el padre, o la madre dixessen, non deue el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera.

visto practicar en cierto negocio muy arduo. y lo mismo siente Hostiens. y Abb. al cap. *per tuas.*

(41) En general toda confesion hecha en un arrebato de cólera no perjudica al que la hace, á menos que sea despues ratificada, Glos. al cap. *ex litteris, de divort.* y Abb. citando á d. Glos. al cap. *sicut ex litteris*, *de jurejur.*

(42) Y aun en el caso en que semejantes confesiones pudiesen probar alguna cosa, ¿seria necesario para ello que se hubiesen hecho á instancia de parte? Parece que lo seria, y que, siendo hechas estrajudicialmente, nada absolutamente probarían, V. Glos. y Salic. á la l. 14. C. *de probat.* y V. lo anotado por Bart. allí 1. lect. y Jason consil. 106. vol. 1. hácia el fin.

(43) Lo dicho aquí procede sin dificultad, cuando no hay otra prueba que la confesion de la madre ¿Qué seria, empero, si concurrieran otros indicios en confirmacion de la misma? V. Paul. de Castr. consil. 115. col. pen. y últ. vol. 1. y Pedr. de Anchar. cons. 225. col. últ. vers. *super alio dubio* y estensamente á Lud. de Gazad. consil. 12. y V. tambien lo anotado á la l. 1. tít. 14. Partida 2. Pero, ¿tendria á lo menos dicha confesion alguna fuerza en perjuicio de la madre que la hubiese hecho? Parece que sí; porque la confesion de parte se admite como prueba, hasta contra las presunciones que lo son de derecho y por derecho. Glos. á la authent. *sed jam necesse* C. *de donat. int. vir. et uxor.* y Francisc. de Aret. al cap. *per tuas*, *de probat.* debiendo decirse lo mismo, aunque la confesion fuese estrajudicial, con tal que hubiese llegado á noticia de la parte contraria; porque aquella aun en el concepto del vulgo hace alguna prueba, segun Paul. allí: bien que esto último parece algo exagerado y tal vez no es del todo cierto; de todos modos, empero, podria la madre retractarse de dicha confesion estrajudicial, sin haber de alegar siquiera que la hubiese hecho por error, segun Bald. á la l. únic. col. penúlt. C. *de confess.* y atenor de lo anotado á la l. últ. tít. 13. de esta Partida; lo que en tanto debe ser así, como que, siendo casada la mujer que ha hecho semejante confesion, ni ella misma puede haberla hecho con plena certeza, como en un caso análogo observa Alber. á la l. 12. D. *de stat. hom.* donde trata de una viuda que, inmediatamente despues de muerto su marido, cohabitó con otro hombre y tuvo un hijo á los nueve meses, en cuyo caso dice no puede darse crédito á los dichos de la madre, si declara cual sea el padre de aquel hijo, porque ni ella misma puede saberlo. Pero en aquellos casos en que semejante confesion perjudicase á la madre que la hubiese hecho ¿perjudicaria tambien á los que, como hermanos del hijo á quien se refirió la confesion y siendo este difunto, pidiesen la sucesion intestada del mismo? Parece que no deberia perjudicarles, porque la confesion, aunque tenga fuerza contra el que la hace nunca puede entenderse en perjuicio de tercero, l. 20. D. *de interrog. action.* l. 5. C. *de conven. fisc. debit.* y V. lo anotado, en el propio sentido por Francisc. de Aret. á d. cap. *per tuas*, *de prob.*, pudiendo verse tambien á Bart. á la l. 13. princ. D. *de jur. fisc.* donde inquiere de que modo podrá justificarse que unos bienes pertenecen al fisco por incapacidad del que los poseia ó debia adquirirlos; y dice que hará prueba la confesion del que se reconozca á sí mismo incapaz; añadiendo, empero, que esto deberá entenderse en perjuicio del mismo confesante, pues si mediara interes de algun tercero, deberia el fisco ministrar otras pruebas á mas de dicha confesion. Confírmalo así el texto del cap. *dudum* 54. *de elect.* y lo anotado por Abb. allí, esto es, que la confesion de los electores, cuando, despues de haber hecho la eleccion, piden la confirmacion de la misma, no tiene fuerza en perjuicio del elegido; y, en iguales términos, que cuando se trata de probar que un hijo es espúreo, la confesion daña únicamente al confesante, pero no á los demás á quienes aquella prueba podria perjudicar, V. Jason. cons. 106. vol. 1.

(44) Conc. l. 16 C. *de probat.* y añádase á este propósito que si uno intenta contra un tercer poseedor la accion hipotecaria, le basta probar que el deudor ha sido dueño de la cosa hipotecada, á menos que pruebe el convenido haber dejado el deudor de poseerla, V. á Alber. á la l. 17. C. *de probat.* y á d. l. 16. princ. pero, probandolo así el poseedor, entónces incumbiria á su vez al acreedor demandante probar que el deudor poseia aun la cosa existiendo ya la obligacion, l. 13. C. *de donat. ant. nupt.* Así decia Bald. á la l. 1. col. 6. C. *de sent. quæ pro eo quod int.* que si uno puede probar que sus antepasados, de mas de mil años á la parte, han poseido unos bienes, y no se prueba que otro los poseyese en el

LEY 10. *Como aquel que prueua en Juyzio, que en algun tiempo fuera señor, o tenedor de la cosa sobre que es la contienda, que deuemos sospechar que lo es aun; que non se prueue lo contrario.*

Casa, o viña, o otra cosa qualquier mueble, o rayz, demandando en juyzio vn ome a otro, diziendo que era suya; si el demandado que la tiene, negare que non era suya del, abonda que el demandador pueda prouar, que aquella cosa fue suya, o de su padre, o de su abuelo, o de aquel cuyo heredero es; de manera que por tal prueua como esta deue ser entregado de aquella cosa. E esto es, porque sospecharon los Sabios antiguos, que todo ome que en alguna sazon fue señor de la cosa, que lo es aun, fasta que sea prouado (44) lo contrario. Otrosi dezimos, que si algun ome fue tenedor de alguna cosa mueble, o rayz, si despues le fizieren demanda sobre ella; e el, non queriendo entrar en pleyto, responda, que non es tenedor (45) de aquella cosa, a la saçon que le fazen la demanda; en tal razon como esta dezimos, que non deuen apremiar al demandado, que responda sobre aquella cosa, maguer en alguna sazon ouiesse estado tenedor della; fueras ende, si le fuesse prouado, que desamparara, o desechara la tenencia de aquella cosa engañosamente, porque non gela pudiessen demandar; o si ouiesse ganado la tenencia de aquella cosa por fuerça, o por robo, o por engaño. Ca estonce seria tenudo de responder a la demanda quel fazen sobre aquella cosa, bien assi como si fuesse tenedor della, segun mostramos en las leyes (46) deste nuestro libro, que fablan en esta razon. Mas si aquel que prouo, que fue tenedor en algund tiempo de la cosa sobre que es la contienda, dize aun, e otorga (47), que oy en dia es tenedor della, sin falla deuemos sospechar que lo sea, fasta que el otro quel refierta la tenencia, prueue el contrario. Otrosi dezimos, que el ome

tiempo intermedio, se le presumirá dueño de los mismos; porque el dominio, que no se ha perdido, ha de ser perpetuo, l. 20. D. *ex quib. caus. major.* Pero lo dicho debe entenderse, con tal que se probase haber tenido los antepasados no solo la posesion, sino tambien el dominio, porque por la sola posesion no se prueba el dominio plenamente, l. 27. D. *de cond. inst.* Abb. al cap. *cum ad sedem*, *de rest. spol.* y, como dice Bald. á la l. 1. col. 2. C. *quand. provoc. non est. necess.* el derecho de propiedad no se escapa volando: y, segun el mismo á la l. 2. D. tít. y Abb. al cap. *prœterea* 10. *de transact.*, el que una vez ha tenido un dominio ó superioridad sobre otro, se presume que lo conserva, á menos que se pruebe lo contrario; en confirmacion de todo lo que alegan la citada l. 16. C. *de probat.* Mas así como se ha dicho de la propiedad de una cosa ó bienes determinados ¿se presumirá tambien ser hoy la cuantía de unos los bienes igual á la que era en tiempo pasado? V. Alex. consil. 47. col. 4 hácia el fin vol. 1. donde dice que para este efecto no se admite la presuncion de lo presente por lo pasado, y así, citando á Bart. á la l. 8. D. *de confir. tut.* añade que por constar que uno ha sido rico no se presumirá que lo sea todavía. Y sobre la regla que antes se ha sentado de presumirse dueño actual al que prueba haberlo sido una vez, debe bien advertirse que esto tendrá lugar cuando el que revindica una cosa, lo hace pretendiendo ser dueño actualmente, aunque solo pruebe haberlo sido en otro tiempo: pero nó si uno quisiese revindicar la cosa, limitándose á decir que esta le habia pertenecido; porque la presuncion debe alegarse espresamente, y no haciendose así, mas bien se presumiría lo contrario, l. 38. §. 6. D. *ad leg. Jul. de adult.* y Paul. de Castr. á d. l. 16. col. 2.

(45) Conc. l. 27. §. 1. D. *de rei vindic.*

(46) V. l. 30. tít. 2. de esta Part.

(47) Lo dispuesto aquí puede entenderse en dos distintos sentidos; á saber, 1°. en el de ser el actor quien ha probado haber poseido, y quien, afirmando que posee todavía, invoca en su favor la presuncion, para intentar el interdicto *utipossidetis*: y en tal caso estará verdaderamente la presuncion á favor de dicho actor; en cuyos términos esplican la Glos. y los DD. la opinion de Placentino, de que se hablará luego á d. l. 16 C. *de probat.*: 2°. puede tomarse esta cláusula de nuestra ley en el sentido de que, habiendo probado el actor que el convenido habia estado en posesion, negara este último que siguiese poseyendo de presente, é invocara el primero la presuncion, pretendiendo que, pues el demandado habia poseido, debe creerse que posee todavía, á menos que él probare lo contrario: y esta fué la verdadera opinion de Placentin. á d. l. 16. adoptada tambien por Pedro, segun Alberic. allí, donde contesta á las objeciones que á la misma se han opuesto: es á saber, la primera, que con solo el ánimo ó voluntad se deja de poseer, y así el que niega estar en posesion, manifestando, por lo mismo, su intencion de no poseer, no podrá ser considerado como poseedor: á lo que repone d. Alber. que con el solo ánimo no se pierde la mera detentacion, y esta, por si sola, sujeta al que retiene la cosa, á las resultas de la reivindicativa con que se la reclamen, l. 9. D. *de rei vindic.*; y á la segunda obje-

que alguna vegada fue apoderado de alguna cosa por razon de empeñamiento, o porque le fue

cion, esto es, la de que admitiendose la presuncion, no á favor del actor, sino contra el reo, resultaria que se condenaria á este por meros indicios, contra lo prevenido en la l. últ. D. *de rei vind.* (en la cual se exige para poder condenarse al reo, que se le haya convencido plenamente de haber faltado á la verdad), contesta el mismo Alberic. allí que el exigirse la plena prueba tendria lugar, cuando no se hubiese probado que el reo habia poseido, pero que, cuando esto constase, procederia la presuncion legal de que posee todavía. Y esto último es conforme á la letra de nuestra ley aquí, donde dice: *si aquel que prouo que fué tenedor en algund tiempo de la cosa... dize aun e otorga que oy en dia es tenedor de ella, sin falla deuemos sospechar que lo sea, fasta que el otro quel refierta la tenencia prueue el contrario*: debiendo, empero, decirse en tal caso que con esta cláusula entendida en semejante sentido se ha querido establecer una escepcion de la regla sentada antes en la misma ley, con aquellas otras palabras: *si algun ome fue tenedor de alguna cosa... si despues le fizieren demanda sobre ella, é el responda que non es tenedor de aquella cosa á la saçon que le fazen la demanda,» dezimos que non deuen apremiar al demandado que responda sobre aquella cosa, maguer en alguna saçon ouiesse estado tenedor della*: á menos que se entiendan hablar los dos pasages transcritos no del mismo, sino de distintos casos, y entónces no importaria el primero una escepcion del segundo; antes establecerian dos reglas separadas é independientes; esto es, la de que la posesion de pasado importa una presuncion de presente á favor del actor, con la cual probará este su derecho activo, cuando ponga una demanda posesoria: y que al contrario, no la importa asimismo contra el reo para probar el derecho pasivo ó la responsabilidad que cargaría sobre este, considerándosele poseedor, una vez entablada contra él la accion vindicativa. Como quiera de esto, y aun adoptándose la comun opinion que es la de que el haber poseido el demandado no prueba que posea todavia, deberia siempre esceptuarse el caso en que constase haber aquél poseido muy recientemente, pues entónces obraria sin duda la presuncion, segun Lyn. Bald. y Paul. de Castr. allí; porque en poco tiempo no se presume que hayan ocurrido mudanzas: y lo mismo seria si constase que el demandado poseia al tiempo de la litis contestacion ó cuando aquél que negase tener la cosa la hubiese poseido ú ocupado en nombre de otro, segun la Glos. á d. l. 16 y de este último caso se habla tambien en nuestra ley aquí [estableciéndose que el que ha poseido en nombre de otro, se presumirá que sigue poseyendo, hasta que pruebe haberla restituido ó entregado á aquél, en cuyo nombre la poseia.] Y finalmente deberia tambien esceptuarse el caso en que se tratase de probar la posesion de una cosa mueble, segun Abb. al cap. *cum ad sedem* princ. col. 7. *de restit. spol.*—* Si, tratándose de cosas muebles, quiere decir el Glosador que no debe estarse á la comun opinion, sino presumirse que las posee el que constare haberlas poseido, parécenos mas bien que deberia concluirse lo contrario, porque precisamente en las cosas muebles son mas frecuentes y probables los traspasos. De todos modos, empero, ni en este sentido, ni en el que indica aquí el Glosador puede distinguirse entre las cosas muebles y las inmuebles, por decirse bien espresamente en el principio de la presente ley, que lo dispuesto en ella se refiere, sin distincion, á toda ó *cualquier cosa mueble ó raiz.* Por lo demás y pasando á lo que aquí mismo esplica el Glosador, refiriendose á Placentino y demás intérpretes citados, en vano se esfuerza en conciliar, en el sentido en que estos los entienden, los dos transcritos pasages de nuestra ley. Si entrambos se refiriesen á la posesion del convenido para el efecto de considerarle sujeto á las resultas de la reivindicacion contra él propuesta, resultaria declarado en esta misma ley, que el hecho de haber poseido el demandado, *induce y no induce* la presuncion de que sigue poseyendo: sin que pudiese esplicarse esa antilogia, diciendo que lo primero es la regla y lo segundo una escepcion, porque la ley en entrambas cláusulas es terminante y absoluta sin referirse á casos ó circunstancias particulares, sino al general del que habiendo sido poseedor, no consta que lo sea actualmente. Y lo mas estraño es que se haya querido provocar esa dificultad ó por mejor decir forcejar contra la imposibilidad de conciliar semejante contradiccion, cuando esta no existe sino violentando la letra de la ley, que naturalmente ofrece un sentido llano y consecuente, y dispone lo mismo que opinaba Placentino á d. l. 16. C. *de probat.* esto es, que contra el que fuere demandado como poseedor, si niega serlo actualmente, no obra la presuncion de que lo sea todavía; pero que obra sí aquella á favor del actor que intenta un remedio posesorio, al cual le bastará probar que ha poseido, para que se le tenga por poseedor actual. Y en tanto es este el sentido mas conforme ó, por mejor decir, el único adaptable al espíritu y á la letra de esta nuestra ley, como que en la primera de las dos cláusulas habla espresamente del que, siendo convenido, niega estar en posesion, para declinar las resultas de la demanda; y en la segunda habla del que habiendo probado que ha estado en posesion, sostiene que lo está todavía en la ac-

prestada, o dada en guarda (48), que siempre deuen sospechar que la tiene, maguer la negasse en juyzio, fasta que prueue que la torno, o la entrego a aquel de quien la recibiera, o a su mandado; o que la perdio por furto, por fuerça, o por robo, o por otra ocasion (49). Ca prouando alguna cosa destas razones, non es tenudo de pechar la cosa que assi perdio; fueras ende, si el demandador pudiesse prouar, que aquella cosa se perdio por culpa, o por engaño del demandado. Ca estonce dezimos, que seria tenudo la parte contra quien esto prouassen, de pechar aquella cosa que assi ouiesse perdida, segund mostramos en las leyes (50) deste nuestro libro, que fablan en esta razon.

LEY 11. *Como deuen sospechar, que el pleyto o postura, que vn ome faze con otro, que se puede aprouehar della su heredero, maguer non faga y mencion del.*

Pleyto faziendo algund ome a su debdor, prometiendole, que aquella debda quel deuia, que nunca gela demandaria; si despues que muriesse aquel aquien fue fecho tal pleyto como este, demandassen aquella misma debda a sus herederos, e ellos respondiessen, que non eran tenudos de pagar aquella debda, porque a aquel cuyo heredero el era, fuera fecho pleyto, que nunca gela demandaria; e el otro otorgasse, que verdad era que auia fecho aquel pleyto, queriendo fazer gracia tan solamente a la persona de su debdor, e que el heredero non se podria aprouechar de tal pleyto, porque nunca (e) fuera y mencion del; e en tal razon como esta dezimos (51), que el heredero se puede ayudar de tal pleyto, o de otro que fuesse semejante, maguer en el non fuesse fecha ninguna mencion del heredero: porque sospecharon los Sabios antiguos, que todo ome que faze pleyto, o postura con otri, que lo faze tambien por sus herederos, como por si; maguer ellos non sean nombrados en la postura. Pero si aquel que fizo la postura, o el pleyto, pudiere prouar, que por esso non fuera fecha mencion del heredero en el pleyto, porque el despues non se pudiesse aprouechar dello; mas por fazer tan solamente gracia al debdor, en non gela demandar en su vida; estonce non se podria ayudar el heredero de tal pleyto, nin de tal postura, e seria tenudo de pa-

(e) fuera y fecha mencion del Acad.

tualidad, el cual, se declara aquí, deber presumirse que verdaderamente posee, hasta que el otro que le niega la posesion haya probado lo contrario: y todo esto es solamente aplicable al que acciona en juicio como demandante, porque, nunca el que se defiende como demandado puede tener interes en sostener que está en posesion, antes bien, en la mayor parte de los casos, en negarlo consiste toda su defensa, y por esto cuando la ley habla de *otro quel refierta la tenencia*, debe entenderse hablar del convenido que niega la posesion al actor, no de este que niega la posesion al convenido.

(48) Conc. l. 5. C. *de pignorat. act.* l. 6. §. últ. D. *de edend.* y V. Bart. allí vers. *an vero hæred.*

(49) Con tal que sea un accidente de los que acostumbran suceder á cualquiera: pero no le escusaria, si la hubiese perdido por otro caso fortuito de aquellos que pueden y suelen precaverse, como el hurto ó la fuga del que estaba encargado de la custodia; á menos que probase haber esto acaecido sin culpa de su parte, Bart. á d. l. 6. D. *de edend.* Salic. á d. l. 5. C. *de pignorat. act.* Y si bien parece contrario á lo que acaba de decirse, el continuarse en la presente ley, entre los casos que escusan al tenedor, el de haber este perdido la cosa *por fuego*, siendo así que los incendios acostumbran ocurrir por culpa de los habitantes, l. 3. §. 1., D. *de offic. profect. vigil.* y Bald. á la l. 11. D. *de peric. et comm. rei vend.*; pero puede considerarse tambien que muchas veces ocurren los incendios por pura casualidad, segun Salic. á la l. 6. C. *de pignor. act.* col. 2. y á estos se refiere sin duda la presente ley: V. Bald. á dd. ll. 3. 5. y 6.—*En esto, como es fácil conocer, hubo de padecer el Glosador una equivocacion, cuando supuso que la presente ley prevenia espresamente el caso de perderse la cosa *por fuego*; siendo así que en el texto se lee tan solo *por furto, por fuerça, ó por robo, ó por otra ocasion:* y lo mismo en otras tres ediciones que, á este propósito, hemos consultado, inclusa la de la Academia, que no anota á la cláusula transcrita variante alguna, apesar de hacerlo constantemente con todas las de las ediciones ó códices de la Biblioteca Real, Escorialenses, Toletanos etc. Es digno, empero, de observarse que la objecion que aquí se propone el glosador y demas observaciones que hace sobre la palabra *por fuego*, son aplicables igualmente al caso *de furto*, el cual está espresamente prevenido por la ley, y sin embargo es, segun el Glosador, de aquellos que pueden precaverse y no suelen ocurrir sin culpa.

(50) V. l. 21. tít. 13. Part. 5.

(51) Conc. l. 9. D. *de probat.* y V. allí la distincion que hace Florian. y l. 7. §. 8. D. *de pact* y Alber. allí.

gar aquella debda; pues que por otra derecha razon non se pudiesse defender.

LEY 12. *Como el pleyto criminal non se puede prouar por sospechas, si non en cosas señaladas.*

Criminal pleyto que sea mouido contra alguno en manera de acusacion, o de riepto, debe ser prouado abiertamente (52) por testigos, o por cartas, o por conocencia (53) del acusado, e non por sospechas (54) tan solamente. Ca derecha cosa es, que el pleyto que es mouido contra la persona del ome, o contra su fama, que sea prouado, e aueriguado por pruebas claras como la luz, (55) en que non venga ninguna dubda. E porende fallaron los Sabios

(52) Conc. l. últ. C. *de probat.* l. 16. C. *de pœn.* y l. 5. D. d. tít.

(53) La confesion, pues, es otra de las pruebas claras como la luz, añád. Bart. á la l. 20. col. últ. D. *de quæst.* y á la l. 3. princ. D. *de jure jur.*

(54) Porque, en lo criminal, no debe proceder el juez, como quien dice, mendigando votos, Bald. á la l. 14. C. *de accusat.* Pero ¿será bastante el dicho de un solo testigo, concurriendo con otros indicios, para que se considere plenamente probada la criminalidad del acusado? V. á Bart. á la l. 1. §. 4. D. *de quæst.* donde, fundandose en d. texto, opina por la afirmativa, y V. la Glos. al cap. 1. vers. *famam de appell.* y l. 26. tít. 1. Part. 7.—*V. la nota prox. sig.

(55) *Sabida es la tan reñida, como importante cuestion á que ha dado lugar entre nuestros prácticos la espresion de que usa aquí nuestra ley y que se repite en la l. 26. tít. 1. Part. 7., exigiendo en las causas criminales *prueuas claras como la luz.* Bella espresion teóricamente hablando, sin razon calificada por algunos de hiperbólica; y tal vez no bien entendida, pero impracticable en muchos casos, y fecunda siempre en graves conflictos, como pudiera serlo tambien de lamentables abusos el que se prescindiese enteramente de ella. No es nuestro intento examinar aquí detenidamente la cuestion de si conviene ó no el que se falle, en lo criminal, y se condene á los acusados, como convictos, por meras presunciones ó indicios. Pero sí nos permitirémos observar que, por muy sólidas que sean las razones que recomiendan el sistema de la *conviccion moral*, por muy cierto que sea el que, por punto general, el exigir plenas pruebas legales conduce necesariamente á la impunidad; no lo es menos que todo esto estaba ya previsto en nuestras leyes de partidas, y que al exigirse en ellas las *prueuas claras como la luz*, no se trató de estampar, como algunos suponen, una bella frase figurada, sin rigurosa aplicacion; sino que se aceptó el principio con todas sus naturales consecuencias, inclusa, hasta cierto punto, la de la impunidad, pues que se dijo, como en esta ley, ser *mas santa cosa quitar al culpado, contra quien no puede fallar el Judgador prueba cierta, é manifiesta, que dar juyzio contra el que es sin culpa, maguer fallasen por señales alguna sospecha contra el.* Así, pues, la práctica de condenar por indicios, tan universalmente adoptada por nuestros tribunales, aunque consagrada en cierto modo por la costumbre y aconsejada tal vez por el interes general, es necesario confesar que ha prevalecido contra la espresa y terminante disposicion de las leyes, como la presente y la l. 26 tít. 1. Part. 7. no derogadas, con posterioridad, como quiera que las leyes mas modernas nada han innovado en cuanto al principio ó regla general en aquellas consignada, y no han hecho mas que añadir otros casos de escepcion á los que se establecen en la presente ley y en los que puede fallarse por sospechas, segun puede verse en la l. 16. tít. 21. lib. 12. l. 2. tít. 20. d. lib. l. 8. tít. 1. lib. 11. l. 4. tít. 8. lib. 12. l. 2. tít. 22. lib. 12. l. 12. tít. 2. lib. 4. Nov. Recop. Verdad es que al reo contra quien se hubiesen reunido algunos indicios ó presunciones no querian las leyes de partida absoluta é indistintamente que se le absolviese, vino que para este caso se reservaban otro recurso ó un nuevo medio de averiguar la verdad: y como este medio—el tormento—propio de las costumbres bárbaras de aquellos tiempos sino á ser impracticable despues; hubo de serlo tambien el principio de la conviccion legal, ó de la prueba clara, como la luz, pues si las leyes no se contentaban entónces con los indicios ó conviccion moral, era porque se reservaban conseguir mas plenas pruebas por otros medios, de que en el dia afortunadamente no se puede echar mano: y así indirecta sino directamente podian considerarse caducadas aquellas leyes é introducida legalmente en su lugar la práctica que hoy está vigente. D. Florencio Garcia Goyena en su Código Criminal Español, §§. 1571. y siguientes sec. 6. tít. 5 lib. 3. se hace cargo de la referida circunstancia; y, aunque observa haberse introducido la práctica de condenar por simples indicios á los acusados, subsistiendo todavía la tortura; pero presume que este fue el primer paso y ensayo de los tribunales para abolir y hacer caer paulatinamente en desuso aquella bárbara costumbre. Por nuestra parte, si bien creemos que la circunstancia de haber la civilizacion desterrado la tortura, pudo de hecho modificar un tanto el sistema de la prueba plena legal tan categóricamente adoptada por las leyes de partidas; todavia, empero, no nos parece, que aque-

lla modificacion en las costumbres jurídicas hubiese de ser bastante para que lícitamente pudiese cambiarse el sistema de la ley por el sistema de la conviccion moral ó de los indicios. Desde luego es necesario observar que la citada l. 26. tít. 1. Part. 7. si bien dispone que pueda darse tortura al acusado, contra quien concurriesen algunas presunciones; pero añade, en seguida, que si, despues de atormentado el reo no confesare, ni por otras pruebas, esto es, por otras que no sean los indicios, resultare convicto, no solamente debe el juez absolverle, sino además imponer al acusador la pena del talion: de donde se infiere que la tortura era un recurso legal en aquella época y estraordinario, que se utilizaba para suplir la falta de prueba; pero, no produciendo aquella resultado, manteníase la ley consecuente en el principio que inflexiblemente tenia adoptado, cual era el de absolver al acusado, siempre que no fuese plena y legalmente convicto. Fuera de esto, la tortura, segun d. l. 26. ni aun tenia lugar en todos aquellos casos en que obraban algunos indicios contra el acusado, sino únicamente cuando estos obraban contra un reo de malos antecedentes, ó en espresion de la misma ley, contra *un ome*, *que fuesse mal en famado*. Si el acusado é indiciado era hombre de buena fama, debia el juez absolverlo definitivamente: por donde se ve que en todos aquellos casos, (que no son, por cierto, los menos delicados) en que se procede, no contra algun ratero reincidente ó algun criminal de oficio, sino contra una persona bien reputada y tal vez de recomendables antecedentes, pero acusada por las apariencias, ha quedado integra la cuestion, apesar del cambio en las costumbres; y ahora, lo mismo que cuando se publicaron las Partidas, podria de hecho observarse el sistema de la prueba clara como la luz, el cual relativamente á semejantes personas, se habia consignado en aquel Código, no modificado con el sistema de la tortura, sino en toda su desnudez é inflexibilidad. Nada, en esta parte, se ha innovado que haya podido hacer impracticable aquel principio; y sin embargo ha caido este enteramente en desuso; por este motivo hemos observado antes, que la práctica vigente bien podrá ser mas ó menos fundada en razones de interes general y de sana filosofia, pero hubo de introducirse en oposicion con una ley espresa y terminante, que directa ni indirectamente se habia derogado y cuya observancia, por ninguna circunstancia de hecho habia venido á ser imposible.

El mismo D. Florencio Garcia Goyena en el lugar antes citado §§. 1561. y siguientes, raciocinando sobre el derecho constituido en punto á las pruebas por que puede fallarse en lo criminal, encuentra alguna dificultad en conciliar la presente ley y la l. 26. tít. 1. y sobre todo la 7. tít. 31. Partida 7. con la l. 8. de este tít. y con la 7. tít. 13. y las 9. y 32. tít. 16. de esta Part. y unas y otras, con las ll. 11. y 14. tít. 4. tambien de esta misma Part.; sobre lo cual no podemos dispensarnos, aunque, de paso, de decir algunas palabras, porque, á nuestro modo de ver, no existe entre las citadas leyes contradiccion alguna. La que estámos comentando y la 26 tít. 1. P. 7. prohiben, como hemos visto, espresamente que se falle en lo criminal por otras pruebas, que no sean de testigos, de cartas ó documentos ó la confesion del acusado, y lo propio dispone la l. 7. tít. 31. d. Part. 7. esto es que «á ninguno se puede dar pena por sospechas, nin por señales nin presunciones.» La l. 8 de este mismo título, de acuerdo con la presente, escluye tambien la prueba de presuncion, si bien la primera habla en general, y para todos los casos fuera de los espresamente esceptuados, y la segunda habla tan solo de las causas criminales en que pueda imponerse pena corporal ó infamatoria: y en estas dos leyes observa el citado Sr. Goyena que se lee la notable palabra *solamente*, la cual, añade, podria abrir ancho campo á dudas é interpretaciones. Pero no vemos, á la verdad, en que podrian fundarse estas, cuando es tan esplícita y evidente la intencion de la ley de escluir los indicios ó sospechas, cuando no hay otra prueba en méritos de la cual pueda fallarse; sin perjuicio de que, concurriendo los espresados indicios con otra prueba legal, no dejarán de dar á esta mayor fuerza, y de influir poderosamente en algunos casos en la decision del negocio, como, por ej. si por cada una de las partes se hubiese ministrado igual número de testigos intachables y contestes, y los dichos de los unos estuviesen confirmados por vehementes presunciones que no concurriesen con los de los otros: y por esto y por que la ley no quiso decir que las presunciones no debiesen servir absolutamente de mérito alguno, sino que no bastaban para condenar al reo, usó y debia usar el adverbio *solamente*. La l. 7. tít. 13. de esta Partida dice que la confesion estrajudicial del delito hace gran sospecha: las ll. 9. y 32. tít. 16. de esta Part. dicen tambien que hacen gran presuncion el dicho del menor de veinte años en lo criminal y el del menor de catorce en lo civil, y en todo caso el de un solo testigo sin tacha. ¿Cómo, pues, pregunta el Sr. Goyena se atribuye á dichas pruebas la fuerza de gran sospecha ó presuncion, si esta de nada puede servir en dichos casos? ¿Sería tal vez, continua, porque estas presunciones bastasen, segun las leyes de Partida, para dar tortura? No hay duda alguna en que, para este y otros efectos, se dice en las referidas leyes que de las pruebas allí espresadas nace gran sospecha; como quiera

que en las mismas bien esplícitamente se declara, que no basta aquella gran presuncion para que el pleito se entienda plenamente probado y se falle en consecuencia definitivamente. Supóngase que entre nosotros estuviesen vigentes las leyes de partida, en cuanto disponen que las presunciones no son prueba bastante para condenar al acusado: no por esto dejaria de ser cierto que esas mismas presunciones serian bastantes para arrestar, capturar y tratar como reo á aquél contra quien se hubiesen reunido: y así no es una inconsecuencia en las leyes de Partida el decir en una parte que la prueba de presuncion no es bastante en lo criminal, y espresar en otra que ciertos hechos tambien en lo criminal forman gran presuncion ó sospecha porque aunque no pueda servir para condenar, podrá sí tenerse presente para proceder, y, segun las mismas leyes de partidas, para dar tortura al acusado. Pero, añade el Sr. Goyena, las ll. 11. y 14. tít. 4. P. 3. igualan á la prueba de testigos é instrumentos, la de *señales manifiestas, grandes sospechas ó presunciones*; y estas leyes terminantes, concluye, no veo que hayan llamado la atencion de nuestros autores. Si con esto ha querido indicar aquel ilustrado escritor, que dd. ll. 11. y 14 podian influir en la cuestion y demostrar que, en nuestro Código de las partidas, se transigió alguna vez con el principio de no admitir pruebas morales en lo criminal, parécenos semejante concepto del todo equivocado. Nuestras leyes admiten las presunciones ó indicios, como otra de las especies de prueba y, si se quiere de prueba legal; y bien que, como dice la l. 8. de este tít., *en todo pleito non deue ser cabida solamente prueua de señales, é de sospecha .. porque las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad*; pero no son estas las que la ley admite, sino aquellas que inspiran un pleno y cabal convencimiento: y por esto dice allí mismo que *ay otra natura de prouar, á que llaman presumpcion que quiere tanto dezir, como grand sospecha que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueua*: de donde se sigue que el derecho de partidas distinguió entre presunciones y presunciones, y al paso que desestimó, por punto general, y fuera de los casos espresamente esceptuados, la prueba que consistiese *en señales solamente*, y autorizó la prueba de *grand sospecha*, pero quiso que se fallase en méritos de ella solo en los negocios civiles; en cuyo sentido habla la l. 11. tít. 4. de esta Partida citada por el Sr. Goyena cuando compara á la prueba de *cartas valederas, la de señales manifiestas ó grandes sospechas*. La espresada ley habla espresamente de pleitos ó negocios civiles, y aunque no lo dijera, así deberia entenderse, por que hablando de las pruebas solo por incidencia; y comparando ó igualando unas con otras, es claro que lo hace refiriéndose á aquellos casos en que, segun las leyes que hablan de ellas directamente, se dá á todas ellas la misma fuerza: pero de ningun modo con la intencion de derogar aquellas otras leyes que espresa y categóricamente escluyen de ciertos pleitos algunas especies de prueba aunque, por punto general y en otros casos iguales á las demás: y véase aquí como las palabras de que usa d. l. 11. de ninguna manera pueden modificar lo dispuesto en la presente y demás que se han citado; las cuales escluyen terminantemente de las causas criminales la prueba de indicios ó presunciones. Por lo que hace á la l. 14 del mismo título 4. de esta partida, habla es verdad de las causas criminales; pero, al comparar la prueba de *testigos, de cartas ó confesion* con la de *señales ó presunciones*, bien lejos de contradecir, confirma todo cuanto se acaba de indicar. Dispónese en d. l. 14 que cuando un Juez, habiendo preso á alguno, no se atreviere á juzgarle, debe remitirle al Rey y con él escritas las razones porque lo prendió, y las pruebas é el recabdo que resultare contra el mismo *quier sea por testigos, ó por cartas, ó por conoscencias, ó por señales, ó por presunciones*; todo lo que comprueba la exactitud de lo que antes se ha dicho; es á saber, que no solo por prueba de testigos ú otra legal puede prenderse á un hombre y procederse contra él, sino tambien por indicios ó presunciones morales; pero esto no priva que, una vez instruido el proceso y examinada toda su resultancia, no bastarán en muchos casos para condenar al reo, las mismas pruebas que han bastado para prenderle, tal vez aunque sean legales ó de testigos si no son bastante plenas. No se entienda sin embargo, y sea dicho aquí de paso, que la intencion de d. l. 14 fuese la de que los jueces debiesen remitir al Rey todas las causas de los reos que no se atreviesen á fallar por *falta de plena prueba*; sino por otras razones que la ley no indica y á las cuales necesariamente se debia referir, porque, no siendo suficiente la prueba para condenar, estaba el juez obligado indistintamente á absolver al reo ó demandado, l. 40. tít. 16. de esta Partida.

Por lo demás, apenas creemos necesario recordar aquí que no ha sido nuestro intento examinar la cuestion de cual sea el mejor sistema, el de la prueba moral ó el de la estrictamente legal. Solo nos hemos propuesto demostrar que este último es el espresamente adoptado por nuestras leyes de Partida en lo criminal; que dd. ll. en esta parte no se hallan derogadas por otras posteriores, y que la práctica que en nuestros tribunales ha prevalecido es directamente contraria á la ley escrita; y que, pues en materias criminales son aquellos han jurado en toda la estension de la palabra, no solo en cuanto á la medida de las penas que imponen—arbitra-

antiguos en tal razon como esta, e dixeron (56), que mas santa cosa era, de quitar al ome culpado, contra quien non puede fallar el Judgador prueua cierta, e manifiesta, que dar juyzio contra el que es sin culpa, maguer fallassen por señales alguna sospecha contra el. Pero cosas y a señaladas, en que el pleyto criminal se prueua por sospechas, maguer non se auerigue por otras prueuas. E esto seria, quando alguno que ouiesse sospecha (57) de otro, que le faze, o quiere fazer tuerto de su muger, e lo afrontare tres vezes, por escritura que sea fecha por mano de Escriuano publico, e ante testigos, diziendole, que se quite del pleyto della, e castigando aun a su muger, que se guarde de fablar con aquel ome. Ca si despues desso lo fallasse con ella en su casa, o en la de la muger, o en la del otro, que quiere fazerle desonrra; o en huerta, o en casa apartada de fuera de Villa, o de los arrauales; puedelo matar (58) sin pena ninguna, maguer non se pudiesse prouar, que ouiesse fecho yerro con ella. E esto puede fazer tan solamente por esta razon,

rias por necesidad, por ser incompatibles con las costumbres actuales la mayor parte de las que nuestros códigos prescriben sino tambien en cuanto á la graduacion de las pruebas; y pues que en esto último se han separado abiertamente de la ley escrita, apesar de no ser esta impracticable; gravísima responsabilidad es la de los primeros que se adelantaron á dar ese paso, y aunque laudable tal vez el empeño que se manifiesta en arrostrarla; pero nunca deben olvidar los que entre nosotros administran justicia que es tanto mas estrecha la cuenta que deben dar en esta parte de su conducta y de su prudente arbitrio, en cuanto este último no les ha sido concedido por la ley, sino que ellos, á pesar de la ley, se lo han arrogado; y así no es la ley en muchos casos la que condena á los acusados sino la conciencia, y la libre voluntad mas ó menos justificada de los majistrados. A cuyo propósito concluirémos por observar que, de todos modos, para que pueda, en lo criminal, condenarse por pruebas morales ó simples indicios, consideramos siempre necesario, no solo que con estos concurra tambien alguna prueba legal aunque semiplena, no solo que los indicios sean tales que no dejen lugar á duda, sino tambien y sobre todo que conste legal y plenisimamente la existencia del delito; de suerte que no sobre este, sino sobre la culpabilidad del acusado, ó mejor sobre la identidad del delincuente recaiga el prudente arbitrio, ó sea la práctica de condenar por indicios ó pruebas morales.

(56) L. 5. D. *de pœn.*

(57) Conc. la authent. *si quis ei* C. *ad Leg. Jul. de adult.* debiendo advertirse que lo dispuesto aquí no debe hacerse estensivo á otro caso que al especial, que á continuacion se espresa, segun Abb. al cap. 2. notab. 3. *de cohabit. cleric et mul.* donde dice que la ley no podia, de otra manera, aliviar el justo dolor del marido ofendido. V. cap. *si vero* 3. *de sentent. excom.* y fuera de este caso, las sospechas que hubiese habido contra alguno, y la circunstancia de haber despreciado las amonestaciones que se le hubiesen hecho, importarian sí un indicio muy vehemente de su criminalidad, pero no la probarian plenamente; por lo que podria imponersele una pena estraordinaria, en lugar de la que legalmente correspondiese por el delito que se le atribuyera; segun parece inferirse de d. cap. 2. y de lo anotado por Inoc. al cap. *quia verisimile de præsumpt.*—*He aquí, segun esto, autorizada por el derecho canónico y recomendada por los intérpretes la práctica de las penas medias ó estraordinarias por los delitos semiplenamente probados, que es la generalmente admitida por nuestros tribunales y sobre la cual V. á D. Florencio Garcia Goyena §. 1570 sec. 6. tít. 5. lib. 3. Código Criminal Español; debiendo, empero, advertirse que el citado cap. 2. *de cohabit.* no prueba, al parecer, lo que aquí pretende nuestro Glosador.

(58) Y que seria si el presunto adúltero, ó el que hubiese sido hallado en compañía de la muger, á pesar de las amonestaciones del marido, fuese un noble de aquellos, á quienes no puede el marido matar, aunque los encuentre en fragrante delito carnal con la muger, segun l. 4. C. *ad Leg. Jul. de adult.* y l. 24. D. d. tít. y l. 13. tít. 17. Part. 7.ª La Glos. á la *Novell.* 117. cap. 15 *collat.* 8. opina que no seria lícito en dicho caso quitar la vida al ofensor, porque si esto se permitiera, mas fuerza se daria al adulterio presunto que al real y positivo; y lo propio sienten Ang. y Alber. á la authent. *si quis ei C. de adult.* Pero la Glos. á d. l. 24. y Salic. á d. authent. pretenden lo contrario por las bellas razones que pueden verse allí: y hace al mismo propósito la espresion de la presente ley *sin pena ninguna;* pues, cuando el marido mata á un noble sorprendido en flagrante adulterio con su muger, es castigado con una pena menos dura, l. 38. §. 8. D. *ad Leg. Jul. de adult.* y l. 14 tít. 17. Part. 7. y con todo, no incurre en pena alguna si matare á su ofensor en el caso espresado en esta ley.—*Todo lo dicho aquí por el Glosador no puede tener entre nosotros aplicacion alguna, por ser un puro resabio de las odiosas distinciones de personas ante la ley, que felizmente han desaparecido.

porque despues del afrenta (*f*) los fallo fablando en vno; mas si los fallasse fablando apartadamente en la Eglesia, despues que tal afrenta le ouiesse fecho, assi como de suso diximos, puede el marido prenderlos a amos a dos, e darlos al Mayoral de la Eglesia, o a los Clerigos que se acertassen y, que los tengan guardados a amos a dos, apartadamente a cada vno dellos, fasta que venga el Judgador, que los demande al Obispo (59), e que los tome, para darles la pena que merecen segun mandan las leyes deste nuestro libro, que fablan de los adulterios. Otrosi dezimos, que si en otro logar qualquier los fallare apartados en vno, luego el marido deue fazer afruento de tres testigos, de como los falla fablando en vno; e de si prenderlos, e darlos al Juez del logar; e el Judgador puede, e deueles dar pena de adulterio; maguer otra prueua, o otro aueriguamiento non diesse contra ellos, si non tan solamente esta sospecha, que los fallaron fablando en vno, despues que el afruento sobredicho les fue fecho. Otrosi dezimos (60), que quando alguno fuesse acusado, que fazia adulterio con alguna muger; e el, para defenderse, dixesse al Judgador, que era su parienta (61) tan cercana, que non deuia ningun ome sospechar, que fiziesse tal yerro con ella, e estonce el Judgador, seyendo aueriguado el parentesco, e cuydando que dezia verdad, lo quitasse de la acusacion (62), e despues desso acaesciesse, que la touiesse por barragana, o se casasse con ella despues que muriesse su marido; por tal sospecha como esta, dezimos, que puede ser dado juyzio contra el, tan bien como si fuesse prouado el adulterio a la sazon que fue acusado. Esso mismo seria, si el Judgador maliciosamente lo diesse por quito (63) del acusacion que le fazian del adulterio, o se fuyesse el de la prision en que estaba recaudado por razon de aquel pleyto; si despues desso fuesse fallado en verdad, que tenia aquella muger por barragana, o se casasse con ella.

(*f*) los fallo fablando en uno en logar sospechoso: Ecc. 3.

(59) Y así podrá de esto inferirse que el juez secular no podria de su propia autoridad estraer á los delincuentes de la Iglesia, donde se hallasen custodiados, sino que debería requirir para ello al Obispo. Y, si bien parece probar lo contrario la *Novell.* 17. cap. 7. tít. 4. *collat.* 3., lo concilian sin embargo, Pedro, Cyno y Alber. á d. authent. *si quis ei C. de adult.* diciendo que debe distinguirse el caso en que los reos hubiesen delinquido en la Iglesia y por esto se les hubiese detenido en ella, del en que hubiesen delinquido en otra parte y huido despues á la Iglesia: pues en el primer caso, del cual hablan esta nuestra ley y la authent. citada, no podria estraerselos sin requirir al Obispo, por haber aquellos delinquido dentro el territorio del juez eclesiástico. Salic., empero, allí, pretende que en entrambos casos seria necesario requirir previamente al Obispo, y hasta en aquellos en que el derecho permite que sean estraidos los criminales de la Iglesia, por no gozar de inmunidad; de suerte, no obstante, que si el Obispo requirido no consintiese la estraccion, podria entónces el juez secular verificarla, d. cap. 7. Novell. 17. Abb. d. cap. *inter alia*, col. 9. versic. *ulterius quæritur, quis extrahet istos, de inmunit. eccles.* opina que aun cuando el reo haya delinquido dentro la Iglesia, si es lego, corresponde el castigarle al juez secular; y que este podrá estraerlo de la Iglesia, cuando hubiere delinquido fuera de ella, y aunque hubiere delinquido dentro, si, de otra parte, puede proceder á la estraccion por no gozar la Iglesia de inmunidad. V. al mismo allí y á Ang. tratad. *maleficior.* vers. *in scalis sancti Petronii* y Glos. al cap. *id constituimus* 17. q. 4. vers. *occupari.* En el caso, pues, de esta nuestra ley de poco ó nada servirá el que se requiera al Obispo, puesto que, no dejará de procederse á la estraccion aun cuando aquél no lo consienta, como no lo consentirá, si no quiere incurrir en irregularidad; de cuya circunstancia se hace tambien cargo Bald. á d. authent. *si quis ei.* Todavia, empero, puede dudarse si este es uno de aquellos casos en que puede estraerse al reo de la Iglesia, por el hecho mismo de haber delinquido en ella, segun lo indica Ang. á la *Novell.* 117. §. últ. *collat.* 8, y V. cap. últ. y lo anotado allí por Hostiense y Abb., *de inmunit. eccles.*: bien que, como en la presente ley se trata de un caso en que no está probado, sino que se presume el delito, tal vez no seria aplicable á este caso lo que dispone d. cap. últ.—*Apenas lo dicho en esta nota puede tener aplicacion en el dia, por las razones que fácilmente ocurrirán á nuestros lectores. V. ll. 2. y 4 tít. 11 P. 1. y lo anotado allí.

(60) Conc. l. 34. C. *ad Leg. Jul. de adult.*

(61) Añád. l. 19. y Ang. allí *de Episcop. et Cleric.*

(62) Esto es, le absolviese de la observancia del juicio, como dice la Glos. á d. l. 34. C. *ad L. Jul. de adult.* glos. últ. hácia el fin, de donde infiere Salic. allí el saludable consejo para los jueces, de que, cuando les quede alguna duda no absuelvan definitivamente de la demanda. V. la nota prox. sig. —*y V. la adic. allí.

(63) Absolviéndole definitivamente: y he aquí un caso en que despues de la sentencia absolutoria, se conoce otra vez del mismo delito, con-

LEY 13. *Que pleytos son aquellos que non pueden librar por Prueuas, a menos de ver el Judgador la cosa sobre que es fecha.*

Contiendas, e pleytos acaecen entre los omes, que son de tal natura, que non se pueden departir por prueua de testigos, o de carta, o de sospecha; a menos que el Judgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda, o el pleyto. E esto seria, quando fuesse mouido pleyto antel sobre terminos (64) de algund logar, o en razon de alguna torre, o casa (65), que pidiessen al Juez que la fiziesse derribar, porque se queria caer. E si querellasse alguno antel, que le fiziera otro gran desonrra en su cuerpo (66), la qual desonrra (*g*) assi era tan grande, que non se podria aueriguar por testigos tan solamente, a menos de ver el Judgador, qual fue la desonrra, e en qual logar de su cuerpo fue fecha. Ca en qualquier destas razones non deue el Judgador (67) dar el pleyto por prouado, a menos de ver el primeramente, qual es el fecho por que ha de dar su juyzio, e en que manera lo podra mejor e mas derechamente departir.

(*g*) si era tan grande o non, non se podria aueriguar etc. Acad.

LEY 14. *Como se deue dar Prueua, si acaessiese dubda, en razon de ome que biuiesse en otra tierra, si es muerto, o biuo.*

Dubda podria acaecer ligeramente, de algunos omes que andan en tierras estrañas, si son biuos, o muertos; porque aurian a contender sus parientes en razon de los bienes dellos, razonando los vnos que son mas cercanos del parentesco, e que deuen heredar lo suyo, que es muerto; e los otros que quieren contradezir a esto, razonan que es biuo. E porende queremos aqui dezir, en qre manera deue el Judgador recebir prueua sobre tal contienda como esta. E dezimos (68), que si aquel de cuya muerte dubdan, dizen que en estraña e luenga tierra es muerto, e grand tiempo es pasado, assi como diez años arriba; que abon-

tra la regla establecida en la l. 9. C. *de accusat.* y l. 7. §. 2. D. *de accus.* y cap. *de his* 6. d. tít. y es la razon de ello la de que, una sentencia proferida en méritos de una presuncion debe invalidarse por la superveniencia de otra presuncion contraria y mas fuerte; á cuyo propósito Alex. á la l. 10. D. *solut. matrim.* califica de singular la disposicion de d. l. 7. §. 2. y de la presente. Debe, empero, advertirse la palabra *maliciosamente* de que usa nuestra ley aquí, indicando con ella, que solo cuando el juez, á sabiendas, hubiese absuelto injustamente al acusado, podria procederse de nuevo contra este; mas no si el juez le hubiese absuelto de buena fé aunque despues sobreviniesen nuevas presunciones. Esto no obstante pretende Bald. lo contrario y tambien Salic. á d. l. 7., fundándose no solo en que la sentencia absolutoria de que se habla aquí apareceria proferida en méritos de falsas pruebas, sino tambien en que, en el caso aquí propuesto, el que, habiendo sido acusado de adulterio con una muger, cohabita despues ó se casa con ella, parece con esto confesar su culpa. Mas habiéndose formado nuestra ley en vista de la diversidad de opiniones á que daba lugar d. l. 7. debe mas bien creerse que se continuó en ella de intento el adverbio *maliciosamente*; y que quiso escluirse el caso en que, por ignorancia y sin dolo, hubiese el juez absuelto libremente al acusado. Tal vez podria decirse que por el solo hecho de absolver el juez libremente, cuando solo procedia absolver de la instancia y observancia del juicio, se presume que no ha obrado bien, sino *maliciosamente*, impidiendo el que pudiese procederse contra el reo, cuando sobreviniesen nuevas presunciones: ó tal vez que lo dispuesto en esta ley habrá de tener lugar, ya hubiere el juez absuelto definitivamente, ya tan solo de la observancia del juicio.—*Acerca la práctica de absolver á los reos de la instancia y observancia del juicio V. á D. Florencio Garcia Goyena §§. 1569 y 1573. sec. 6. tít. 5. lib. 3. Código criminal Español. y lo anotado á la l. 5. tít. 22. de esta Partida y á la l. 26. tít. 1. Partida 7ª.

(64) Añád. l. 8. de este tít.

(65) Añád. l. 7. D. *de offic. præsid.*

(66) Añád. l. 2., hácia el fin, vers. *ut adspectu atrox injuria æstimetur* D. *de fer.*

(67) Nótese, por lo dispuesto aquí, cuales sean los pleitos en que se exige la inspeccion ocular del juez.—*Pero no se entienda que sean los únicos los espresados en esta ley, sino que el juez debe proveer el visorio ó reconocimiento, siempre que lo crea necesario para mayor ilustracion; y en general, siempre que alguna de las partes lo pidiere, no siendo notoriamente inútil é impertinente.

(68) Apruébase, al parecer, la opinion de Odofred. y Guid. de Zuza, la que Alber. á la authent. *hodie* C. *de repud.* dice haber visto comunmente observada, refiriendo sobre el particular allí otras varias opiniones: y acerca los diferentes modos de justificar la muerte de alguno, V. Juan de Plat. á la l. 3. C. *de naufrag.* y á la l. 4. C. *de murileg.* y añád. Bald. al cap. 1. col. últ. *quo tempore miles* y Specul. tít. *de notor. cri-*

da, que prueuen (69) que esto es fama entre los de aquel logar, e que publicamente dizen todos que es muerto. Ca non podria ome tan ligeramente auer testigos, para prouar fecho que ouiesse contecido en tan luenga tierra, e de tan grand tiempo: e mayomente que lo ouiessen visto muerto, o soterrar: mas si aquel que dizen que es finado, razonan que murio de poco tiempo aca, assi como de cinco años ayuso, o en tal tierra de que se pueda ligeramente prouar, e saber la verdad; estonce deue ser prouada la muerte por testigos que le vieron muerto, e soterrar; e non abondaria, que fuesse prouado por fama tan solamente.

LEY 15. *Como los pleytos se pueden prouar por ley, e por fuero.*

Non tan solamente se podrian prouar los pleytos, e las contiendas que son entre los omes, por conocencias, o por testigos, o por cartas valederas, o preuillejos, o por escritura publica, o por sospecha, o por fama, assi como de suso diximos; mas por ley, o por fuero que auerigue el pleyto sobre que es la contienda. E porende dezimos, e mandamos, que toda ley deste nuestro libro, que alguno alegare antel Judgador para prouar, e auerignar su entencion; que si por aquella ley se prueua lo que dize, que vala, e que se cumpla. E si por auentura alegasse ley, o fuero de otra tierra (70) que fuesse de fuera nuestro Señorio, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerça de prueua; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, o postura que ouiessen fecho en ella (71), o en razon de alguna cosa (72) mueble, o rayz de aquel logar. Ca estonce, maguer estos estraños (73) contendiessen sobre aquellas cosas antel

min. vers. *quid sit fama* y Juan Andr. allí en las adiciones, vers. *exceptionem*, donde dicen, de acuerdo con la presente ley, que el fallecimiento puede probarse tambien por la fama pública: y V. asimismo notablemente á Alex. consil. 4. col. 3. vol. 2. y consil. 25. vol. 4. donde esplica varios otros modos de hacer la indicada prueba; y añád. DD. á la l. 5. C. *solut. matrim.*

(69) ¿Qué deberá decirse cuando se probare que no se tienen noticias de alguno que está ausente desde mucho tiempo; pero no que se le tenga públicamente por muerto? En tal caso se acostumbra entregar los bienes de dicho ausente á los parientes mas próximos, bajo fianza, l. 1. §. 1. D. *ad Tertul.* y l. 1. D. *de bonor. posess. furios. infant.* y se considera á aquellos como curadores de los mismos bienes, sobre lo cual V. lo anotado por Bald. á la l. 8. D. *de negot. gest.* pudiendo verse á Specul. tít. *de locat.* §. últ. versic. 164. y Bald. á la authent. *qui rem.* col. últ. C. *de sacros. Eccles.* donde tratan de lo que deberá hacerse, cuando no se sabe si ha muerto un enfiteuta, y se duda si el dueño directo podrá ó no incorporarse de la cosa enfitéutica: y añad. á lo dicho las notables especies que trae Alex. consil. 26. vol. 1 col. últ. hácia el fin. Y debe notarse aquí que cuando alguno intenta una demanda, fundándose en la vida ó existencia de otro, está obligado á probar que este vive, para lo cual no le bastará alegar la presuncion de la ley de que se vive hasta los cien años, segun la Glos. á la l. 2. §. 4. D. *quemadmod. testam. aper.* y lo mismo dice Bart. á la l. 8. D. *de reb. dub.* donde califica Socin. aquella especie de muy notable. Así se observa que á los que piden las anualidades de su sueldo, salario ó dotacion, se les obliga á presentar los justificativos de haber vivido todo el tiempo á que se refieren las anualidades pedidas: y lo mismo que acaba de decirse tuve ocasion de alegarlo en cierta causa en la que se acusaba á una muger de haberse casado segunda vez, viviendo aun su primer marido; y esta última circunstancia se infería de la presuncion de la ley de que, ignorándose la muerte de aquél, se le consideraba viviente hasta cumplir los cien años.

(70) Añád. l. 1. y Glos. allí C. *de summ. Trinit. et fid. Cathol.* y lo anotado á la l. 6. tít. 4. de esta partida.

(71) Añád. l. 6. D. *de evict.* y Bart. á l. 1. col. 6. C. *de summ. Trinit.* y l. 15. tít. 1. Partida 1.

(72) Añád. l. 3. C. *de ædific. privat.* y l. 13. §. 1. D. *commun. præd.* y Bart. á d. l. 1. cuest. 4. C. *de summ. Trinit. Socin.* consil. 74. col. 5. vol. 1. y Alex. consil. 16. vol. 1.

(73) Parece inferirse de esto, que, por el contrario, los que sean súbditos españoles deberán atenerse y sujetarse á las leyes del reino, aun en los pleitos ó contiendas que les ocurran sobre bienes sitos en el estranjero; en orden á lo cual, V. á Bart. á d. l. 1. quest. 6. y 7. Socin. y Alex. en las lugares citados en la nota que antecede, y á este último, consil. 128. vol. 1.—*V. la adic. á la nota 68. tít. 1. Part. 1. y á D. Joaquin Escriche, palabra *extranjeros*, Diccionario de legisl. y jurispr. Y á propósito de lo dicho aquí creemos oportuno advertir que, como, despues de de restablecido el tít. quinto de la Constitucion de 1812. y á tenor de los arts. 248. y 250. de la misma, pareciese derogado el privilegio de fuero de que hasta entónces disfrutaran los estranjeros transeuntes, y como no todos los tribunales lo hubiesen entendido así, antes por algunos se siguiese reconociendo en las capitanías gene-

Juez de nuestro Señorio, bien pueden recebir (h) la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuese por ella aueriguar, e delibrar el pleyto. Otrosi dezimos, que si sobre pleyto, o postura, o donacion, o yerro (74) que fuesse fecho en algund temporal que se judgauan por el fuero viejo (75); fuere fecha demanda en juyzio en tiempo de otro fuero nueuo que es contrario del primero; que sobre tal razon como esta deue ser ser prouado e librado el pleyto por el fuero viejo, e non por el nueuo. E esto es, porque el tiempo en que son començadas, e fechas las cosas, deue siempre ser catado; maguer se faga demanda en juyzio en otro tiempo sobrellas.

TITULO XV.

DE LOS PLAZOS QUE DEUEN DAR LOS JUDGADORES A LAS PARTES EN JUYZIO, PARA PROUAR SUS ENTENCIONES.

De las prueuas que las partes han de fazer en juyzio, assaz complidamente mostramos en el titulo ante deste. Agora queremos aqui dezir, de los plazos que los Juezes deuen dar a las partes para prouar en juyzio sus contiendas, quando les fueren negadas. E primeramente queremos mostrar, que cosa es el plazo. E por que razones fue fallado. E quien lo puede dar. E en que manera. E a quien. E quantas vezes puede ser dado. E de quanto tiempo.

LEY 1. *Que cosa es Plazo, e por quantas razones fueron fallados los Plazos.*

Plazo es espacio de tiempo, que da el Judgador a las partes para responder, o para prouar lo que dizen en juyzio, quando fuere negado. E

(h) por prueba la ley o el fuero de aquella tierra Acad.

rales á juzgados de guerra la privativa jurisdiccion para conocer de los negocios civiles en que interesasen estrangeros, ó sea de las demandas intentadas contra estos; el supremo tribunal de justicia con órden de 21. Marzo 1843. (á la cual, como á algunas otras seria de desear se hubiese dado, ó se diese mas publicidad) previno á alguna de las Audiencias del Reino « tuviese presente que, conforme al arts. 248. tít. 5. de la Constitucion de 1812 vigente como ley, no habia mas que un solo fuero para toda clase de personas, y que, por el art. 250. del mismo título los militares eran únicamente los que debian gozar fuero particular en los términos que previene la Ordenanza.» Al hablar nosotros de los fueros privilegiados, en la nota 161. tít. 2. de esta Partida, contámos entre ellos el de estranjería, sin hacernos cargo de la modificacion que en él habia podido introducirse con el restablecimiento de dd. arts. de la Constitucion; y sin mencionar la citada órden del Tribunal supremo, que no habia llegado por entónces á nuestra noticia. Enterados despues de ella y aunque, sobre la interpretacion que dicha órden contiene, nos quedaba siempre alguna dificultad; respetando, con todo, la opinion tan esplicitamente manifestada por el supremo Tribunal, íbamos á suplir en la presente nota la omision ó inadvertencia que creiamos haber padecido, cuando *casualmente* ha venido á nuestras manos una Real Orden comunicada por el Ministerio de la guerra á la Capitania general de Barcelona, en 3. Febrero del corriente año (1845) (*no publicada* que sepamos) en la que se declara que « no han sufrido hasta ahora alteracion alguna las disposiciones vigentes sobre el fuero de estranjería, no obstante la órden comunicada por el supremo Tribunal de justicia en 21. Mayo de 1843. á la Audiencia de la referida capital;» (es la que antes se ha transcrito): apropósito de la cual observarémos, aunque de paso, que nos engañamos mucho, ó los autores de la Constitucion de 1812. no pretendieron abolir el fuero de estranjería, al redactar los arts. 248, y 250. antes citados; y que, si bien la letra terminante « de estos parece escluir el referido fuero con la espresion: para toda clase de personas;» pero, habiendose hecho la Constitucion únicamente para los españoles, ni era ella el lugar oportuno de abolir el fuero que pueden los estranjeros mirar como un derecho adquirido, ni hubiera debido entenderse que lo aboliese, no habiendolo espresamente declarado. La interpretacion, pues, de la Real Orden, sobre ser mas autorizada, es mas lógica y conveniente que la del tribunal supremo: y aquella misma hubieron de adoptar D. Joaquin Escriche, los SS. Goyena y Aguirre, Ortiz de Zúñiga y Gomez de Laserna, quienes, á pesar de haber publicado sus respectivas y conocidas obras despues del restablecido el tít. 5. de la Constitucion de 1812, todos consideraron todavia subsistente el fuero de estranjería.

(74) Añád. l. 1. D. *de pœn.* y l. 21. C. *ad leg. Cornel. de fals.* Bart. á la l. 9. col. 16. *repetit.* vers. *juxta prædicta quæro* D. *de just. et jur.* y Ang. tratad. *maleficior* vers. *dictum Sempronium in trecentas libras.*

(75) Añád. l. 7. y Glos. allí, vers. *cautum* D. *de legib.* cap. 2. y ult. *de constit. Novell.* 115. tít. 16. princ. *collat.* 8. y Bald. á la l. 9. col. 6. y 7. D. *de*

fueron fallados los plazos (1) por esta razon: porque las partes puedan buscar Abogados que les consejen, o porque ayan tiempo en que sepan responder a la demanda que les fazen, otorgandola, o contradiziendola, e negando, si entendiere que con derecho se puede partir della; o porque pueda aduzir en juyzio testigos, o preuillejos, o cartas, para prouar, e aueriguar lo que cumple a sus pleytos; o para tomar, e seguir alçada; o para fazer o cumplir toda otra cosa que el Judgador le mandasse. (2)

just. et jur. y Abb. á d. cap. últ. col. 3. y 4.

(1) Añád. l. 1. C. *de dilat.* Mas no dejará de ser válido el proceso en que ninguna dilacion se hubiere concedido, l. 5. y Bald. allí C. d. tít. pudiendo producirse los documentos y hacerse las demás pruebas [como no sea la de testigos] aunque para ello no se haya señalado plazo, Bald. á la l. 2. C. d. tít. Tocante á las cinco especies que puede haber de dilacion, V. 3. quest. 2. *in summa* y V. tambien el cap. *Si Episcopus* de dd. caus. y quest., segun el cual las dilaciones son arbitrarias.—*Mas no lo son en el dia, antes si muy precisas y perentorias, segun las leyes recopiladas, que respectivamente las señalan; y V. regla 2ª. art. 48. Reglam. prov. para la admin. de just.

(2) *Segun lo dicho aquí, parecia quérer tratarse en el presente título, no precisamente de los plazos ó dilaciones probatorias, sino de todos los demás que se conceden á los litigantes en juicio; y sin embargo, en las dos leyes restantes no se habla mas que de los primeros, ni se decide alguna de las dudas que, con respecto á las dilaciones en general, ocurren en la práctica con sobrada frecuencia, y dan lugar á cuestiones tan importantes á veces, como difíciles de decidir. Tales son, 1ª. la de si deben ó no contarse en las dilaciones los dias feriados; 2ª. la de cuales sean las justas causas, por las que puedan legalmente suspenderse los términos ó dilaciones concedidas; 3ª. la de si, despues de finido el término probatorio, puede proceder se al exámen y recepcion de los testigos juramentados dentro del mismo, 4ª. la de si los términos prorogados corren continuadamente con el primer término concedido, ó solo desde que haya quedado la concesion de la próroga notificada á las partes. De esta última cuestion se tratará mas oportunamente al comentar la l. 3. de este título, que habla de las prórogas en particular: mas, por lo que hace á la primera, debe advertirse que hay algunos términos legales, en los que está espresamente declarado que deben contarse los dias feriados. Así sucede con el concedido para apelar, l. 24. tít. 23. de esta Partida y con el señalado para contestar la demanda, l. 3. tít. 6. lib. 11. Nov. Recop. en los cuales, por consiguiente, no puede haber cuestion. Pero en el término de prueba, en el que prescribe la ley para proponer tachas y otros, ¿deberán asimismo contarse los dias feriados? Parece, de una parte, que deberia estarse por la negativa; pues cuando la ley ha creido necesario declarar y espresamente declarado que algunos términos corran tambien durante los dias feriados; es seguro y evidente que no habrá querido disponer lo mismo, con los demás, respecto de los cuales no lo declara espresamente. Mas á esto se opone la consideracion de que en el término para proponer tachas y algunas veces en el probatorio concurre la misma razon que ha podido hacer se contasen los dias feriados en términos los señalados para apelar y para contestar la demanda: y es la de que, en semejantes dias, lo propio que en los hábiles ó de tribunal, pueden practicarselas dilijencias para cuya evacuacion aquellos términos están concedidos. De esta suerte, si los términos señalados para apelar ó para contestar la demanda, son de los que se llaman deliberatorios, y están concedidos para deliberar, preparar é interponer el recurso ó presentar la contestacion, y si, por ser estrajudiciales todos estos actos, incluso el de presentar los escritos en escribania y el de anotar en ellos el escribano el dia en que se han presentado, se considera que pueden y deben en su caso verificarse en dia feriado; ninguna razon de diferencia habrá para que no se diga lo propio del término que concede la ley para proponer las tachas, l. 1. tít. 12. lib. 11. Nov. Recop. que es asimismo un término deliberatorio en toda la estension de la palabra, y en muchos casos asimismo del término probatorio, que si bien está concedido para la práctica de ciertas diligencias judiciales, como son las de recibir y examinar los testigos y juramentarlos, pero tambien lo está para deliberar, y preparar la prueba, buscar documentos y testigos, esplorar é instruir á estos. etc. Si, pues, ocurren, por ejemplo, algunos dias feriados al principio de una dilacion probatoria, ¿como puede ser esto un motivo legal para que durante los mismos se considere no haber corrido la dilacion? No lo será; porque á las partes les quedarán los dias suficientes y sobrados para hacer cuantas pruebas les convengan, y principalmente porque apenas en ningun caso se hacen ni pueden hacerse dilijencias probatorias en los primeros dias de la dilacion, antes sirven estos á las partes y deben servir naturalmente para preparar la prueba y todo lo mas para la presentacion de los interrogatorios que es un acto estrajudicial, y puede hacerse en dia feriado, lo

mismo que la presentacion de un recurso ó de contestacion á una demanda: de todo lo cual se infiere que siempre deberian correr las dilaciones probatorias, aun durante los dias feriados, á menos de constar (lo que apenas es posible) que para evacuar todas las dilijencias probatorias judiciales que proponen las partes, es indispensable consumir todo el máximo del término que la ley concede, ó que despues de los dias consumidos en preparar y proponer la prueba no quedan los suficientes hábiles para practicarla, por ser feriados todos ó la mayor parte de los que quedan de dilacion. Mas cuando esto se verificare, parece no puede haber duda en que no deberán contarse los dias feriados, no por ser feriados, sino porque constituyen un legítimo impedimento y es entónces aplicable la regla general de *contra legitimé impeditum non currit tempus*. Algunos tribunales fundados tal vez en lo que se lee en la Curia Filípica, núm. 8. §. 16. Part. 1. Juicios civiles, parece que han adoptado el medio de contar en las dilaciones aquellos dias feriados ordinarios, relijiosos en su mayor parte, que ocurren en casí todas las dilaciones, como los domingos, dias de guardar etc.; pero no aquellas ferias ó vacaciones estraordinarias, por decirlo así, en que se usa la fórmula de «ábrense y ciérranse los tribunales» como las de Semana Santa, Navidad, etc. cuya practica nos parece conforme, en parte, á los principios que dejamos sentados; pero que, en nuestro concepto, no debe ser sistemática, para ser razonada y conveniente. Esas vacaciones estraordinarias, en muchos casos constituirán legítimo impedimento por su misma naturaleza; pero esto no sucederá siempre; y cuando así no suceda, cuando, por ej. hayan ocurrido ocho dias de vacacion al principiar á correr la dilacion de veinte dias, que despues se prorogará hasta ochenta? ¿que razon hay para que se alargue inútilmente aquel plazo descontando de él las vacaciones, ¿Qué razon habrá, por el contrario, para considerar que ha corrido fatalmente el término, cuando este sea breve, improrrogable, como los que se conceden en los juicios sumarios, y durante el mismo hayan ocurrido dos, tres ó mas dias feriados aunque sean de los comunes ú órdinarios? Autores hay, y son los mas, que han imaginado otro medio y pretenden que, aun siendo feriados todos ó la mayor parte de los dias de la dilacion, debe esta correr indistintamente, habilitandose aquellos para las dilijencias de prueba que hubiere que ejecutar, Ortiz de Zúñiga Bibliot. judic. cap. 9. secc. 4. Part. 1. Gomez de Laserna nº. 5. §. 3. tít. 7. lib. 5. y otros. Pero esto es apelar á medios estraordinarios, cuando, como hemos visto, se resuelve muy sencillamente la dificultad por las reglas ó principios generales; y además una práctica semejante, no siendo autorizada por la ley y obligatoria, de poco ó nada puede servir para evitar cuestiones ó para buscar á las que se promuevan una sencilla y legal solucion, que es lo que debe procurarse. Si la parte á quien interesase hacer la prueba no hubiese cuidado de pedir la habilitacion de los dias feriados, (cuya omision en nada podria perjudicarla, siendo, como es, cuestionable si aquellos se cuentan ó no en la dilacion concedida), y si, finida esta, pidiese la parte que se declarase no haber corrido la dilacion durante los dias feriados ¿de qué serviría el que estos hubiesen podido habilitarse? Quedaria en pie la misma dificultad. Así que, parécenos lo mas legal y equitativo el que los dias feriados, sean de la clase que fueren, se consideren, como legítimo impedimento, cuando realmente y de hecho lo hayan constituido, para practicar las dilijencias judiciales que no hubiesen podido practicarse antes; y que en tal caso se declare suspendido el término por todo el tiempo que hayan durado las ferias: y aun esto, en nuestro concepto, debería entenderse tan estrictamente, que, cuando por la razon espresada hubiesen de habilitarse algunos dias mas, despues de espirado el término fatal, solo pudiesen utilizarse aquellos para la práctica y ejecucion de las dilijencias judiciales ya propuestas de antemano, y que no se hubiesen podido evacuar oportunamente por haber ocurrido los dias feriados; mas no para proponer nuevas pruebas, presentar otros interrogatorios ó escritos pidiendo la remision de exortos para el exámen de testigos ausentes de que antes no se hubiese hablado etc. porque para todo esto, pudiendose hacer en dias feriados, nunca podria decirse que hubiese habido legítimo impedimento. Y no se crea un esteril y estremado rigorismo el exigir á las partes que hayan presentado sus peticiones, en un dia ú ocasion tal, en que si las hubiesen presentado; tampoco habrian podido proveerse ni diligenciarse: antes bien no podria dejar de observarse así, sin que se resintiese de ello la igualdad, que es la primera y mas sagrada condicion en los juicios. La ley concede un término igual á las partes para deliberar, preparar, proponer, y ministrar sus pruebas ó medios de defensa: Enbuenhora que aquél término no se considere expirado cuando la misma ley ú otra causa invencible ha privado á las partes de utilizarlo; pero esto, respecto de los dias feriados, puede suceder tan solo con el acto de ministrar y recibirse la prueba, no con los actos de prepararla y proponerla; y seria injusto que una de las partes pudiese, para este efecto, procurarse un término mas largo, valiéndose de un pretexto legalmente falso; pues que el ocurrir durante la dilacion los dias feriados no impide practicar en ellos diligencias estrajudiciales. Todo lo dicho

deberá siempre entenderse, á menos que los dias feriados sean repentinos ó tenga que suspenderse el despacho por causas involuntarias, é imprevistas como invasion de enemigos etc. en cuyo caso, como advierten los SS. Goyena y Aguirre §. 5152. secc. 2. tít. 72. lib. 3. del Febrero estará el juez obligado á considerar suspenso el término de prueba; advertencia inútil, en nuestro concepto, porque, en semejantes casos, obra principalmente la razon que hemos indicado antes, de no deber considerarse en ellos los feriados, sino el justo y legítimo impedimento; el cual, si procede de una invasion, alboroto etc., no solo lo será legal para las dilijencias judiciales, sino tambien, de hecho, para las estrajudiciales; y así se hallan dichos casos fuera de la cuestion jurídica que antes hemos procurado dilucidar.

¿Cuáles son las justas causas por las cuales puede suspenderse el término de prueba, ó cuales deberán considerarse ser las de manifiesta necesidad, únicas que, segun la regla 4ª. art. 48. Reglam. prov. para la admin. de just. pueden ser bastantes para declarar la suspension? En esta parte todo se ha dejado y debia dejarse al arbitrio del juez sin perjuicio de reclama. contra sus providencias, ó exijirle, en su caso, la responsabilidad, como oportunamente observan comentando d. art. del reglam. los redactores del Boletin de jurispr. y legisl. tomo 3. p. 158. 1ª. serie y tomo 1. páj. 369. tercera serie. Mas, sean cuales fueren las causas que se estimen suficientes para suspender los términto concedidos ¿deberán probarse, caso de no ser notorias, ó bastará que las alegue simplemente la parte que pida la suspension? Lo segundo es lo mas conforme con la letra del reglam. prov. que dice «por causa de manifiesta necesidad que *se esprese* en el proceso.» Y si bien, atendidos los ardides de que comunmente usan los litigantes y su poca escrupulosidad en valerse de todos los medios apropósito para conseguir retardos y dilaciones, pareceria tal vez mas acertado exijir á la parte que alegase la causa de suspension, alguna justificacion sumaria de la misma; pero tambien esto podria servir á los litigantes temerarios para entorpecer el procedimiento con pruebas ó informaciones emulatorias; y entónces seria peor que el mal el remedio: por cuyo motivo nos parece lo mas acertado atenerse á la letra del cit. artº. del reglamento.

—Si despues de espirado el término probatorio puede el juez proceder al exámen y recepcion de testigos, con tal que hayan sido juramentados dentro del mismo término, es la tercera de las cuestiones que al principio de la presente nota nos habíamos propuesto dilucidar. Acerca de ella puede verse lo mucho que se ha escrito por casi todos los prácticos y señaladamente por el conde de la Cañada, quien nº. 20. y sigs. cap. 8. Part. 1., Instituciones prácticas del juicio civil, refiere los AA. que opinan afirmativa y negativamente, y despues de impugnar á los primeros, adopta una opinion media, que al parecer es la mas comun, diciendo que si el término espirado es el legal ó sea el máximo que la ley concede para hacer la prueba, no podrán despues de él examinarse testigos, aunque sean juramentados antes; pero sí, cuando hubiere espirado solo el término judicial, porque este, dice el citado escritor, lo concede el juez por un auto interlocutorio que puede él mismo reformar espresa ó tácitamente prorogando dicho término concedido, y se entenderá y deberá entenderse que lo proroga, por el mismo hecho de reservarse la recepcion de los testigos juramentados dentro de él. A las juiciosas y sólidas reflexiones de aquel respetable escritor nos permitirémos unicamente añadir que la opinion del mismo, no menos que la de los otros prácticos por él citados, de poderse indistintamente examinar ó recibir testigos juramentados dentro el término, despues de fenecido este, sea el legal ó judicial, han sido, en nuestro concepto, juzgadas con demasiada severidad ó ligereza por otros prácticos mas modernos. D. Manuel Ortiz de Zúñiga cap. 9. secc. 4. Parte 1ª. Bibliot. judic. impugna al Conde de la Cañada, fundándose esclusivamente en el peligro que habria, examinándose los testigos fuera de término, de que los litigantes *instruidos ya* de las pruebas, solicitasen el exámen de testigos ya juramentados para contrarestar lo que hubiesen visto justificado por la parte contraria. Mas, ¿quién no ve que con esto se confunde la conclusion del término con la publicacion de probanzas, y el exámen ó recepcion de los testigos, con la presentacion de los mismos y la alegacion de los hechos, á tenor de los cuales deben aquellos declarar? Aunque el término probatorio haya espirado, nada saben ni pueden saber las partes de las pruebas ministradas por la contraria, hasta despues de proveida y hecha la publicacion, l. 14. tít. 10. lib. 11. Nov. Recop. Si algo supieren, será porque el escribano habrán ó los testigos ya recibidos violado el secreto, y este abuso de confianza puede ocurrir durante el término, lo mismo que despues de finido este y antes de publicarse las pruebas. Tampoco, aunque se reciban testigos fuera del término probatorio, puede temerse que las partes soliciten el exámen de aquellos para contrarestar lo que hayan visto justificado por la parte contraria, no solo porque, como se ha dicho, ignorarán todavía lo qua la parte contraria ha probado, sino tambien porque, así el Conde de la Cañada, como los demás AA. que son de su opinion, no quieren que, despues de finido el término probatorio, puedan ministrar-

se mas testigos ó hacerse á los ya ministrados otras preguntas además de las que por las partes, dentro el término, se hubiesen propuesto; sino únicamente que, propuesta la prueba en tiempo hábil, y habiendo los litigantes practicado durante la dilacion, todo cuanto estaba de su parte para la prueba de testigos, puedan estos examinarse despues del término señalado, mientras dentro de él se les hubiese recibido juramento: y en este concepto todo cuanto dice el Sr. Ortiz de Zúñiga en el lugar citado no es ni puede ser razon para desechar la opinion que allí impugna.

Mas lógica y congruente es la oposicion que hacen á la misma los SS. Goyena y Aguirre §§. 5171 y sigs. secc. últ. tít. 73. del Febrero reformado, bien que, en nuestro concepto, tampoco destruyen los fundamentos en que aquella se apoya. Dicen allí que, « una vez señalado el término de prueba por el juez, concluye este su mision y no le es lícito prorogarlo, sino á instancia de parte; y como esta no la hace, puesto que, sabiendo que sus testigos no están examinados, calla y no pide la próroga, claro es que tampoco podrá acordarla el juez de oficio.» « Por otra parte (añaden) la próroga produce un verdadero término de prueba dentro del cual pueden las partes hacer de nuevo todas las que les plazca, además de las ya practicadas, y por consiguiente, en el supuesto de que hubiese una prorogacion tácita; podrian los litigantes presentar nuevas pruebas; mas como esto no es así, es evidente que no puede haber tal prorogacion.» Los citados escritores creen, además, que «cualquiera que sea la clase del término que haya espirado, no pueden, despues de fenecido este, examinarse testigos, aunque antes hayan sido juramentados, porque *todas las leyes á una voz prohiben* la práctica de diligencias de prueba fuera del término señalado.»—Tocante á esto último, parecerá tal vez una paradoja, pero lejos de prohibir todas las leyes á una voz la práctica de dilijencias probatorias fuera del término, apenas podrá citarse ley alguna que contenga semejante absoluta prohibicion. Por lo que hace á las de Partida, la l. 1. del presente tít. al esplicar que cosa es plazo y porque razones se concede, dice del probatorio, ser el que *da el judgador á las partes... para adocir en juicio testigos..... para probar é averiguar lo que cumple á sus pleytos* Nótese que dice para aducir las partes sus testigos, no para examinarlos el juez; y lo propio se observa en la l. 3. de este tít. En la 34 del tít. 16 de esta Part., al prohibirse terminantemente que, una vez pasados los plazos, puedan recibirse nuevos testigos á la parte que los ministre despues de haber manifestado que no queria ministrar mas, parece autorizarse indirectamente el exámen y recepcion de los que ya estuviesen presentados ó aducidos, pero que hubiesen dejado de examinarse en tiempo hábil sin culpa de la parte que los ministró. Y por último, á pesar de que la ley 33. del presente título. señalaba á las partes el término ordinario y perentorio de nueve dias para presentar los testigos; pero la ley 26 disponia espresamente que *si por auentura ouiesse el juez tan gran priesa de otros pleytos, que non pudiese luego recebir su testimonio deuenlo ellos esperar fasta quinze dias a lo menos.* Hasta aquí las leyes de Partida; por lo que hace á las recopiladas, tambien la l. 1. tít. 10. lib. 11. manda que, « concluso el pleito, los jueces den sentencia en que reciban *las partes* á prueba sobre todo lo dicho por ellas y alegado.» Es verdad que, al esplicar á continuacion el tiempo porque deben concederse los plazos, dice que el ordinario sea de ochenta dias y el estraordinario de ciento veinte, *para probar* y *haber probado*; pero luego añade y *para presentar la probanza*; espresion que en cierto modo debilita la fuerza de las anteriores é indica no ser el espíritu de la ley, al señalar á las partes un término perentorio, señalarlo tambien al juez, cuando por causas independientes de su voluntad, no pueda dentro del mismo evacuar todas las dilijencias propuestas por los litigantes: y en tanto el texto citado no debe entenderse así, como que la l. 9. tít. 11. d. lib. 11. Nov. Rec. prohibe espresamente el que se traigan y examinen testigos despues de publicadas las probanzas, salvo por restitucion; de donde puede inferirse y lojicamente se infiere que mientras sea antes de la publicacion, bien podrán examinarse á lo menos, si es que no puedan hasta aducirse nuevos testigos, aunque haya espirado el término probatorio: siendo de notar que este último texto confirma la opinion de que puede procederse al exámen ó recepcion, despues que ha espirado el término, no solamente, cuando este sea el señalado por el juez, sino tambien aunque fuere el máximo legal, y no solo por lo que respeta á los testigos juramentados ya en tiempo hábil, sino tambien á los que no lo hubieren sido; como si hubiese querido establecerse un límite, solo para que las partes hubiesen de proponer dentro de él la prueba respectiva y tener prontos y á disposicion del juez los medios de que pensasen valerse para practicarla: pero no para escluir la facultad en el juez de evacuar las dilijencias fuera del término, cuando de esto no pudiese seguirse perjuicio á las partes, como de hecho ninguno se les sigue de que se examinen testigos en cualquier tiempo, mientras sea antes de la publicacion. En estos términos no hay necesidad de acudir á las interpretaciones de que se vale el conde de la Cañada, suponiendo proveida una tácita prorogacion por el hecho mismo de reservarse el juez la práctica de las

dilijencias probatorias para despues de finido el término concedido: interpretacion que tiene, en nuestro concepto, el doble inconveniente de ser contrariada por las razones alegadas por los SS. Goyena y Aguirre, que antes se han transcrito, y de escluir la recepcion de los testigos en los casos en que haya espirado todo el término legal, que es improrogable; sin embargo de que en ellos obran las mismas idénticas razones de conveniencia que en el de haber transcurrido tan solo una dilacion judicial y prorogable, y aun no dudamos en afirmar que son mayores, dado que á la parte puede en cierto modo imputarsele á omision, si, sabiendo que no se ha practicado la prueba que tiene propuesta y pudiendo pedir que el término se prorogue para practicarla, no lo hace; pero no sucede lo mismo, cuando ha visto pasar todas las dilaciones, y pedido que se fuesen prorogando hasta el término máximo, sin que, en todo él, haya el juez practicado las dilijencias probatorias, á pesar de estar oportunamente preparadas, propuestas y ofrecidas. Tres reparos no obstante, prevemos que podrán oponerse todavía á la opinion por nosotros adaptada. 1.° Si el juez y no la parte ha sido causa de que los testigos no se hayan examinado dentro del término, ¿no fuera mas obvio, legal y espedito hacer al juez responsable de los perjuicios ocasionados, y así, sin menoscabo de la justicia, se cumpliria la ley y se observaria la perentoriedad de los términos concedidos? Y de lo contrario ¿se habrá de dejar enteramente al arbitrio del juez la duracion de los juicios que la ley ha querido limitar á tiempo preciso y determinado? A esto último contestamos que, en muchos casos, es del todo imprescindible dar alguna latitud al prudente arbitrio del juez, acreditando la esperiencia que esto no es un mal, pues en la cuestion de que tratamos, por ejemplo, es práctica generalmente recibida la de examinarse fuera de término los testigos juramentados dentro de él, y poquísimos son los negocios que sufren retardo por esta razon, y no sabemos que semejante práctica haya dado lugar á cuestiones y altercados como las ocasionan otras muchas que no han sido tan impugnadas: á mas de que puede bien asegurarse que, en general, el tiempo que pasa y debe pasar naturalmente, desde que espira el término probatorio, hasta que se provee la publicacion de probanzas, bastará para practicar las dilijencias que, durante las dilaciones, se hubieren omitido, y aun pudiera en todo caso considerarse á los jueces en la obligacion de no retardar la referida publicacion para la práctica ó evacuacion de las mencionadas dilijencias; con lo cual cesaria todo peligro de retardos y entorpecimientos. A lo de exijir al juez la responsabilidad, por no haber practicado dentro del término las dilijencias que se hubiesen pedido, observamos que es esto responder por la cuestion; pues el juez nunca puede ser responsable por no haber practicado una dilijencia que la ley no le prohibe practicar mas adelante, y una omision del juez tan solo puede perjudicar á las partes, cuando á aquel no le es dado ya legalmente repararla, que es precisamente lo que se discute, en nuestro caso, al examinar si, pasado el término probatorio puede ó no proceder el juez á la recepcion de los testigos, dentro de él ministrados y no recibidos. 2.° reparo: si se propone la cuestion en el supuesto de no haber el juez recibido los testigos dentro del término por no haber podido, ¿no es mas sencillo considerar esa imposibilidad, como lejítimo impedimento, y declarar, cuando haya ocurrido, la suspension del término que no ha sido dable utilizar? Nótese acerca de esto que la referida suspension seria necesario, en dichos casos, proveerla ó declararla formalmente y se consumiria mas tiempo y ocasionarian mas gastos con semejante providencia, consiguientes notificaciones é incidentes á que todo ello pudiera dar lugar, que con la suposicion de estar el juez facultado para recibir y dilijenciar la prueba fuera del término en casos como el que se ha espresado. Además, la suspension del término es la declaracion de que este jurídicamente no ha corrido, y de que se puede utilizar por consiguiente lo que falta todavía. Y ¿seria justo, porqué el juez no hubiese podido recibir las pruebas ya propuestas, conceder á las partes un nuevo término dentro del cual podrian legalmente ministrar las que bien les pareciese? Para las partes no habria habido suspension ni impedimento habiendo podido practicar y practicado dentro de las dilaciones todas las dilijencias estrajudiciales, y ¿no obstante se les prorogarian aquellas, tal vez fuera del máximo de la ley, haciendolas de mejor condicion de lo que la ley dispone? 3.r reparo: Supuesta en el juez la facultad de ordenar de oficio y en cualquier estado de los autos la práctica de cualesquiera dilijencias para mejor proveer, no hay necesidad alguna de considerarle igualmente facultado para recibir, fuera del término, las pruebas ministradas por las partes; sino que, por su noble oficio, podrá suplir la imposibilidad en que se hubiere hallado de dilijenciar las que se hayan oportunamente ofrecido. Así lo proponen los ya citados SS. Ortiz de Zúñiga, Goyena y Aguirre, despues de impugnar la opinion del conde de la Cañada. Pero, sin que sepamos convencernos de que semejante medio sea mas legal, considerámosle espuesto á mas inconvenientes y creemos sobre todo que da al prudente arbitrio del juez demasiada latitud, cuando, en nuestro concepto nada debe dejarse pendiente de aquél, mas que lo absolutamente

LEY 2. *Quien puede dar Plazos, e quando se deuen dar, e en que manera, e a quien.*

Deuen los Judgadores dar plazo a las partes para prouar, quando las razones que dixeren por si, les fueren negadas, estando ellas amas delante (3), e seyendo el Judgador en aquel logar, do el vsaua de oyr, e librar los pleytos. E non tan solamente los deuen dar al demandador (4), e al acusador, mas aun al demandado, e al acusado, si menester les fuere; si quisieren prouar alguna razon, que cumpla a su pleyto. E aun dezimos, que mientra el plazo durare, que el Judgador da a alguna de las partes, non deue fazer ninguna cosa nueua (5) en el pleyto, nin se trabajar dello; fueras ende sobre aquella razon por que fue dado el plazo, assi como recebir testigos, o ver las cartas, o los preuillejos que aduzen antel en prueua.

indispensable, bien sea por falta de prevision en la ley, bien por material imposibilidad de observar lo que en ella se ordena. Si el juez únicamente por su noble oficio y para mejor proveer puede, en cualquier estado del juicio, proceder á la recepcion de las pruebas ofrecidas y no dilijenciadas dentro del término, equivale esto á decir que podrá legalmente dejar de hacerlo sin que las partes puedan quejarse de semejante omision; porque si pudieran ó el juez estuviese obligado á dictar aquella providencia, tanto valdria decir que puede (y en consecuencia debe) examinar fuera del término los testigos ministrados dentro de él. Y ¿es justo, aunque solo sea en un caso determinado, hacer al juez árbitro supremo de que se verifique ó no el acto para las partes mas importante, —la prueba por las mismas ofrecida en el tiempo y forma que la ley previene? Finalmente si, segun los AA. citados, facultado el juez para procurar averiguar la verdad por todos los medios que estén á su alcance, puede, para mejor proveer, ordenar y practicar despues de finido el término el examen de testigos sobre hechos ya articulados por las partes ¿cómo se les negará la facultad de hacerlo tambien despues de publicadas las probanzas? Y he aquí entónces todos los inconvenientes que equivocadamente atribuye el Sr. Ortiz de Zúñiga á la práctica recomendada por el conde de la Cañada. La parte, cuyos testigos hayan de examinarse, enterada de las pruebas contrarias, y tal vez despues de haber contribuido indirectamente á que durante el término ni antes de la publicacion no se recibieran sus testigos, podrá sugerir á estos las contestaciones mas á propósito para destruir las pruebas que puedan perjudicarle y se hará una prueba inductiva de perjurio. Por todas estas razones sin duda han opinado que puedan recibirse fuera del término probatorio los testigos ministrados dentro de el, Don Derecho publicó, §. 17. art.º 1. secc. 1. cap. 7. tít. 1. lib. 3. y lo mismo, aunque con alguna limitacion, Hevia Bolaños Curia Filípica n.º 19. §. 16. Part. 1. Juicio civil.

(3) Añád. Glos. al cap. 2. *de dilat.* y 3 quest. 3. §. *spatium* y l. 4. C. d. tít. Y ¿podrá el juez conceder el término ó dilacion mientras recorre su territorio? Parece que si, segun la l. 4. D. *de interrog. in jur. fac.* y lo mismo pretende Juan Andr. á d. cap. 2. y Abb. allí col. 4.

(4) Apruébase aquí la opinion de Azon *in summa C. de dilat.* vers. *Indulgentior autem.*

(5) Conc. l. 3. C. *de dilat.* Pero, bien puede durante el término concederse otro, prorogando el primero, l. 69. y Bart. allí D. *de adquir. hæred.* Y sobre si puede el juez, al conceder la dilacion, providenciar que si la parte no compareciere, ahora para entónces falla de este ó del otro modo; y si será válida ó no semejante providencia, V. notablemente á Inocen. al cap. *cum in tua, qui matrim. accus. poss.* y Bald. á la authent. *jubémus* hácia al fin C. *de judic.*: y todo lo que acaba de decirse tendrá lugar respecto de las dilaciones legales, lo propio que respecto de las judiciales, porque estas se equiparan á las primeras, cuando se han concedido con conocimiento de causa, Bald. á la l. 20. col. últ. C. *de furt.*; V. sin embargo, al mismo á la l. 1. col. 14. C. *de his qui accus. non poss.* Mas cuando se ha concedido dilacion á instancia de alguna de las partes para probar ó hacer otra diligencia, si aquel á quien se hubiere concedido, manifestare que no hará uso de ella, ¿deberá, no obstante, esperarse á que haya finido? Juan Andr. al cap. *irrefragabili, de offic. ordin.* está por la negativa, y tambien Bald. *de milit. vasall. qui contum. est.* col 3. y penúlt. V. empero, á Abb. al cap. *ab excomunicato, de rescript.* col 5. y Bald. á la l. 7. princ. C. *quom. et quand. jud.* [Si el término ó dilacion concedida lo hubiere sido para prueba, como entonces se entenderá que es comun á ambas partes, aunque solo una de ellas la haya pedido, parece indudable que, á pesar de manifestar la una parte que renuncia á la dilacion, siempre será menester esperar á que esta haya finido, por el derecho que ha adquirido de utilizarla la parte contraria; y para seguir adelante, prescindiendo de la dilacion, será necesario que entrambas partes hayan renunciado á ella]. Y pendiente la dilacion ¿podrá el juez, que la ha concedido, revocarla, y pasar á otros procedimientos? V. Glos. al cap. *prædixerat, de pænit.* dist. 1. [Parece no habrá inconveniente en declarar revocada la dilacion probatoria, cuando haya sobrevenido notoriedad de los hechos que se querian probar, ó estos hayan sido

LEY 3. *Quantos Plazos para prouar, deuen ser dados a las partes en juyzio, e quanto tiempo deue ser puesto en cadavno dellos.*

Tres plazos (6) puedeauer cada vna de las partes, para aduzir cartas, o testigos para prouar su entencion en juyzio en razon de alguna cosa que sea mueble, o rayz: e non les deuen dar los Judgadores segund aluedrio de su voluntad (7); si non quando acaesciere razon derecha por que lo deuia fazer, segun que en esta ley mostramos; ca el primero plazo deue auer de llano sin contienda ninguna; mas el segundo (8) non lo deue otorgar a la parte que lo pide, si non prouare

confesados por la parte, en cuyo perjuicio se alegaron] ¿Podrá el juez proferir sentencia, antes de finir el término que habia señalado para asesorarse? V. Bald. adicion al Specul. tít. *de execut. sentent.* hácia el fin vers. *sed pœne*, *quod judex.* donde concluye que será válida la sentencia proferida durante la referida dilacion y que será menester apelar de ella, si no se quiere consentirla; porque, á pesar de haber tomado el juez un término para asesorarse, no por esto quedó suspendida su jurisdiccion. Finalmente, añádase á lo dicho que los jueces deben ser muy circunspectos en conceder dilaciones, pero muy benignos en hacerlas guardar, una vez las hubieren concedido, Bald. al cap. 1. §. *et quia*, *de his qui feud. dar. poss.* col pen.

(6) Conc. cap. *in causis.* 15. cap. penúlt. y Glos. allí *de testib.* y *Novell.* 90. cap. *quia vero* 4. *collat.* 7. * Hoy son cuatro los plazos ó dilaciones judiciales que deben concederse, sin necesidad de jurar, para obtener el cuarto, ni de probar que no han podido utilizarse los primeros. El término ordinario para la prueba en los negocios civiles es el de ochenta dias, perentorio é improrrogable: pero que pueden los jueces abreviar y jeneralmente lo abrevian, concediendo veinte dias, que prorogan despues hasta el completo de la ley, si es necesario, l. 1. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec. y V. lo anotado á la l. 33. tít. 16. de esta Partida.

(7) Porque no deben concederse dilaciones inútiles en los juicios, l. 2 C. *ut intra cert. temp. crim. term.* y en cuanto sea posible, debe evitarse el concederlas de ninguna especie l. 2. y Bald. allí C. *de temp. appel.* *. La citada l. 1. tít. 10 lib. 11. Nov. Rec. exige tambien, al parecer, que los jueces atiendan á la calidad de la causa y al lugar en donde han de hacerse las pruebas, para conceder un término mas ó menos largo dentro del ordinario; pero como no prohibe espresamente el que se concedan todos los ochenta dias sin conocimiento de causa, así se observa constantemente concederlo; y solo en los juicios sumarios se acostumbra declarar improrogable la primera dilacion, con la fórmula de abrirse el pleito á prueba *por via de justificacion.* Al contrario, cuando los testigos que se quieren ministrar se hallan de puertos allende ó en paises muy lejanos se concede un término mayor que se llama estraordinario ó ultramarino, del que se hablará al comentar la l. 33. del tít. próximo siguiente.

(8) Añád. Glos. al cap. *in causis de testib.* é Inocenc. y Abb. allí. Pero si el juez hubiere acortado el primer plazo, bien podrá conceder otro, sin conocimiento de causa, con tal que los dos reunidos no escedan el señalado por la ley. Abb. al cap. *ultra tertiam* col. 3. d. tít: Y acerca de si, concediéndose sin conocimiento de causa aquellas dilaciones que no pueden concederse sino con ella, será *ipso jure* nula la concesion de las mismas, ó si será necesario, para que no forme estado apelar de la providencia en que se hubieren concedido, V. Bart. á la l. 1. §. 1. D. *de jur. delib.* y la Glos allí y el mismo Bart. á la l. 2. D. *de re judic.* Alex. y Jas. á la l. últ. D. *de fer.* — * V. la adic. á la nota que antecede. Pero, si se ha concedido un plazo ó dilacion judicial menor del máximo que la ley señala, ¿cuando deberá pedirse la próroga, y desde cuando empezará á correr el nuevo término concedido? La próroga del término concedido debe siempre pedirse antes que aquel haya espirado: lo contrario seria pedir, mas bien que próroga, la concesion de un nuevo término. Algunos prácticos opinan, sin embargo, que puede tambien la próroga pedirse despues de finida ya la dilacion; con tal que se jure y justifique haber estado imposibilitado de hacer la prueba durante el transcurso de aquella: y D. Manuel Ortiz de Zúñiga cap. 9. secc. 4. parte 1. Bibliot judic. siguiendo en esto al autor de la Curia Filípica nº 4. §. 16. Part. 1. Juicio civil, funda la espresada doctrina en la presente ley de Part. y en la l. 34. del tít. próx. sig. en lo que no podemos convenir con la opinion del citado escritor. La presente ley dispone absoluta é indistintamente que no pueda concederse próroga, á menos que se pruebe la imposibilidad de haber aprovechado la dilacion concedida: y en esto no hace diferencia entre el caso en que la próroga se hubiere pedido durante la dilacion ó despues de finida. La citada l. 34. establece al parecer, (y aun no creemos sea tan lata su disposicion, como se dirá mas adelante) que pueda pedirse y obtenerse próroga del término probatorio, no solo despues de espirado este, sino tambien despues de pedida la publicacion de probanzas, mientras esta no se haya llevado á efecto, jurando la parte no saber lo que han declarado los testigos ya recibidos, y

luego, que le acaecio embargo, porque non pudo aduzir, o auer estonce las prueuas, por cuya razon le fuesse otorgado el plazo. Esso mismo dezimos del tercero plazo, que diximos del segundo: mas si por auentura fuere gran menester, bien puede el Judgador dar el quarto plazo para prouar, jurando la parte primeramente, e prouando los embargos que ouo, por que non pudo pro-

con tal que *non fueren pasados todos los plazos en que auia poderio de prouar*: de suerte que por dicha ley, aun despues de haber la parte manifestado que *non quiere dar mas testigos*, puede ministrarlos sucesivamente *si despues desso se arrepiente* y dice *que quiere dar otros*. Dos cosas han podido significarse con estas palabras: la primera, que habiéndose concedido un término probatorio judicial, despues de manifestar las partes que no quieren hacer mas pruebas y de pedir publicacion de probanzas, finido ya el término señalado, puedan todavía recibirse nuevos testigos, mientras no haya espirado todo el tiempo que comprenderia el término máximo legal, si se hubiese concedido: la segunda, que las partes puedan ministrar nuevos testigos, dentro el término judicial concedido, aunque antes de concluir este y creyendo que ya les bastaban las pruebas ministradas, hubiesen manifestado no querer hacer otras, pedido publicacion de probanzas y concluido para sentencia. Si debiese entenderse lo primero, resultaria una palpable contradiccion entre d. l. 34. y la presente; en cuanto, por esta última, se exige conocimiento de causa y legítimo impedimento para obtener la próroga, aun pidiéndola dentro del plazo concedido, y por aquella no se exigiria siquiera alegar motivo alguno para obtenerla, no solo despues de finido el primer plazo, sino despues de pedida la publicacion de probanzas. Creemos pues, que semejante contradiccion no existe, y que d. l. 34. debe entenderse en el segundo sentido esto es, como si su verdadero espíritu hubiese sido disponer, no que pudiesen ministrarse nuevas pruebas á pesar de haber espirado el primer término judicial, sino que pudiesen ministrarse dentro del mismo término y prorogarse este en tiempo hábil, á pesar de haber la parte manifestado dentro del mismo que no queria ministrar otras. Y en este sentido creemos que d. l. 34. se observaria y debe observarse entre nosotros, porque no sabemos esté derogada por otra alguna posterior. No sucede lo mismo con la presente que, en cuanto dispone, deberse alegar y probar justa causa ó impedimento para obtener próroga, ha caido enteramente en desuso, y aun puede decirse que está derogada por la l. 1. tít. 10. lib. 11. Nov. Recop. la cual concede, sin distincion, el término ordinario de ochenta dias para probar dando facultad á los jueces de abreviarlo á su arbitrio; en lo que va necesariamente embebida la facultad de ir alargando, sin conocimiento de causa, las dilaciones que dentro del máximo de la ley hayan ellos concedido; y asi se observa. Por lo demás, empero, si bien no consideramos legal ni conveniente el que se entienda tan absoluta la espresada facultad de prorogar, que puedan los jueces conceder prórogas, aunque se hayan pedido fuera de término, y si bien para este caso parece muy equitativa la opinion de que haya de probarse alguna justa causa ó legítimo impedimento; con todo es bueno advertir en primer lugar que la citada opinion de ningun modo puede fundarse en la presente ley ni en la 34. del tít. próx. sig. No en la presente que exigia la justificacion de causa, tanto si se habia pedido la próroga dentro del término, como fuera de él, y que, segun se ha dicho, está derogada; y tampoco en d. l. 34. porque esta ó no habla del modo como deben pedirse y concederse las prórogas, si se entiende en el sentido en que nosotros la hemos esplicado, ó si habla de ello, es eximiendo á las partes de probar en ningun caso el legítimo impedimento, puesto que directa ni indirectamente lo requiere. En nuestro concepto, es muy justa cosa que no se deje indefensa y sin medios de hacer la prueba á la parte que ha estado legítimamente impedida de hacerla durante el término judicial que al efecto se le hubiere concedido: pero esto se consigue, no permitiendo que en aquel caso pida y obtenga una próroga, sino declarando que el término concedido no ha corrido ó ha estado en suspenso, mientras subsistió el legítimo impedimento. De lo contrario se seguirian dos absurdos, 1° que si fuese el término legal el que la parte hubiese estado impedida de utilizar, ya no habria medio para esta de hacer la prueba, porque aquel término es fatal é improrogable; 2° que se concederia á la parte un beneficio ó restitucion sin justa causa; porque el haber estado un litigante impedido de hacer la prueba durante una dilacion, no equivale á haberlo estado de pedir que aquella se prorogase, que fuera la única causa justa para que se le concediese la próroga, pidiéndola fuera de término, ó mejor para que se considerase pedida en tiempo hábil, pues que este nunca corre habiendo legítimo impedimento. Y en este concepto, creemos que para poder concederse próroga de una dilacion judicial, si se ha pedido despues de finida esta, es necesario probar, no que haya habido imposibilidad de hacer las pruebas (pues esto mas bien debió ser motivo para pedir oportunamente la próroga), sino que lo ha habido de pedir la próroga misma. La presente ley de Partida exige, es verdad, que la parte pruebe *el embargo, porqué non pudo aduzir, ó*

nar en los otros plazos primeros. Pero en los pleytos que son de justicia, deuen dar al acusa-

auer estonce las pruebas, por cuya razon le fuesse otorgado el plazo: pero es que la presente ley no habla propiamente del caso en que se pidiese la prórroga del término arbitrariamente concedido por el juez, arbitrio que no conocian las leyes de Partidas; sino del caso en que, despues de concedido el primer plazo legal, se pidiese la concesion del segundo, tercero ó cuarto plazos tambien *legales*, que eran segun esta ley perentorios é improrogables, y no se concedian, en lo civil, sin conocimiento de causa: todo lo cual está variado por las leyes recopiladas, y por tanto creemos que las de Partidas no prueban lo que pretende D. Manuel Ortiz de Zúñiga en el lugar antes citado; y que la opinion que allí omite dicho escritor de poderse conceder, con conocimiento de causa, la prórroga pedida fuera de tiempo, es cierta, generalmente hablando, no por disposicion espresa de la ley, sino por consecuencia de los principios generales de derecho, conforme se ha esplicado; debiendo empero, advertirse que la justa causa que deberá alegarse y justificarse, no será la de no haber podido ministrar las pruebas, sino la de no haber podido pedir la prórroga durante el transcurso natural del término concedido por el juez.

Por lo demás, si bien la parte no puede pedir la prórroga, despues de finida la dilacion, porque no puede prorogarse lo que no existe, sucede empero muchas veces, que pedida la prórroga en tiempo hábil, no se provee la peticion hasta despues; lo que, en cierto modo, no deja de ser una abusiva corruptela, y en parte puede justificarse por la presuncion de haber estado el juez impedido por sus preferentes ocupaciones. Cuando esto, pues se verifica, y no se provee la prórroga hasta los dos, cuatro, seis dias de finida la dilacion, ó cuando, proveida ya, se difiere la notificacion á las partes, ¿desde cuando se considerará transcurrir la prórroga? ¿desde el dia en que su concesion se hubiere notificado, ó desde el último de la dilacion finida, y continuadamente con esta, formando un solo término sin interrupcion? He aquí otra de las cuestiones que hemos visto suscitarse en la práctica, y que dejamos propuestas en la nota 2 del presente título; cuestion, empero, que, apenas, en nuestro concepto, puede llamarse tal, por no haber duda en que la dilacion prorogada debe formar parte y ser una sola con la primitiva, confundiéndose con ella; ú otramente seria mas que una prórroga, un nuevo término separado é independiente. A esto hemos oido replicar que, siendo muchas veces una sola de las partes la que pide la prórroga, y pudiendo ignorar la otra que se haya pedido, hasta que se le notifique la concesion de la misma, seria introducir y autorizar la desigualdad en los juicios, el establecer que corriese la prórroga continuadamente con la dilacion primitiva; porque así la parte que no la hubiese pedido no podria muchas veces utilizar algunos dias del nuevo término, descontando los que hubiesen trascurrido desde el último de la dilacion finida hasta el de la notificacion: y no podria imputarse á culpa de la parte el que, pudiendo pedir la prórroga, no lo hubiese tambien verificado; porque generalmente de las dos partes litigantes la una no tiene interés en hacer prueba, sino en el caso hipotético de que la haga tambien su adversario. Mas aun así, no seria del todo inculpable la ignorancia que alegase esta parte, de que la otra hubiese pedido prórroga; por cuanto, si no era de su interés el pedirla, lo era siempre el saber si se habia pedido, para utilizarla en este caso, bastándole para adquirir aquella noticia el pasar á la escribanía luego de finida la primera dilacion; debiendo por lo tanto considerársela responsable de la ignorancia de un hecho que le importaba saber y del que estaba en su mano enterarse. Tampoco nos parece atendible la otra objecion que á algunos hemos oido, de que fuera perjudicial é injusto el contar las prórogas continuadamente con el primer término ó dilacion concedida, porque, no pudiendo hacerse la prueba mientras la concesion de la prórroga no esté notificada, la misma parte que la hubiese pedido, estaria en la imposibilidad de utilizarla íntegramente; y así vendria á tener menos dias útiles para la prueba de los que la ley y el juez hubieran querido concederle. Todo esto, empero, ó bien se refiere á las diligencias probatorias-estrajudiciales, como las de ordenar y presentar interrogatorios, designar ó ministrar testigos etc. y entonces es un error el decir que la parte no pudo practicarlas durante los dias transcurridos entre la peticion de la prórroga y la concesion y notificacion de la misma; ó bien se refiere á las diligencias judiciales de proveer la admision de interrogatorios, juramentar y examinar testigos etc., y entonces no puede suponerse á la parte perjudicada, ya porque el proveer la admision de la prueba y recibir el juramento á los testigos es imposible que no pueda verificarse en el mismo dia en que se hayan propuesto y ministrado, ya porque el exámen y recepcion de los testigos puede asimismo tener lugar despues de finido el término probatorio, mientras hayan sido aducidos dentro de él, como hemos dicho en la nota 2 de este título; y así nunca puede causar perjuicio á las partes el que se cuente la prórroga continuadamente con el término prorogado. Lo que podria sí, por el contrario, producir consecuencias perjudiciales é injustas, fuera el procurar á las par-

dor, para prouar lo que dize, dos plazos (9), e al acusado tres llanamente, non les demandando, si fueron embargados en non aduzir las prueuas. E si mas plazos pidiessen, non les deuen ser otorgados; a menos de prouar, e de aueriguar los embargos, segun que diximos de suso en esta ley. E para estos deuen auer tanto tiempo, como dize en el Titulo de los testigos, en las leyes (10) que fablan en esta razon.

TITULO XVI.

DE LOS TESTIGOS.

Averiguamientos de prueua quales son, e quantas maneras son dellos, e otrosi de los plazos que las partes toman en juyzio para prouar sus intenciones, mostramos en los titulos ante deste. E porque tanximos y de los testigos en general, queremos aqui dezir señaladamente dellos. E mostrar que cosa son testigos. E que pro nace dellos. E quien los puede traer en juyzio. E en que tiempo. E quales lo pueden ser. E como deuen jurar: E en que manera deuen recebir los dichos dellos. E quantos testigos abondan para prouar en todo pleyto. E quantos plazos deuen auer las partes en juyzio para aduzirlos. E sobre todo mostraremos quien los puede apremiar, quando non quisieren venir a dezir su testimonio. Otrosi como se deuen abrir, e dar traslado a las partes de los dichos dellos. E de todas las otras cosas, que a la natura de los testigos pertenece.

LEY 1. *Que cosa son Testigos, e que pro nace dellos: e quien los puede aduzir antel Judgador.*

Testigos son omes, o mugeres, que son atales, que non (a) pueden desechar de prueua que aduzen las partes en juyzio, para prouar las cosas negadas, o dubdosas. E nace grand pro dellos, porque (b) saben la verdad por su testimonio, que en otra manera seria escondida muchas vezes. E puedelos traer la parte en juyzio, por quien se començo el pleyto, o su Personero, si entendiere que le son menester, e le ayudan a su pleyto. Ca ninguno non deue ser apremiado para aduzir testigos en juyzio contra si (1), fueras ende el Adelantado de alguna tierra, o el Juez de algund lugar. Ca estos atales, desque acabassen su oficio, deuen fazer derecho a todos aquellos que ouieren querella dellos, e deuen ser costreñidos de aduzir (2) en juyzio los Officiales, e los otros omes (3) que biuieron con ellos en aquellos

(a) se pueden Acad.

(b) se sabe Acad.

tes ocasion de conseguir, siempre que les conviniese, un término mas lato que el máximo de la ley para preparar y aducir sus pruebas; y esto, en la hipótesis de no contarse las dilaciones prorogadas sino desde que estuviese notificada la prórroga, se conseguiria necesariamente, no presentando la peticion de la prórroga hasta el último momento de la dilacion concedida y procurando mas ó menos directamente retardar la provision y notificacion de la misma.

(9) Conc. l. últ. *de fer.* y glos. mag. allí. — * Por lo que hace á los términos ó dilaciones probatorias que pueden concederse en las causas criminales, véase la disposicion 7.ª art. 51 del Reglam. prov. para la administracion de justicia.

(10) V. l. 33 y siguientes, tit. 16 próx. sig. de esta Partida.

(1) Conc. l. 7. C. *de testib.* y 4. cuest. 3. cap. *qui intendit* y cap. 1. *de probat.* Pero puede cualquiera de los litigantes ministrar en favor suyo los mismos testigos que la otra parte haya ministrado para sí, segun Bald. y Ang. á d. l. 7.

(2) Conc. l. 9. C. *de assessor.*, y v. l. 3. D. *de publican. et vectig.* — * Y v. sobre lo dispuesto aquí, lo dicho en el apéndice al tit. 4 de esta Partª.

(3) Porque es responsable el magistrado de la conducta de todos los que lleva consigo, aunque no sean destinados á servir algun oficio ó dependencia, con tal que la magistratura ú oficio de aquel haya dado lugar á que delinquiesen, segun la *Novell.* 82. cap. 9. *collat.* 6. V. Bald. á la l. 4. §. 2. princ. D. *de offic. procons.* Semejante responsabilidad, empero se limita á los efectos civiles sin estenderse á los penales, y por tanto no puede procederse criminalmente contra el juez ni castigársele por un delito de sus dependientes. Glos. á d. l. 4. §. 2. y Bald. allí mismo, donde añade que, de todos modos, queda el juez libre de toda responsabilidad, entregando las personas de los que hayan delinquido, Bart. á la l. 1. §. 5. D. *de public.* lo cual debe limitarse segun lo hacen Paris. en su tratado *syndicatus*, fól. 49. vers. *Potestas tenetur*, y Bald. á la rúbr. C. *de pœn. jud. qui mal. judic.* Mas ¿se librará asimismo de responsabilidad, entregando al delincuente, el juez que hubiese procedido ya con malicia ó culpa al elegirlo ó nombrarlo para el oficio en cuyo desempeño ha delinquido? V. l. 11. princ. D. *locat.* [donde en un caso análogo se hace personalmente responsable al que, por culpa, ha puesto á los delincuentes en ocasion de delinquir] y Paul. á la l. 1. §. 6. D. *de publican.*

officios, porque ellos den testimonio (4) de aquellas cosas que fizieron, o por que passaron demientra que los tuuieron. E otrosi, que fagan derecho (5) a los de la tierra, que ouiessen querella dellos. E aun porque los yerros que fazen estos atales, son fechos muy escondidamente, e non podrian ser prouados, si non por aquellos que biuen con ellos (6), a la sazon que los fizieron.

LEY 2. *Que los Testigos deuen ser recebidos despues que el pleyto fuere començado por demanda, e por respuesta.*

Los testigos non deuen ser ante recebidos, quel pleyto sea començado (7) por demanda, e por respuesta; fueras ende sobre las cosas señaladas, que son de tal natura, que si ante non se recibiessen, podria ser que perderia el demandador, o el demandado su derecho. E esto seria, quando los testigos por quien ouiessen de prouar su entencion, fuessen viejos (8), o enfermos, de manera que temiessen que se moririan, ante que dixessen su testimonio, o si por auentura los testigos fuessen aparejados para ir en hueste, o en romeria (9), o en otro logar do ouiessen a fazer gran tardança, de guisa que fuessen en dubda de su tornada. Ca en qualquier destos casos pueden recebir los testigos, maguer el pleyto non sea començado por respuesta. Empero el Jud-

(4) Nótese bien lo dispuesto aquí; porque de otro modo opinaba Odofredo, citado por Alberic. á d. l. 9. C. *de assessor.*

(5) Segun esto, el magistrado tiene obligacion de presentar á todos sus oficiales al tiempo de su residencia ó sindicato; y añad. Azon y Hostiens. *in summa* C. *de testib.* Pero ¿deberá observarse lo mismo, cuando esos oficiales no hayan sido nombrados ó elegidos por el magistrado, sino por el comun [ó por el gobierno que es lo que hoy comunmente se verifica]? En tal caso no será el magistrado responsable de la conducta de dichos oficiales, Bald. adicion á Specul. tít. *de accusator.* col. penúlt. y tampoco lo será de la de un oficial, despues que este hubiere fallecido, l. 4. D. *qui satisd. cog.* en la cual se habla tambien del caso en que el oficial delincuente hubiere sido desterrado, [y se declara que si la muerte ó el destierro del oficial delincuente ha ocurrido cuando todavía el juez no habia debido hacer entrega del mismo, queda dicho juez libre de responsabilidad, pero nó, si ha ocurrido despues que hubiese debido hacerse la entrega y hubiese por consiguiente habido mora]. Y ¿qué deberia decirse si el oficial delincuente hubiese huido? V. Bald. á d. l. 4. §. 2. D. *de offic. procons.* col. 1. Y ¿si se probase por testigos que un oficial ó dependiente del juez habia maltratado á Ticio, pero no pudiesen aquellos determinar cual de los oficiales habia sido el agresor? V. Bald. en dd. adiciones col. pen. vers. *sed quid si statutum.*

(6) Añád. l. 8 §. 6. vers. *super plagis* C. *de repudiis,* y Glos. d. cap. *plures* 16. cuest. 1. Algunas veces, empero, ni aun los mismos criados ó siervos saben lo que hacen sus amos ó señores. V. Bald. á la l. 4. C. *de serv. fugit.*

(7) Nótese, que nadie puede ser condenado en mérito de las pruebas que se hayan ministrado antes de la litis-contestacion, y añád. Bald. á la l. 13. C. *de his qui accus. non poss.* y véase l. últ. tit. 10 de esta Part. Pero debe advertirse que, por parte del reo, siempre pueden recibirse testigos aun antes de la contestacion del pleito, segun la *Novell.* 90. cap. 9. collat. 7, y véase la razon de ello en la Glos. allí. [La Novell. citada aquí por el Glosador arguye, al parecer, que puedan recibirse testigos antes de la contestacion del pleito, no por parte del reo, general y absolutamente; sino cuando este se hubiere presentado creyendo y alegando que alguno queria engañarle ó perjudicarle, y habiéndose accedido á la recepcion de testigos, y citado al adversario presunto para verlos jurar y oir despues sus declaraciones, no hubiese este comparecido]. Y nótese tambien que cuando se teme la prepotencia del adversario, puede procederse privadamente á la recepcion de aquellos testigos de quienes se teme que se ausentarian despues ó que moririan, y los dichos de los mismos harán fe en lo sucesivo, cuando se haya incoado el juicio. V. Abb. al cap. *præterea.* el 2. *de spons.* — * La presuncion de que un litigante poderoso pudiese intimidar y alejar á los testigos contrarios ó impedirles á la fuerza que se presentasen á declarar, no se admitiria en el dia ni podria admitirse, por considerarse siempre la pública autoridad con medios bastantes para reprimir la fuerza privada á diferencia de lo que sucedia en el siglo de nuestro Glosador: y así no tendria lugar entre nosotros la recepcion de testigos antes de la contestacion del pleito por los motivos que aquí se espresan.* V. nota 15. de este tít.

(8) Y ¿qué edad deben tener los testigos para que se les considere viejos á los efectos espresados en esta ley? Esto se deja al prudente arbitrio del juez, segun Inoc. al cap. *quoniam frequenter* 5. princ. *ut lit. non contest.* quien deberá atender para ello la complexion particular de cada uno, y lo mismo opina Abb. allí col. 7.

(9) Varios ejemplos de esto pueden verse en Inoc. y Host. á d. cap. *quoniam frequenter* princ. *ut lit. non contest.* y añád. ll. 1. 2. 3. 4. y 5. D. *de donat. caus. mort.*

gador que ouiesse de recebir tales testigos, deuelo fazer saber ante (10) a aquel contra quien los recibo, si fuere en la tierra, que los venga ver quando juraren, si quisiere. E si por auentura non quisiere venir, o non fuesse en el lugar (11), non los deue dexar de recebir por esso el Judgador: mas estonce deuelos fazer jurar ante omes buenos, e escreuir lo que dixeren, e sellarlo con su sello, porque sean guardados los dichos dellos, fasta el tiempo en que sean menester. Otrosi dezimos, que si aquel contra quien recibiessen los testigos, non fuesse estonce en la tierra, que gelo deuen fazer saber, quando quier que venga, fasta vn año (12); o mouer pleyto contra el, sobre aquella cosa en que fueren los testigos recebidos. E si non lo fizieren assi, desque passare el año, non deuen valer (13) los dichos de los testigos que auian recebido, assi como de suso es dicho. Pero si aquellos testigos fuessen biuos, e los quisiere el demandador aduzir en juyzio para prouar su pleyto, non los puede el demandado desechar, maguer diga que otra vez fueron recebidos, e non valio su testimonio, porque non gelo fizieron saber fasta vn año, assi como sobredicho es. E lo que diximos en esta ley, que los testigos pueden ser recibidos ante que el pleyto sea començado por respuesta, non ha lugar en pleyto (14) de justicia, en que pudiesse venir muerte, o perdimiento de miembro, o echamiento de la tierra. Fueras ende, si el Rey de su oficio mandasse fazer pesquisa (c) sobre algunas cosas, assi como adelante mostraremos. (15)

(c) sobre algunos, assi como etc. Acad.

LEY 3. *Que en pleytos de pesquisa pueden recebir los Testigos, non seyendo al pleyto començado por demanda, e por respuesta.*

En otra manera pueden aun los testigos ser recebidos, a menos de ser el pleyto començado por respuesta, segun diximos en la ley ante desta. Esto dezimos que es en todo pleyto de pesquisa general que mande fazer el Rey, segun dize en el Titulo (16) de las pesquisas. Ca atales testigos como estos luego se deuen tomar, pues non son aduchos sobre razon (17) de demandador, e demandado; mas llamanlos por saber dellos la verdad de las cosas dubdosas, que son mal fechas ascondidamente, de que algunos son enfamados. E tales testigos como estos, dezimos que los deuen fazer jurar aquellos que tomaren el testimonio dellos. E esta jura deuen recebir dellos, ante que ninguna cosa del testimonio digan: esso mismo dezimos en qualquier otro pleyto, en que vengan algunos para ser testigos: que ante los deuen fazer jurar, que reciban el testimonio dellos, assi como adelante mostraremos.

LEY 4. *Otra manera y ha, en que los Testigos pueden ser recebidos, no seyendo el pleyto començado por respuesta.*

Recebidos pueden ser los testigos en otra manera, non seyendo el pleyto començado por respuesta. E esto podria ser, quando porfijasse alguno a otro derechamente, assi como dize en el Titulo

(10) Tambien está dispuesto lo propio por d. cap. *quoniam frequenter* 5 princ. — * y añád. d. *Novell.* 90. cap. 9. *collat.* 7.

(11) Mas aunque estuviese ausente ó no residiese en el lugar del juicio, deberia, sin embargo, citársele para ver jurar los testigos, una vez hubiese cesado el peligro de que estos falleciesen, segun Abb. á d. cap. *quoniam frequenter*, vers. *non valeant.* princ. col. pen. *ut lit. non contest.*

(12) Añád. d. cap. *quoniam frequenter*.

(13) Entiéndase, empero, que no deben valer en favor del que los hubiere ministrado; mas valdrian, aun pasado el año, á favor de aquel en cuyo perjuicio se ministraron, segun la Glos. á d. cap. *quoniam frequenter*, vers. *non valeant*, lo cual debe entenderse en el sentido en que lo esplica Abb. allí col. 5.

(14) Añád. Glos. á d. cap. *quoniam frequenter* princ. hácia donde dice *civiliter*; debiendo tener lugar lo dispuesto en esta ley, y segun lo indican sus mismas palabras, en el caso de accionarse criminalmente por razon de un delito, pues si se intentase una accion civil, aunque fuese por razon de delito, seria lo mismo que si se hubiese puesto otra demanda civil cualquiera, arg. l. últ. D. *de privat. delict.* Inoc. Andr. Abb. y otros á d. cap. *quoniam frequenter* princ.

(15) — * Y esto es lo que se verificará en el dia constantemente, pues todas las causas criminales empiezan por la instrucion del sumario, á la cual se procede de oficio, y antes de dar traslado al reo de la acusacion, aunque sea esta intentada por un particular.

(16) V. l. 2. del *tít.* próx. sig., y añád. cap. *cum I. et A. de re judic.* y la glos. y Abb. allí.

(17) Con esto parece aprobarse la opinion de Hostiens. al cap. *quoniam frequenter*, §. *in aliis*, *ut litt. non contest.* donde pretende que en las pesquisas generales pueden recibirse testigos antes de la litis-contestacion, cuando se hacen aquellas de oficio, pero no cuando se hacen á instancia de un particular que lo haya pedido por via de querella. — * Y sin embargo tambien en las causas criminales formadas á instancia de

que fabla de los Porfijamientos, e le diesse, o le prometiesse alguna heredad, o le pusiesse alguna renta, o otro auer cada año; o faziendole algun otro pleyto por palabras en algunas destas razones, o en otras semejantes dellas, ante testigos. E aquel a quien fuere (*d*) dado, o prouado alguna cosa de las que de suso diximos, por fazer su pleyto mas seguro (18), e porque despues non pudiesse venir en dubda, e pidiesse merced al Rey, o rogasse a aquel que judgasse en su lugar (*e*) alli, o do el pleyto fuesse, que fiziesse recebir aquellos testigos (19), e mandasse ende fazer carta al Escriuano del Rey, o del Concejo, segun el lugar do fuesse, porque aquel fecho non pudiese venir en oluido; tal demanda como esta deue ser cabida. Pero quando estos testigos fueren de recebir, deuenlo fazer saber a aquel (20) contra quien los quieren recebir, o a sus herederos, que vengan ser al recebimiento dellos, si quisieren. E el Judgador que los recibiere, deue fazer carta, de como gelo fizieron saber: e fagalo escreuir en aquella carta misma en que escriuiere los dichos de aquellos testigos, porque si negasse que non gelo fiziera saber, que pudiesse ser prouado. Otrosi dezimos, que si algun juyzio fuesse dado sin escrito (21), e alguna de las partes se temiesse que le camiarian las razones, o que se oluidarian el juyzio de como fuera dado; e pidiesse al Alcalde, que recibiesse aquellos testigos que se acertaron y quando dio el juyzio; que lo deue fazer, e mandar al Escriuano del Concejo, que faga ende carta de remembrança de lo que aquellos testiguaren, sobre las razones que fue dado el juyzio, e en que manera lo dieron. Esso mismo dezimos, si pidiesse merced al Rey, que le mandasse ende dar carta.

LEY 5. *Otra manera y ha, en que pueden ser recebidos Testigos, ante quel pleyto sea començado.*

Ante que el pleyto sea començado, assi como de suso es dicho, pueden ser recebidos testigos sobre pleyto de alçada (22), que sea fecha derechamente, assi como dize en el Titulo de las Alcadas. Pero deuenlos recebir en esta manera: que

(*d*) dada o prometida alguna cosa Acad.

(*e*) alli do el pleyto fuese Acad.

un particular se procede en el sumario y antes de la defensa ó acusacion á la recepcion de los testigos, tanto de los designados de oficio, como de los ministrados por la misma parte acusadora.

(18) Por punto general, siempre que se trate de un negocio tal, que por su naturaleza pueda entregarse al olvido fácilmente, podrán recibirse sobre él testigos, antes de contestado el pleito y para perpetua memoria. V. Bart. á la l. 3. §. 5. D. *de Carb. edict.*

(19) Conc. d. §. *in aliis*, cap. *quoniam frequenter, ut lit. non cont.* y añád. l. 2. C. *de testam.* y DD. á la l. 2. D. *ad leg. Aquil.* al cap. *Albericus, de testib.* y al cap. *significavit* 41. d. tít. sin que en el caso de que se habla aquí sea necesario que los testigos sean viejos ó enfermizos, sino que indistintamente se procede á su recepcion y exámen; y añad. authent. *sed et si quis C. de testib.*

(20) Añád. cap. *significavit 41*, *de testib.* y *Novell.* 73. tít. 2. *collat.* 6. l. 39. D. *de adopt.* Inoc. y Abb. al cap. *Albericus*, *de testib.* debiendo aquí advertirse que, si los testigos se recibiesen no solo para perpetua memoria, sino tambien para publicar sus dichos desde luego, no bastaria la citacion hecha en el domicilio de aquel contra quien quisiesen recibirse; antes seria necesario que se le citase personalmente, porque podrian causársele graves perjuicios; á diferencia del caso en que se recibiesen los testigos únicamente para perpetua memoria; pues entonces, como no se publican los dichos ó declaraciones, sino que se sellan y se quedan reservados, en nada decrece el derecho del que sea interesado: pero cuando se publican las declaraciones, pierde el que no se halla presente el derecho de escepcionar ó tachar las personas de los testigos, l. 17. C. *de testib.*; y por esto en tal caso, como en el de que habla nuestra ley aquí, será necesaria la citacion personal.

(21) Esto es, sin escrito tal que hiciese plena fé, como si la sentencia se hubiere proferido por escritura privada, pues no es menester que sea pública, aunque haya de proferirse la sentencia por escrito, segun Juan Andr. y Abb. al cap. *Albericus de testib.* O tal vez deba entenderse que se habla en esta ley de aquellos casos en que puede proferirse sentencia verbalmente, sobre los cuales V. la Glos. al cap. últ. *de re judic.* vers. *illustrium*—*Y esto último es lo mas probable por no poder apenas venir el caso de que se profiera una formal sentencia en escrito y sin escribano; interviniendo el cual, ya no podrá calificarse aquel acto de privado.

(22) Conc. cap. *per tuas* y cap. 70. §. últ. *de appel.* y l. últ. §. 4. C. *de tempor. apellat.* —* Pero debe el apelante acusar la rebeldía á la otra parte que no ha comparecido, con lo que se tiene por contestado el pleito, como se verifica tambien en primera instancia; sin que pueda calificarse de escepcional el caso de que habla nuestra ley aquí, toda vez que, como hemos dicho, la contumacia ó rebeldía hace que se presuma

aquel que se agrauiare de lo que le mandaren en su pleyto, o le judgaren, sobre que ayan a demandar alçada, (f) de que gela dieren aquellos que oyeren el pleyto; si viniere el que se alço, al plazo e non viniere su contendor, e sobre esto quisiere dar testigos en el pleyto antel Juez del alçada, deuen gelos recebir. Aun dezimos, que pueden ser recebidos en otra manera los testigos, ante que el pleyto sea començado. E esto podria ser, si alguno en su vida mandasse a su heredero, que aforrasse algun su sieruo (25) a su finamiento, o el mismo lo dixesse; e aquel sieruo pidiesse merced al Rey, o rogasse a aquel que ouiesse poder de judgar en aquel lugar do el sieruo fuesse, que gelo fiziesse cumplir; bien puede aduzir testigos para prouar esto, ante que el pleyto sea començado: e deuengelos recebir, e despues cumplir su testimonio en aquello que testiguaren.

LEY 6. *Otra manera y ha, en que pueden ser recebidos los Testigos, ante quel pleyto sea començado.*

Sin començar el pleyto, pueden recebir testigos en esta guisa: assi como quando algunos fazen saber al Rey, que aquellos que tienen tierra por el, e los Merinos, e los Alcaldes, o los otros que han de fazer justicia; o de sus omes, que andan cogiendo por la tierra sus rentas, o recaudando sus derechos; que passan mandamientos del Rey, e (g) agrauianse las gentes de aquella tierra, vsando mal de su officio (24), o faziendoles fuerça, o otros males. Ca si sobre esto aduxeren (25) derechos testigos para prouar, o delante el Rey, o delante quien el mandare, (h) deuengelos recebir; e de si fazer y el Rey, aquello que tuuiere por derecho. E aun de otra guisa dezimos que pueden ser recebidos los testigos, ante que comiencen el pleyto. E esto seria (26), si alguno

(f) desque Acad.

(g) et agravian Acad.

(h) debengelos recibir en aquellos casos que otro juez los podrie recebir segun derecho de este libro, et de si fazer hie el rey aquello que hi farie otro juiz. Aun de otra guisa dezimos etc. c. Esc. 3.

contestado el pleito y que pueda ser recibido á prueba, lo que tampoco es peculiar de las instancias de apelacion, sino que sucede asimismo en las primeras, como hemos visto en el tít. 7. de esta Part. nota 47.

(23) Conc. l. 2. §. 7. D. *de fideicom. libert.* l. 5. C. *de ingen. et manum.* l. 3. §. últ. D. *de liber. hom. exhib.* Glos. ad. cap. *quoniam frecuenter* al princ. *ut lit. non cont.* l. 40. C. *de liber. caus.* y lo anotado por Bald. á la l. 1. C. *de testib.* donde dice que el poder recibirse testigos y procederse hasta definitiva sin estar contestado el pleito tendrá lugar, ya se trate de la libertad de un particular, ya de la de una ciudad ó iglesia. Adviértase, empero, que por esta nuestra ley, queda abiertamente reprobada la opinion de la Glos. á la l. 40 hácia el fin C. *de liber. caus.* la cual queria que solo podian recibirse testigos, antes de contestado el pleito, en favor de la libertad de que se estuviese en posesion, no en favor de la que se pedia sin haberla ántes obtenido, como la legada ó concedida en fideicomiso, de la cual se habla espresamente aquí.

(24) Conc. l. 21. C. *de pœn.* Pero siempre deberia citarse á esos jueces ú oficiales antes de proferirse sentencia, l. 6. C. *de apparitor.* Puede tambien entenderse la presente ley como si dijese (y este es su verdadero espíritu) que en todo sindicado, ya sea de jueces mayores ó menores ó de sus oficiales, podrá procederse á hacer pesquisa general, ó *secreta*, y recibirse testigos, sin estar contestado el pleito: pues así como en favor de la iglesia tiene lugar dicha pesquisa general, tanto con respecto, á los prelados, como respecto de sus dependientes, cap. *qualiter et quando* 17. Inoc. allí *de accusat.* lo mismo deberá hacerse con los jueces y sus oficiales, segun lo anotado por Bald. la l. 4. §. 2. quest. 5. D. *de offic. procons.* y Paris de Puteo tratado *sudicatus* fol. 13. col. 2. y fol. 58. col. 3. donde añade que así se observa, sin preceder por esto infamia; y V. Aug. de Aret. tratado *maleficior.* vers. *hæc est quædam inquisitio*, col. 7. Pero ¿podrá condenarse á un magistrado por los méritos de la pesquisa general, que se hubiere hecho contra él? Así lo pretende Bald. á d. §. 2. quest. 6: y añád. á lo dicho los capítulos 3 y 4. *in capitulis judicum de residentia* y lo anotado por Bald. á la l. últ. C. *de pœn. judic. qui mal. jud.* y á la l. 24. C. *de probat.* donde dice que, en semejantes pesquisas generales, no es necesario espresar el tiempo y lugar donde se ha cometido el delito, y tampoco se requiere la citacion de los oficiales, cuando contra estos se reciben los testigos; y así se observa en la práctica. —* V. sobre las pesquisas lo que se dirá en el tít. prox. sig.

(25) Segun esto, pues, lo dispuesto aquí procede aun en aquellos casos en que los testigos se reciben ó se hace la pesquisa á instancia de parte; lo que es digno de notarse, pues lo contrario pretenden la Glos. al cap. *cum I et A.* vers. *lite non contestata* y Abb. allí col. 2. y V. sobre lo mismo lo anotado á la l. 3. de este tít.

(26) Conc. authent. *qui semel* C. *quom. et quand. judex* y V. lo anotado á la l. 2. tít. 22. de esta Part.

mouiesse pleyto contra otro, faziendole emplazar; e de si aquel que lo mouiesse non lo quisiesse seguir, nin venir al plazo que le pusiesse aquel que los ouiesse de judgar; e el demandado, temiendose que le podria venir daño a el, (i) e a sus herederos, viniesse al Rey, o al otro que lo ouiesse de judgar, e dixesse que le recibiesse sus testigos, o que librassen el pleyto: entonce deue llamar al demandador, si fuere en la tierra, o lo pudiere fallar, e ponerle dia (27) a que venga seguir el pleyto; e si el non fuere y, deuelo fazer saber en su casa. E si por todo esto non viniere, deuen recebir los testigos, e librar el pleyto segun fallaren por derecho. Ca bien puede ome sospechar, que pues que lo fizo emplazar su contendor, e non quiso seguir el pleyto, que maliciosamente lo fizo.

LEY 7. *Otra manera y ha, en que pueden recebir Testigos, ante que el pleyto sea començado.*

En otra guisa, sin las que diximos en la ley ante desta, pueden recebir los testigos, ante que el pleyto sea començado por respuesta. E esto seria, quando alguno pusiesse contra otro defension, assi como contra el Alcalde que lo ha de judgar, diziendo que lo ha sospechoso (28), e mostrando alguna razon derecha, por que non deue responder antel; o si dixesse contra el su contendor, que non le deue responder, porque tal pleyto fiziera con el, que non pudiesse demandar aquello que le demandaua, e que esto quiere prouar; o diziendo que ouieron ya juyzio afinado (29) sobre aquella cosa que demanda; o que fizieron auenencia alguna sobre ella, por que se libro aquel pleyto; o diziendo contra alguno de los que estuuiessen en el pleyto, ansi como los Consejeros, que le guarden dellos, e mostrando alguna razon derecha, por que los deue auer por sospechosos; o diziendo contra la carta (30) que fuesse ganada sobre aquel pleyto, que fuera ganada encubriendo la verdad, e diziendo mentira. Ca sobre qualquier destas razones (31) sobredichas pueden recebir testigos, maguer el pleyto principal non sea començado por demanda, nin por respuesta.

LEY 8. *Quales son aquellos que non pueden ser Testigos contra otri.*

Todo ome que fuere de buena fama, e a quien non fuere defendido (32) por las leyes deste nuestro libro, puede ser testigo por otro en juyzio, e fuera de juyzio. E aquellos a quien es defendido (33), son estos. Ome que es conocidamente de mala fama (34): ca este atal non puede ser testi-

(*i*) o a sus herederos Acad.

(27) ¿Será, empero, necesario concederle el término señalado por d. autentica *qui semel?* Parece no lo será segun lo dispuesto en esta ley y con razon; porque aquellos términos son muy dilatados [y son el de treinta dias dentro los cuales, no compareciendo el actor á proseguir el juicio por el promovido, se admiten las pruebas ofrecidas por el reo, y no se oye mas al primero sin que abone ante todo al adversario las costas causadas: y el de un año, finido el cual y no habiendo dicho actor comparecido, habrá perdido definitivamente su derecho] y así por las palabras de que se usa aquí *ponerle dia,* parece quedará al arbitrio del juez el señalamiento de término: arg. cap. *de causis* 4. *de offic. deleg.*

(28) Sobre los incidentes, pues, que ocurran al principiarse el pleito, podrán recibirse pruebas antes que este sea contestado, como se dispone aquí y en el cap. *super eo* 10 *de appell.* — * Y así es necesario que se entienda, dado que las escepciones verdaderamente dilatorias escusan ó difieren la contestacion á la demanda, y sin embargo deben probarse dentro los nueve dias siguientes á la notificacion ó emplazamiento. V. no obstante, lo dicho en la adic. á la nota 46. tít. 3. de esta Part.

(29) Véase, pues, como segun lo dispuesto aquí, la escepcion de cosa juzgada, aun por derecho de partidas, es de aquellas que impiden el ingreso del juicio. y V. lo anotado á la l. 10 y l. 11. tít. 3. l. 5. tít. 10. y l. 35. tít. 18. de esta Part. y lo anotado estensamente allí. — * Y V. las notas 45 y 46. tít. 3. de esta Part. y las adiciones allí.

(30) Añád. l. 2. C. *si contra jus vel utilit. publ.* y cap. *super litteris* 20. *de rescript.*

(31) Muchos otros casos en que procede la recepcion de testigos antes de contestado el pleito, pueden verse en Marian. Socin. al cap. *quoniam frequenter* princ. *ut lit. non contest.* donde esplica hasta 82. de ellos.

(32) Añád. l. 1. D. *de testib.*

(33) — * ¿Debe entenderse literalmente lo dispuesto aquí, de suerte que todos los que á continuacion se espresan no puedan ser admitidos á declarar en juicio; ó solamente que, siendo recibidos y examinados como testigos, no hagan fe sus dichos, probándose ó constando que reunen algunas de las tachas que establece la presente ley? V. la adic. á la nota 48. tít. 3 de esta Part. hácia el fin y V. la adic. á la nota 107 de este tít.

(34) Entiéndase que se habla aquí de infamia de derecho, segun la l. 3. §. 5. D. *de testib.* y V. la Glos, allí vers. *palam*: y con las palabras *en ningun pleito* de que usa aquí nuestra ley aprue-

go en ningun pleyto. Fueras ende en pleyto de traycion (35) que quisiessen fazer, o fuere ya fecha contra el Rey, o contra el Reyno. Pero estonce non deue ser cabido su testimonio, a menos

ba la opinion de Juan en la glos. allí mismo. Los tres modos con que se incurre en dicha infamia de derecho pueden verse en la Glos. á la l. 22. D. *de his qui not. infam.* y al §. *porró* 3. quest. 7; y la razon de no poder ser testigos los que han incurrido en ella es, segun Bald. á la l. 2. col. 1. D. *de senat*, la de que, de aquellos cuyas personas son viles, no es menos vil la firma, la palabra ó el testimonio. Para probar, empero, que un testigo es infame y repelerlo en esta calidad ¿deberá probarse no solo que es infame, sino tambien que al tiempo de declarar era tenido y reputado como tal? Así lo opina Bart. á la l 1. C. *de testam.* fundándose en el texto de la misma, y á la l. 22. §. 7. D. *qui test. fac. poss.* donde cita la Glos. de la l. 26. D. d. tít. y lo mismo pretende, aunque interrogativamente, Alex. consil. 24. col. pen. vol. 2. Mas lo contrario opinan comunmente los DD. fundándose en el cap. *præsentium* §. *testes*, *de testib.* y Alex. consil. 152. col. pen. vol. 5. La opinion de Bart. está bastante confirmada por la presente ley, pues se dice en ella; *conocidamente de mala fama*: bien que á esto puede contestarse que no es la publicidad ó notoriedad la que ha querido indicarse por el adverbio *conocidamente*; sino la evidencia legal, ó la plena prueba, de suerte que conste la infamia, por sentencia ó por el hecho de haber sido el testigo aprehendido *in fragranti* en algun delito de los que irrogan infamia, ó por haberlo confesado en juicio ó de otra manera, haberse hecho la infamia notoria, segun la Glos. á d. l. 22.; ó podrá tambien decirse que se entienda aquí por *conocidamente* infame, al criminal que persevera en el crímen, cap. *testimonium* 54. *de testib.* Por lo demás, el infame que lo es solo de hecho, bien puede declarar como testigo en los pleitos o negocios civiles, d. cap. *testimonium* y Glos. á la l. 1. C. *de summ. Trinit. et id. Chatol.* pero entónces se da menos crédito á sus dichos, segun la Glos. á la l. 3. §. 5. *de Carb. edic.* y cuando pueden ministrarse fácilmente otros testigos mas idóneos, entónces opina Specul. tít. *de accusat.* §. 1. col. 7. vers. *item quod est infamis*, que aun los que solo de hecho sean infames deben ser repelidos: y lo mismo sucederia en todos aquellos casos en que se tratase de hacer una prueba para la cual, por estatuto, por ley ó por rescripto, se requiriesen testigos de muy buena opinion; y tambien en las causas criminales cap. 1. *quot test. sunt necess. ad prob. feud. ingrat*: Juan de Ana al cap. 1. hácia el fin, *de accusat.* y en las causas muy graves, segun Abb. á d. cap. *testimonium*, á quien puede verse, col. 6. y Juan de Plat. á la l. únic. C. *de infam.* Y el que fuere acusado de un crimen, ¿podrá declarar como testigo, mientras se halle pendiente la acusacion? V. Bald. á la authent. *si dicatur* C. *de test.*: y ¿podrá aquel á quien se escepcione ó repela por infamia de hecho, si se ha purgado de ella en la forma que los Cánones prescriben? Bald á d. l. 2. col. 4. hácia el fin opina por la afirmativa. Acerca de si se admitirá como testigo al que hubiere sido multado ó apercibido por razon de un crímen de aquellos que no irrogan infamia de hecho ó por sentencia, V. d. cap. *testimonium*; en la intelijencia de que en tal caso al que afirme que el testigo ha sido multado ó apercibido, le incumbirá probarlo, Juan de Imol. allí col. últ. y Alex. consil. 152. col. 5. vol. 5. Por lo que hace, empero, á si bastará para repeler á un testigo como infame, el decir que lo es y designar la causa, sin necesidad de añadir tambien que por tal se le reputaba al tiempo en que fué ministrado por testigo; ya se ha dicho antes en esta misma nota que bastaria; siendo esta la comun opinion y adoptada por Bald. á d. l. 1. quest. 2. C. *de testam.* y se ha soltado tambien la dificultad que podia haber en admitirla, atendido el adverbio *conocidamente* de que usa aquí nuestra ley; pudiendo añadirse á lo que á este propósito se ha observado que si bien, por parte del que escepciona al testigo, basta que pruebe la infamia, y no se requiere que pruebe la notoriedad de ella para que sea repelido; sin embargo si aquel por quien dicho testigo fué ministrado, queriendo aprovecharse de su declaracion probare que al tiempo en que lo ministró era tenido y reputado por hombre de buena fama, en tal caso no se le repelerá; y en estos términos podria admitirse la opinion de Bart. que, así entendida, no deja de ser conforme con nuestra ley; aun en cuanto, se exije en la misma, para repeler al testigo, que este sea *conocidamente* infame. Otros pretenderán tal vez que por el hecho de disponerlo así la ley, incumbirá probar la notoriedad de la infamia al que la opusiere para escepcionar al testigo, como pretende Ang. en un caso análogo á la l. 2. D. *quemadm. testam. aper.* diciendo que incumbe á la parte probar la aptitud de los testigos que suministra, en aquellos casos en que no se admite sino á los que son de muy buena fama. Pero yo tengo por mejor la comun opinion entendida y limitada segun se ha dicho, y esta es la que en la práctica se observa. Y por lo que mira á si, en falta de otros testigos mas idóneos, podrá admitirse como tales á los infames, V. Bart. á d. l. 1. col. 5. C. *de summ. Trinit.* —* Y V. tambien sobre lo dicho aquí la adic. á la nota 107. de este tít.

(35) Conc. l. 4. C. *ad L. Jul. majest.* l. 10. princ. D. *de quæst.* y l. 21. §. 2. D. *de testib.*

de tormentarle primeramente. Otrosi non puede ser testigo ome contra quien fuesse prouado, que dixera falso testimonio (36), o que falsara carta, o sello (37), o moneda del Rey; nin otrosi aquel que dexasse de dezir verdad en su testimonio, por precio (38) que ouiesse recebido. Nin aquel a quien fuesse prouado, que diera yeruas (57), (j) o ponçoña para matar alguno, o para fazerle otro mal en el cuerpo, o para fazer perder los fijos a las mugeres peñadas. Nin otrosi aquellos que matassen los omes (40); fueras ende si lo fiziessen tornando sobre si. Nin aquellos que son casados e tienen barraganas (41) conocidamente. Nin aquellos que fuerçan las mugeres (42), quier las lleuen, o non. Nin aquellos que sacan las que son en Orden. Nin otrosi aquellos que saliessen ende, e anduuiessen sin licencia de sus Mayorales, mientra assi anduuiessen (43). Nin aquellos que casan con sus parientas (44), fasta en el grado que defiende la Santa Iglesia, a menos de dispensacion. Nin ninguno que sea traydor, nin aleuoso (45), o dado conocidamente por malo (46); o el que ouiesse fecho porque valiesse menos (47) en tal manera, por que non pudiesse ser par de otro. Otrosi dezimos, que non puede testiguar ome que aya perdido el seso (48), en quanto le durare la locura; nin el que fuere de mala vida (49), assi como ladron, o robador, o alcahuete conocido, o tafur que anduuiesse por las tauernas, o o por las tafurerias manifiestamente; o muger que anduuiesse en semejança de varon (50). Nin ome muy pobre, e vil (51), que vsasse con malas compañas; nin aquel que ouiesse fecho omenaje (52), e non lo tuuiesse, deuiendolo cumplir, e pudiendo.

(j) ponzon para matar B. R. 2. Esc. 3.

(36) Añád. cap. *testimonium* 54. *de testib.*

(37) Entiéndase, aun en el caso en que no hubiese llegado á proferirse sentencia condenatoria contra el testigo por el crimen de falsificacion, en lo que la presente ley de acuerdo con el cap. *super eo* 13. *de testib.* amplia la disposicion del derecho comun; pues, segun este, era necesario que hubiese recaido sentencia para poderse repeler al testigo como inhábil: mas á tenor de d. cap. *super eo*, bastará que se haya probado su criminalidad; y lo mismo dispone aquí nuestra ley, cuando dice: *contra quien fuesse probado*—* V. la adic. á la nota 4. de este tít.

(38) Conc. l. 3. §. 5. D. *de testib.*

(39) Conc. l. 9. tít. 8. lib. 2. del Fuero.

(40) Esto es, aquellos de quienes fuese probado que son homicidas, como se ha dicho en la nota 37., aunque no se hubiese proferido contra ellos sentencia condenatoria, y V. Specul. tít. *de teste* §. 1. fol. pen. vers. *item quod est homicida.*—* Pero ¿como, sin que haya recaido sentencia condenatoria, puede considerarse á un reo convicto de homicidio ni de otro delito alguno? Tan solo podria esto concebirse en el caso de haber sido un reo confeso y acogídose á un indulto antes que estuviese fallada su causa. Otramente creemos imposible que legalmente pueda calificarse de bastante la prueba ministrada en una causa, como no sea por la sentencia que en la misma recayere ó hubiere recaido, la cual además, para surtir los efectos aquí espresados, deberia ser tal, que causase ejecutoria.

(41) Añád. l. 18. C. *ad L. Jul. de adult.* y Bald. á la l. 2. C. *de incest. nupt.*

(42) Nótese esta disposicion especial contra los que han robado mugeres: y tal vez á estos deba aplicarse tambien lo que se ha dicho en la nota 37. esto es, que no será necesario que se haya proferido contra ellos sentencia condenatoria; sino que bastará probar que han cometido aquel delito, en cuyos términos estaria ampliada por nuestra ley de partida la disposicion de d. l. 3. §. 5. D. *de testib.*—* V. la adic. á la nota 39.

(43) El apóstata no es admitido por testigo, y conc. d. l. 9. tít. 8. lib. 2. del Fuero.

(44) Pues son infames los que contraheu matrimonio incestuoso, cap. *consanguineorum*, 3. quest. 4.

(45) Añád. d. l. del Fuero.

(46) Demasiado general es esta escepcion; por lo que deberá entenderse por *conocidamente malo*, al que ha sido condenado por algun delito especial, pues no es posible que genéricamente se haya declarado á uno malo: y hace a este propósito lo anotado por Bart. á la l. 54. D. *de legat.* 1.

(47) V. los títulos 5. y 6. Partida. 7.

(48) Añád. cap. *indicas* 3. quest. 9. y Specul. d. §. 1. vers. *item quod est furiosus*;

(49) Añád. d. cap. *testimonium* 54. *de testib.* Y Specul. d. §. 1. vers. *item quod est criminosus.*

(50) Añád. d. l. del fuero, y cap. *si qua mulier* 6. 30. dist. y *Deuteron.* cap. 22. vers. 5. *Non induetur mulier veste virili, nec vir utetur veste fœminea: abominabilis enim apud Deum est qui facit hæc.* Y Gayetano *in summa, de peccatis*, vers. *mulieris peculiaria peccata sunt*, dice que es escandaloso y contra las buenas costumbres el que usen las mujeres el trage varonil: y añade que por esto no debe tolerarse, á menos que se haga alguna vez por diversion ó por necesidad; y que lo prohiben los Canones y la sagrada Escritura, para que no se haga por supersticion.

(51) Bellamente se añade *é vil*; porque la pobreza por si sola, no concurriendo con la mala vida, á nadie impediria el ser testigo, Glos. á la l. 10. D. *de accusat.* y al cap. *si qui testium*, *de testib.* y añad. Specul. tit. *de teste* §. 1, versic. *item*

do. E aun dezimos, que ome de otra Ley, assi como Judio, o Moro (53), o hereje, que non puede testiguar contra Christiano; fueras ende en pleyto de traycion (54) que quisiessen fazer al Rey, o al Reyno. Ca estonce bien puede ser cabido su testimonio; seyendo tal ome, que los otros de su Ley non le pudiessen desechar por derecho, para non valer lo que testiguasse; seyendo el fecho aueriguado por otras prueuas, o presumpciones ciertas. Mas quando aquellos que fuessen de otra Ley, ouiessen pleyto entre si mismos, bien pueden testiguar vnos contra otros en juyzio, e fuera de juyzio.

LEY 9. *De quantos años deuen ser aquellos que ouieren de testiguar.*

Veinte años (55) cumplidos a lo menos deue auer el testigo que aduzen en pleyto de acusacion, o de riepto, contra alguno en juyzio. E dessa mesma edad deuen ser los testigos que fueren recebidos en pesquisa que el Rey mande fazer contra alguno, para saber algund mal fecho del, de que fuesse enfamado, de que pudiesse nascer muerte, o perdimiento de miembro, o echamiento de tierra, si le fuesse prouado. Mas en todos los otros que non fuessen criminales, assi como por razon de debdo, o de rayz, o de herencia que demandassen en juyzio, bien podria ser recebido por testigo el que ouiesse catorze años (56) cumplidos. E non tan solamente podrian testiguar estos de suso nombrados en esta ley, en las cosas que vieron, o que supieron, en la sazon que eran en esta edad; mas aun en todas las otras que ouiessen ante visto (57), e sabido, que bien se acordassen: mas si recibiessen su testimonio de menor de veynte años sobre pleyto criminal, o del que fuesse menor de catorze años, en otros pleytos, dezimos, que como quier que su dicho non empeceria acabadamente a aquel contra quien testiguare, pero seyendo de buen entendimiento, atales menores farian grand presumpcion (58) al fecho sobre que fuesse el testimonio.

LEY 10. *Quales son aquellos que non pueden testiguar contra otro en pleyto criminal.*

Acussado seyendo alguno en juyzio sobre pleyto criminal (59), non podria testiguar contra el, aquel mismo que el ouiesse aforrado (60), o su padre, o su auuelo. E esto es, por la gran reuerencia que siempre deue auer el aforrado, contra el linage de aquel de quien el tiene la libertad. Otrosi dezimos, que aquel que estuuiesse preso (61) en carcel, o en cadena del Rey, o de Concejo, mientra que estuuiere preso, non podria testiguar

quod est pauper y V. Alex. consil 15. vol. 3. y Dec. consil. 105. col. penúlt.

(52) V. l. 2. tít. 5. Part. 7.

(53) Añád. cap. 1. 21. y 23. *de testib.* y l. 21. C. *de hæret.* y Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *item quod est Judæus.*

(54) Añád. cap. *si hæreticus* 2. quest. 7. y cap. *in fidei favorem* 5. *de hæret.* y Felin. al cap. *Judei, de testib.*

(55) V. l. 20. D. *de testib.* y Bart. á la l. 2. §. *pupillus* [en ninguna de las diferentes ediciones de los Códigos romanos que al efecto hemos consultado encontramos el párrafo aquí citado, lo que nos hace creer que será tal vez equivocada la cita]. D. *de public. jud.* y V. Ang. tratado *malefícior.* vers. *comparent dicti inquisiti* col. 2. y vers. *qui judex statuit terminum ad opponendum* col. 1. y añád. lo dicho por Juan de Plat. á la l. 1. C. *de curs. publ.* siendo de notar que, por lo que hace á los negocios criminales, las mismas circunstancias ó calidades se requieren para ser testigo, que para ser acusador, Bald. á la rubrica C. *de his qui accus. non poss,* y añad. Alex. consil 64. vol. 1. y consil. 176. vol. 2. é. Hipolito á la l. 12. col. pen. D. *ad Leg. Cornel. de sicar.* y Jason á la l. últ. col. pen. C. *de his quib. ut indign.*

(56) Añád. l. 3. §. 5. D. *de testib.* y l. 19. y Glos. allí d. tít.

(57) Añád. Glos. á d. l. 3. §. 5. y Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *sed numquid factus pubes* y lo anotado por Abb. al cap. *cum nobis, de præscripi.* col. 3. y Bart. á la l. 99. §. 1. D. *de verb. signif.* y Bald. á la l. 1. segunda lectura, col. 13. *de sacros Eccles.* siendo muy de notar las palabras de esta nuestra ley: *Que bien se acordassen*; de las cuales se infiere que se habla en ella de aquellas cosas que los testigos hubiesen presenciado, cuando ya tenian conocimiento y podian retenerlas en la memoria, por estar próximos á la pubertad.

(58) V. la Glos. á la l. 19. D. *de testib.* y Bald. á la l. últ. C. *de his quib. ut indign.*

(59) Glos. á d. §. 5. l. 3. D. *de testib.* donde dice tener lugar tambien lo dispuesto aquí en los pleitos sobre intereses pecuniarios.

(60) Añád. l. 12. C. *de testib.* y 4. quest. 3. cap. últ. vers. *liberti* y Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *item quod est libertus*; pudiendo verse allí si lo dispuesto en esta ley debe hacerse estensivo á los hijos de los libertos; de suerte que tampoco estos puedan declarar contra los patronos de sus padres: y conc. d. l. 3. §. 5. D. *de testib.*

(61) Conc. l. 3. §. 5. D. *de testib.* teniendo lu-

contra otri, que fuesse acusado en juyzio sobre pleyto criminal: e esto es (62), porque mucho ayna podria ser, que diria falso testimonio por ruego de alguno, que le prometia que lo sacaria de aquella prision en que yaze. Esso mismo dezimos de aquel que por dineros fuesse lidiar (63) con alguna bestia braua. E otrosi de la muger que manifiestamente fiziesse maldad de su cuerpo por dineros (64).

LEY 11. *Quales son aquellos que non pueden ser apremiados, que vengan a testiguar vnos contra otros en pleyto criminal.*

Debdos muy grandes (65) han algunos omes entre si, de manera que non tuuieron por bien los Sabios antiguos, que fuessen apremiados para testiguar vnos contra otros, sobre pleyto que tanxesse a la persona de alguno dellos, o a su fama, o a daño de la mayor partida de sus bienes: e son estos, todos aquellos que suben, o descienden por la liña derecha del parentesco, e los otros de la liña de trauiesso fasta el quarto grado (66). E es-

gar lo que aquí se previene, así respecto de los que están presos por causas que importen infamia, como por otras cualesquiera, segun Florian. allí. Pero la Glos. al §. 5. vers. *in vinculis* 4. quest. 3. pretende que solo se entienda con los presos por causas que irroguen infamia; y esto parece lo mas probable.

(62) Y la razon que se indica aquí prueba que lo mismo deberia ser en los pleitos ó negocios civiles, como lo opina la Glos. á d. l. 3. §. 5. D. *de testib.*

(63) Añád. d. l. 3. §. 5.

(64) Conc. d. l. 3. §. 5. y V. Florian. allí, donde dice que es infame la mujer que se prostituye públicamente.

(65) Añád. Specul. y Juan Andr. allí en las adiciones tít. *de teste* §. pen. donde puede verse si es lícito obligar al marido á que declare contra la mujer ó al contrario; y añád. tambien l. últ. tít. 30. Part. 7. la cual declara que lo dispuesto aquí, respecto de las causas criminales, solo tiene lugar en aquellas, en que puede imponerse pena capital ó de mutilacion de miembro: debiendo además advertirse que el privilegio de que se habla en esta ley lo disfrutan las personas espresadas en ella, con tal que pueda averiguarse la verdad por medio de otras, pero no si no hay fuera de ellas, quien pueda declarar, segun Abb. al cap. 1. col. 3. *de test. cogend.* bien que la Glos. á la l. 19. D. *de testib.* pretende lo contrario, esto es, que no pueda obligarse á declarar á unos deudos contra otros, aun cuando no haya, fuera de ellos, quien pueda declarar. La opinion de Abb. es aprobada por Hostiens. Juan Andr. y Juan de Imol. á d. cap. 1. y Bald. y Alber. á d. l. 3. D. *de testib.*; en cuyos términos vendria á ser bien insignificante al privilegio de no poder ser obligados los deudos á declarar unos contra otros. Mas, como los citados AA. se refieren á d. l. 3. y al §. *Lege Julia* 4. q. 3. en las cuales no se habla, como en la presente, de los ascendientes y descendientes, podria dudarse si la referida opinion es ó no aplicable á estos, y lo mismo sucederia respecto de los conyuges y de los libertos. V. Juan Andr. adiciones al Specul. tít. *de teste* §. pen. vers. *supra tetigi* y V. tambien el tratado *de testibus* por Alberico de Rosa parte 2ª. col. 5., donde se dice, que todas las personas que se espresan en esta ley pueden indistintamente ser obligados á declarar, cuando no haya otros que puedan hacerlo. De todos modos, empero, me parece ser este punto muy dudoso, y creo que, á lo menos en las causas criminales de gravedad, no deberia obligarse á declarar á los descendientes contra sus ascendientes, ni al contrario, ni á los conyuges, ni á los libertos contra sus patronos; aunque no hubiese otro medio de saber la verdad; á menos que se tratase del delito de Lesa Magestad divina ó humana, en cuyo caso nadie está dispensado, l. 10. §. 1. D. *de quæst.* y l. 4. C. *ad Leg. Jul. majest.* y lo confirma así la citada l. últ. tít. 30. Partida 7. la que previene que á nadie pueda darse tormento para que declare contra su pariente; sin embargo de que la tortura es un medio de que se echa mano tan solamente, en subsidio y cuando no hay otro de saber la verdad, l. 8. D. *de quæst.* y V. l. 20. D. d. tít. y Salic. á la l. 19. col. 2. C. *de testib.* Felin. á d. cap. 1. *de testib. cog.* parece entender la citada Glos. de suerte que, solo cuando los testigos son inhábiles para declarar, se les repele, aun que no haya otros que puedan declarar: mas V. al mismo allí, porque ó no comprendió bien aquella Glos. ó hubo alguna equivocacion al imprimirla: y como quiera es este un punto muy dudoso y digno de mas detenida reflexion.

(66) V. á Ang. tratado *maleficior.* vers. *necnon ad quærelam* col. 12. y la Glos. á la l. 5. *ad S. C. Turpil.* que pretende estenderse este privilegio hasta el séptimo grado; de suerte que tal vez debe creerse que se habla en esta nuestra ley del cuarto grado computado canónicamente: sin que obste la l. 3. tít. 6. Part. 4. porque en esta se habla de la computacion de grados relativamente á las sucesiones, y no con respecto al hecho de declarar ó dar testimonio en juicio en favor ó en contra de los parientes.

so mismo dezimos, que non deue ser apremiado en tales pleytos el yerno, que venga dar testimonio contra su suegro, ni el suegro contra el, ni el (*l*) annado contra su padrastro, nin el padrastro contra el annado. E esto es, porque los unos deuen auer los otros como fijos, e los otros a ellos como padres. Pero si alguno dellos de su grado (67), sin premia ninguna quisiesse dar su testimonio, quando gelo demandassen, bien lo podria fazer; e valdra lo que dixere, bien assi como si non ouiesse ningund debdo con el.

LEY 12. *En que manera deue valer el testimonio del que fue sieruo, e es libre.*

Aducho seyendo algun ome en juyzio para dar testimonio contra otro, si aquel contra quien lo aduzen, dixere que non deue ser cabido su testimonio, porque es sieruo; si este atal respondiere que non es sieruo (68), nin lo fue nunca, non deue dexar el Juez del pleyto, de recebir su testimonio. Pero si despues que lo ouiere recebido, fuesse prouado en juyzio que era sieruo, non deue valer su testimonio. E si prouar non lo podiere, valdra lo que dixere. Mas si este atal, a quien dizen que era sieruo, otorgasse que lo fuera, mas que era ya libre (69); (*ll*) entonce non deuen caber su testimonio, a menos de aueriguar primeramente por carta, o por testigos (70), como es libre. E si por auentura dixesse, que non tenia y la carta, o el recaudo que auia para aueriguar su libertad, mas que la tenia en otra parte; estonce deue el Judgador tomar la jura, que non lo dize maliciosamente, e darle plazo a quel aduga, e puede recebir su testimonio. E si al plazo quel fuere puesto, prouare que es libre, deue valer su testimonio, e non de otra guisa.

LEY 13. *Que el sieruo non puede testiguar, sin non en pleyto de traycion que quisiessen fazer, o que ouiessen fecho contra el Rey, o contra el Reyno: e en quales cosas puede testiguar contra su Señor.*

Sieruo (71) ninguno non puede ser testigo en juyzio contra otro; fueras ende en pleyto de traycion que alguno quisiesse fazer, o que ouiesse fecho contra el Rey, o contra el Reyno. Ca en tal fecho como este todo ome deue ser testigo, que sentido aya (72); solamente que enemigo mortal (73) non sea de aquel contra quien lo traen. Otrosi dezimos, que el sieruo non puede dar testimonio contra su señor (74) en ninguna cosa, fueras ende en cosas señaladas. La primera es, quando el señor es acusado de traycion que ouiesse fecho, o quisiesse fazer contra el Rey, o contra el Reyno; o sobre pleyto de furto, o de engaño de auer del Rey, de que fuesse acusado su señor. La segunda es, quando sospechassen que la muger ouiesse muerto, o quisiesse matar al señor del sieruo, o el marido a la muger. La tercera es, quando el pleyto es de adulterio de que fuesse acusada su señora. La quarta es, quando fuessen dos omes señores de vn sieruo, e el vno dellos fuesse acusado de la muerte del otro. La quinta es, quando mataren al señor del sier—

(*l*) antenado Acad.

(*ll*) estoncia non debe valer su testimonio Esc. 4.

(67) Y en tal caso deberá anotarse en los autos espresamente que el testigo declara por su voluntad, segun Bart. á la *Noveli.* 121. tít. 6. §. 1. *collat.* 9. Parece, por lo demás, que esta nuestra ley de partida es derogatoria de la l. 6. C. *de testib.* en la que se declara que los padres no son admitidos á declarar contra los hijos, ni estos contra los primeros, aunque lo hagan voluntariamente: á menos que lo dispuesto en el final de la presente ley se entienda tan solo con referencia á los suegros, yernos y parientes colaterales, y no con referencia á los ascendientes y descendientes; interpretacion que, de otra parte, no puede admitirse, porque en el texto, despues de haberse hablado de los ascendientes y descendientes, lo mismo que de los afines y colaterales, se dice general y absolutamente que si *alguno de ellos* quiere declarar de su grado, podrá hacerlo: lo cual por necesidad debe referirse á todos aquellos de quienes en el mismo texto se ha hablado, y así lo confirma tambien la l. últ. tít. 30. Part. 7.

(68) Porque tiene á favor suyo la presuncion, como la tiene cualquiera de ser libre, mientras no se pruebe lo contrario.

(69) V. cap. *cum personæ* 7. *de privil.*

(70) Pues tambien por medio de testigos puede probarse la manumision.

(71) Conc. l. 11. y authent. *si veró dicatur* C. *de testib.* V., empero, lo dicho en la nota 75.

(72) Y hasta los menores de 14. años pueden declarar como testigos en causas sobre traicion, l. 10. princ. D. *de testib.* y V. l. 9. de este tít.

(73) El enemigo capital ni aun en las causas esceptuadas puede declarar, como se previene aquí y en el cap. *per tuas* y Glos. allí vers. *inimicitias capitales, de simonia*, y V. Bart. á la l. 8. D. *ad Leg. Jul. majest.*

no, e fuesse sospecha que los herederos del muerto lo fiziessen matar: ca en qualquier destas cosas puede ser cabido el testimonio del sieruo, e deue ser creydo, maguer diga contra su señor. Pero deuenlo tormentar (75) quando dixere el testimonio, preguntandole, e amonestandole que diga la verdad del fecho, non nombrando ninguna persona. E el tormento le deuen dar por esta razon: porque los sieruos son como omes desesperados, por la seruidumbre en que estan. E deue todo ome sospechar que diran de ligero mentira, e que encubriran la verdad quando alguna premia non les fuere fecha. Otrosi dezimos, que aquel que fue sieruo, y es ya libre, puede dar testimonio en toda cosa que se acerto, e vido quando era sieruo (76); e non le empecera, maguer le digan, que a la sazon que lo vido, que era sieruo.

LEY 14. *Por qual razon pueden testiguar los que suben, por los que descienden dellos.*

Padre (77), nin auuelo, nin los otros que suben por la liña derecha, non pueden testiguar por sus fijos, nin por sus nietos, ni por los otros que descienden dellos por essa misma liña. Esso mismo dezimos, que ninguno destos descendientes que non pueden testiguar por aquellos de quien descienden. Pero si contienda acaesciesse sobre la edad de alguno de los descendientes, o en razon de parentesco, bien podria dar testimonio el padre, e la madre, el auuelo, e la auuela, en tal

(74) Conc. l. 1. C. *de quæst.* donde esceptúa la Glos. los mismos casos que nuestra ley aquí.

(75) Al esclavo, pues, aun en los casos en que puede declarar como testigo, no se le dará crédito, sin sujetarlo al tormento. La l. 7. D. *de testib.* previene que solo pueda darse crédito á la declaracion del esclavo, cuando no haya otro medio de averiguar la verdad: lo cual segun Guid. de Suza allí, refiriéndose á Juan Andr. adiciones al Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 11. vers. *item quod est servus* adicion á las palabras *servi responso*, debe entenderse de suerte que, aun cuando el esclavo haya de declarar sobre hechos propios, no se le admita, sino en falta de otras pruebas: de donde infiere el mismo Guid. que, estableciendo la l. 6. C. *de quæst.* que los esclavos no puedan declarar en favor ni en contra de sus dueños, y la l. 15. de d. tít. que puedan hacerlo sobre hechos propios, debe entenderse mas general que estas últimas la disposicion de d. l. 7. D. *de testib.* y admitirse á los esclavos como testigos, á falta de otras pruebas, tanto si se trata de hechos propios de los mismos, como de hechos agenos; y así podrá recibirse el testimonio de los esclavos, esceptuando únicamente las causas sobre testamentos, en todas las demás civiles y criminales. Hipólito de Marsill. á la l. 9. D. *de quæst.* observa que parece algo duro el que á un siervo ministrado como testigo en un pleito pecuniario, se le haya de atormentar, y causarle con esto mayor pena que la que podrá sufrir el reo, aun siendo condenado; concluyendo, por lo mismo, que no debería aplicarse la tortura en las causas civiles, á menos que fuesen de mucha gravedad, en cuyo caso se equiparan á las criminales: mas nuestra ley de Partida dispone muy generalmente que no pueda recibirse como testigo al esclavo; sin darle tormento bien que parece deberá entenderse limitada por las leyes antiguas que no quiso derogar, dd. ll. 7. D. *de testib.* y 9. D. *de quæst.* [que admiten al esclavo en toda especie de causas á falta de otras pruebas] Mas, observándose lo dispuesto en estas últimas, y para poderse dar tormento á un esclavo ministrado como testigo en la causa de alguno que no sea dueño, ¿será necesario que haya ya alguna fundada presuncion de que dicho esclavo es sabedor del hecho que se trata de probar? Así parece deberá decirse, de forma que otramente no se le pueda dar tortura segun se infiere de la l. 1. D. *de quæst.* y lo opina notablemente Salic. á quien V. á la l. 3. C. *de adult.* col. 1. versic. *unde ego eos sic concordo.* Añád. tambien la l. 10. tít. 17. Part. 7. de la cual parece haberse originado la práctica de recibirse primero y escribirse simplemente las declaraciones de los esclavos y atormentarles despues. V. d. l. Mas por el daño que se haya causado al esclavo con la tortura ¿quien deberá indemnizar á su dueño? Parece que el acusado ó aquél en cuyo perjuicio se hizo la prueba, si ha resultado condenado, pero no si resultare absuelto, en cuyo caso deberá observarse lo á notado á d. l. 10. tít. 17. Part. 7. y lo dicho por la Glos. y Salic. á la l. 3. C. *de adult.* y V. l. últ. D. *de calumn.*—* V. art. 303. tít. 5. Constitucion de 1812. abolitivo del tormento, que tal vez en ningun otro caso podia haber sido aplicado tan bárbara y ferozmente, como en el de que se trata en la presente nota.

(76) Añád. l. 99. §. 2. D. *de verb. sign.* y Glos. á la l. 3. §. 5. D. *de testib.*

(77) Conc. l. 6. C. *de testib.* donde pone la Glos. los mismos casos de escepcion que nuestra ley aquí, debiendo notarse que lo dispuesto en ella tendrá tambien lugar con respecto á los padres é hijos naturales. Los padrinos de Bautismo ó confirmacion podrán, no obstante, declarar por susahijados, segun Bald. allí porque no hay ley alguna que lo prohiba. Y sobre si podrán ó no los hijos declarar á favor del cesionario del padre, V. á Abb. allí; y á Alex. consil. 143. vol. 2.

pleyto como este. Otrosi dezimos, que si alguno ouiesse fijo Cauallero, que bien podria ser testigo el padre en testamento que su fijo fiziesse en hueste, o en caualgada.

LEY 15. *De como la muger non puede testiguar por su marido, nin el marido por la muger; nin el hermano por el hermano mientra biuieren en poder de su padre.*

Muger (78) non puede testiguar por su marido en juyzio, nin el marido por su muger, en pleyto que ellos demandassen. Esso mismo dezimos en todo pleyto qualquiera que fuesse mouido contra alguno dellos. Otrosi dezimos, que hermano por hermano non puede testimoniar en juyzio, mientra que ambos estouieren en poder (79) de su padre, e biuieren de so vno auiendo sus cosas comunalmente. *(m)* Mas despues que cada vno touiesse apartadamente lo suyo, e biuiessen por si, bien podria testiguar el uno contra el otro (80).

LEY 16. *Como los que son de una casa, o de una compaña, bien pueden ser Testigos en pleyto ageno.*

El padre (81), e los fijos que biuen de so vno en vna casa, o los hermanos que biuen en poder de su padre, bien pueden ser testigos en pleyto ageno; maguer ellos non podrian testiguar vnos por otros, segun diximos en la ley ante desta: e non empeceria a aquel por quien testiguassen, por razon que biuen en vno, o eran de vna compaña estonce quando dauan su testimonio.

LEY 17. *De como la muger que es de buena fama, puede ser Testigo.*

Muger de buena fama puede ser testigo en todo pleyto (82), fueras ende en testamento. Esso mismo dezimos del que ouiesse natura de varon, e de muger (83); pero si la natura deste atal tirasse mas a varon que a muger, bien podria ser testigo en todo pleyto de testamento. E esto se entiende, si fuere de buena fama. Mas si contra la muger fuesse dado juyzio de adulterio, o fuesse vil, e de mala fama, non deue ser cabido su testimonio en ningund pleyto, assi como de suso diximos (84).

LEY 18. *Que ninguno non puede ser Testigo en su pleyto, nin los que estuuieren en su poder non pueden testiguar por el.*

En su pleyto (85) mismo non puede ser ningund testigo. Otrosi non puede ser cabido en aquel pleyto testimonio de su fijo (86), nin de su sier

(*m*) Mas despues bien lo podrian facer. Acad.

y consil. 34. col. últ. vol. 3. donde trata tambien de los padres é hijos espirituales.

(78) Añád. Glos. á la l. 4. §. 2. D. *si quis caution.* y Specul. tít. *de teste* §. 1. versic. *sed quid de uxore.* Mas, pidiéndolo el adversario del marido ¿podrá declarar contra este su muger? Specul. allí versic. siguiente, parece inclinarse á la afirmativa. Mas Juan Andr. en sus adiciones pretende lo contrario, por la reverencia que la muger debe al marido; y del mismo sentir tambien es Specul. d. tít. §. penúlt. versic. *sed numquid uxor*: y así parece que tampoco deberia admitirse al marido á declarar contra su muger, no porque le deba reverencia, sino para evitar que nazcan entre ellos resentimientos y desconfianza, ó tambien por la otra razon que indica Juan Andr. allí; esto es, por el peligro de una mancomunacion entre los consortes. V. l. últ. tít. 30. Part. 7.

(79) Apruébase la opinion de la Glos. á la l. 6. C. *de testib.* esceptuándose, empero, algunos casos notables que pueden verse en Bald. allí: y acerca de si el hermano podrá declarar en la causa matrimonial de su hermana, V. á Socin. consil. 17. vol. 1. y añád. Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *item quod est frater.*

(80) Pero ¿podrán así mismo declarar uno en favor de otro? V. Socin. consil. 17. vol. 1. y l. 11. tít. 1. Part. 6. y Glos. y Salic. á d. l. 6. C. *de testib.* donde trata este último de si podrán declarar unos contra otros los parientes consanguineos dentro del cuarto grado.

(81) Añád. l. 17. D. *de testib.* y §. 8. Instit. *de testam.*

(82) Por estas palabras: *en todo pleyto*, parece que podrán las mujeres declarar hasta en las causas capitales. V. Alex. consil. 11. vol. 1. consil. 24. col. 3. vol. 2. y cap. *quoniam* 3. y Glos. y Abb. y DD. allí, *de testib.* y Specul. tít. *de teste* §. 1. versic. *item, quod est mulier.*

(83) Añád. 4. q. 3. vers. *hermaphroditus.*

(84) V. l. 8. de este tít.

(85) Conc. l. 10. C. *de testib.*

(86) Conc. l. 3. C. *de testib.* y cap. *in litteris.* 24. d. tít. Mas, ¿que deberá decirse del fiador? ¿podrá ser testigo en el pleito del deudor principal? Juan Andr. adiciones al Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *sed quid si fidejussor* opina por la negativa, fundándose en la l. 49. §. 4. y l. 50. princ. D. *de legat.* 1. y lo mismo pretenden Ang. y Juan de Imol. allí. Pero Bald. en el lugar citado dice que si el deudor principal es solvente y el fiador no

no (87), nin de su aforrado, nin de su mayordomo, nin de su quintero (88), nin de su ortolano, nin de su molinero, nin de ome que sea su apaniaguado (89). E esto es, porque non seria guisado, nin derecho, de vn ome tener logar de parte, e de testigo. Nin otrosi aquellos que biuen en su merced, e han de fazer su mandado, que podiessen testiguar por el. Pero en pleyto de Concejo, o de Monesterio, o de Eglesia Conuentual, bien podrian dar testimonio los del Concejo (90), o del Monesterio, o de la Eglesia (91) Conuentual. E esto es, porque como quier que el pleyto tenga a todos comunalmente, non pertenece a cada vno por si en todo. E porende non deue ome sospechar, que los omes buenos fuessen aduchos por dar testimonio en pleytos de algunos destos logares, que quieran perder sus almas testiguando mentira por los otros.

LEY 19. *Como non puede testiguar sobre la cosa, aquel que la vendio: nin el Judgador non puede ser testigo de pleyto que passasse ante el.*

Campo, o viña, o otra cosa qualquier auiendo alguno comprado de otro, si despues fuesse mouido pleyto, o contienda sobre aquella cosa, non podria el comprador dar por testigo al que gela vendio, sobre aquella cosa: porque tal pleyto como este pertenece tambien al que la compro, como al que la vendio, porque el es tenudo de la fazer sana (92). Otrosi dezimos, que ningun Jud-

ha renunciado al beneficio concedido por la authent. *præsente* C. *de fidejussor.* [es el beneficio de órden y escusion], podrá este último ser testigo y aun juez; á cuyo sentir parece tambien inclinarse Alex. alegando además otras razones que pueden verse allí. Mas, esto no obstante, es mas comun la opinion de que el fiador no puede ser testigo en el pleito del deudor principal, aunque este sea solvente; porque, aun así, no deja el primero de tener interes en dicho pleito para que no se le veje á él con otra demanda; segun Francisc. de Aret. y Jas. á d. l. 49. §. 4. D. *de legat.* 1.

(87) ¿Podrá declarar el vasallo? V. Andr. de Iser. cap. 1. vers. *præterquam*, *si de investit. int. dom. et vasall.* y Alber. á la l. 3. C. *de testib.*

(88) V. Salic. á la l. 10. y 11. C. *de testib.* y Socin. consil. 228. vol. 2. col. penúlt.

(89) Añád. Specul. tít. *de teste* §. 1. versic. *item excipitur quod est domesticus.* Pero para probar su inocencia ó algun descargo, bien puede un acusado ministrar como testigos á sus domesticos ó familiares ú á otros que otramente no serian idóneos, segun Arch. al cap. *manifesta* 12. y cap. sig. quest. 1. y Alex. consil. 24. col. penúlt. vol. 1.; y sobre si podrá ministrarse como testigos á los domésticos no mercenarios, V. Alex. consil. 78. col. penúlt. vol. 1.

(90) Con tal, empero, que se tratase del interes ó prerogativas de la misma universidad como tal, pues si el interes fuese principalmente de los individuos de aquella, no serian estos idóneos para declarar, segun Bart. á la l. 6. §. 1. D. *de rer. div.* y Juan Andr. al cap. *cum nuncius*, *de testib.* y así no lo serian en los pleitos en que se tratase de pastos ó bosques comunales, como se observa constantemente en las Reales Audiencias; y V. Abb. al cap. *insuper* d. tít. donde se espresa notablemente y opina que aun en los pleitos indicados debe permitirse que declaren los particulares de la universidad, sin perjuicio de dar á sus declaraciones mas ó menos crédito, segun la calidad de las personas, y la circunstancia de ser mas ó menos interesados en el negocio: y lo mismo pretenden Alex. consil. 99. col. 7. vol. 5. y Dec. consil. 342. col 2. esto es que seran testigos idóneos los particulares del comun, cuando el interes que tengan en el pleito como tales es tan insignificante, que no es probable les induzca á perjurar, ó bien, segun el mismo Alex. consil. 99. col. 6. cuando el particular ministrado como testigo, no debe salir necesariamente beneficiado de que se falle el pleito á favor del comun, y solo tiene en lo que declara un interés incierto y eventual, de lo que puede verse allí un ejemplo. Mas téngase presente que, en el primer caso, aunque se admita á los particulares, no se les considera como testigos enteramente idóneos, y V. lo anotado por Juan de Imol. á d. cap. *cum nuncius*, Alex. d. consil. y Abb. á d. cap. *insuper*; Bald. á la l. 5. hácia el fin. C. *de testib.* V. l. 1. §. 7. y Bart. allí D. *de quæst.* l. 146. de Estilo, Bald. á la l. únic. §. 13. C. *de caduc. toll.* Glos. y Bart. á la *Novell.* 5. tít. 5. cap. 3. *collat.* 1. Bald. á la l. 1. col. 3. D. *de rer. divis.* Alex. vol. 2. consil. 68. col. 3. y consil. 43. col. 5. vol. 4. y añád. Luc. de Pen. á la l. 35. C. *de decur.*

(91) V. cap. *tertio loco* 5. *de probat.* cap. *cum nuntius* 12. y cap. *insuper* 6. cap. *veniens* 38. *de test.* cap. *etsi Christus* 26. *de jurejur.*

(92) De donde parece inferirse que si el vendedor no estuviere obligado á eviccionar al comprador, podrá ser testigo á favor de este: y así lo pretende tambien la Glos. á la l. 10. D. *de testib.* contra la Glos. á la l. 10. C. d. tít. la cual opina que en ningun caso puede el vendedor ser testigo por el comprador: y esta última opinion aprueban Cyn. Ang. y otros allí, fundándose en que siempre es verosimil que el vendedor tendrá un interés de afeccion en que no se rescinda la venta: sin que obste á lo dicho la

gador (93) non puede ser testigo en pleyto que el ouiesse judgado, o que ouiesse de judgar; pero de las cosas que acaeciessen ante el Judgador (94), bien podria dar su testimonio de como passaron, quando fuesse preguntado del Rey, o de los otros Mayorales, que conocen de las alçadas.

LEY 20. *Que los Abogados, non los Personeros, nin Guardadores de los huerfanos, non pueden testiguar en el pleyto que ellos amparassen, o demandassen.*

Bozero (95) non puede ser testigo del pleyto que el ouiesse començado a razonar. Pero si la parte contra quien razonasse lo pidiesse por testigo, entonce bien lo podria ser. Otrosi dezimos, que los Personeros (96), o los Guardadores de los huerfanos (97) non pueden ser testigos en pleyto que ellos amparassen, o demandassen, por aquellos cuyos Personeros, o Guardadores ellos fuessen.

LEY 21. *Por qual razon aquellos que son compañeros en mercaderia, o en alguna cosa, non pueden testiguar el vno contra el otro.*

Compañeros (98) seyendo algunos en mercaderia, o en otra cosa, si ouiessen pleyto en juyzio sobre aquella cosa en que han compañia, non deue ser recebido testimonio del vno por el otro: porque la ganancia, o la perdida de tal pleyto pertenece a cada vno dellos su parte. Pero en otro pleyto que non tanxiesse comunalmente a todos, bien podria testiguar el uno por el otro, como quier que fuessen compañeros, e amigos. Otrosi dezimos, que si algunos ouiessen fecho algun yerro de so vno (99), e despues desso acusassen a alguno dellos (100) por razon de aquel yerro que fiziera, non podria ninguno de los otros sus compañeros, que se ouiesse y acertado en fazer aquel yerro, ser testigo contra el (101).

l. pen. D. *fin. regund.* porque en ella se habla del caso en que vertiere cuestion entre dos compradores, sobre deslindes ó amojonamiento de dos heredades que hubiesen comprado á un mismo vendedor; y entónces nada tiene de particular que se admita á este último como testigo. Mas en esta nuestra ley, como se ve, apruébase la opinion de la Glos. á d. l. 10. D.; esto, es la de que, no estando el vendedor obligado de eviccion, pueda declarar por el comprador: de dónde puede inferirse que tambien el donador podrá declarar por el donatario, porque no tiene obligacion de eviccionarle; á menos que fuere pobre, en cuyo caso tiene derecho de pedir alimentos del mismo donatario, segun lo anotado á la l. últ. C. *de revocand. donat.* y adviértase tambien que de lo dispuesto en esta ley debe esceptuarse el caso en que el vendedor haya dejado de obligarse á la eviccion dolosamente y con la mira de poder ser testigo, segun indican los DD. y señaladamente Florian. á d. l. 10. D., pudiendo verse sobre esta materia á Bald. al §. *si duo, de pace tenend.* vers. *nota ergó.*

(93) Conc. 2. quest. 6. cap. *statutum* y Glos. allí cap. *Romana* 3. *de test.* y cap. *dilecto* 40. d. tít. l. últ. D. d. tít. y V. Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 22. y 23. y añád. l. 21. §. 1. y Glos. allí D. d. tít.

(94) Entiéndase, como lo esplica Specul. d. §. 1. col. 22. y 23. vers. *sed quod dixi* y añád. Abb. al cap. *olim ex litteris* col. 3. *de rescript.*

(95) V. Glos. á la l. últ. D. *de testib.* y Specul. d. tít. §. 1. col. 22.

(96) Apruébase la opinion de la Glos. á la l. 18. D. *de jur. fisci* vers. *idem decreverunt* y deséchase la de la Glos. á la l. últ. D. *de testib.*; aprobándose tambien lo dicho por *Inocenc.* al cap. *insuper* d. tít.

(97) Apruébase con esto la opinion de la Glos. á la l. últ. D. *de testib.* y á la l. 20. princ. D. *qui testam.*

(98) Apruébase tambien aquí la opinion de la Glos. á la l. 11. C. *de testib.* y Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 3. vers. *item quod est socius.*

(99) Conc. l. 11. C. *de testib.* cap. *sicut.* 9. y cap. *veniens* 10. d. tít. V. Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *item quod est socius criminis* col. 10. y 11. y por lo que hace á los términos con que convendrá al reo escepcionar contra semejante testigo, para que no parezca que confiesa el delito, al recusarle por cómplice en él, V. Glos. á la l. 37. C. *de liber. caus.* y Glos. al cap. 1. *de testib.* y Bald. á la l. 13. C. *de his qui accus. non poss.* ¿Bastará, empero, la declaracion del cómplice para que se forme pesquisa y se proceda contra el que aquél hubiere denunciado? V. Dec. consil 234 princ. donde cita á muchos DD. que están por la negativa. Mas bien se puede admitir el testimonio de los cómplices, en los casos ó delitos esceptuados; sobre los cuales V. Glos. á la l. últ. C. *de accus.* y al cap. 1. *de confess.* donde cita á Abb. y V. tambien lo anotado por la Glos. y los DD. á la 11. C. *de testib.* y Specul. lugar citado. ¿Bastará asimismo el dicho singular de un cómplice para dar tortura al denunciado? Así lo pretenden Ang. tratado *maleficior.* vers. *fama publica* col. 21. y Abb. citando á Cyn. d. cap. 1. col. 2.; pero parece mas probable la opinion contraria ó sea la de que la declaracion del cómplice no será indicio suficiente para dar tormento, á menos que concurra alguna otra presuncion, ni aun en aquellos

LEY 22. *Que aquellos que han enemistad vnos con otros, o que non son conocidos del Judgador, o de la parte contra quien han de testiguar, que non deuen ser testigos.*

Malquerencia (102) mueue a los omes muchas vegadas, de manera que maguer son sabidores de la verdad, que non la quieren dezir; ante dizen el contrario. E porende defendemos, que ningun ome que sea (n) omiziado con otro de gran enemistad (103), que non pueda ser testigo contra el en ningun pleyto, si la enemistad fuere (104) de pariente que le aya muerto, o que se aya trabajado de matar a el mismo, o si le ouiesse acusado, o enfamado sobre tal cosa, que si le fuera prouado, ouiera de recebir muerte por ello, o perdimiento de miembro, o echamiento de tierra, o perdimiento de la mayor partida de sus bienes. Ca por qualquier destas maneras que aya enemistad entre los omes, non deuen testiguar los vnos contra los otros, en quanto la enemistad durare. Otrosi (ñ) pedimos, que non deue ser recebido por testigo aquel que non es conocido (105) del Judgador, o de la parte contra quien lo dan, si este atal fuere ome vil, e muy pobre.

(n) enemistado B. R. 2,

(ñ) dezimos Acad.

casos en que debe interrogarse al reo para que revele quienes son sus cómplices, de los cuales habla Bart. á la l. 16. D. *de quæst.* y de este mismo parecer es Salic. á d. l. últ. C. *de accusat.* y Alex. consil. 89. vol. 3. y V. las adiciones á Ang. tratado *maleficior.* adicion *particeps.* D. *criminis* vers. *fama publica* y Dec. consil. 189. col. 3. el cual allí trata además la otra cuestion, de si puede interrogarse al mandatario acerca del mandante, cuando no hay otro medio de saber la verdad. —*V. la adic. á la nota prox. sig.

(100) Parece inferirse de aquí, que, para no admitirse al complice á declarar contra su cómplice, no es necesario que aquél sea tambien acusado del crímen que los dos han cometido, sino que basta el que de su declaracion resulte ú otramente conste que él tambien tuvo parte en el delito que denuncia ó sobre el cual es preguntado; todo lo que bien claramente se indica en nuestra ley, pues habla del caso en que uno solo de los cómplices haya sido acusado; y dice que entónces los demás no pueden ser testigos. Así, pues, no tendrá lugar lo que dice Juan Andr. adiciones á Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *quid si quatuor homines*, adicion que empieza *hæc quæstio non est dubia*; esto es, que, que solo se repele al cómplice cuando es tambien acusado ó se hacen contra él pesquisas, cuya opinion es alegada por algunos; á pesar de que, si bien se considera, no es esto absolutamente lo que pretende Juan Andr. allí, sino que se refiere á un caso especial del que habla tambien Dec. consil. 189. col. 5.—*Parécenos que á pesar de lo que dice el Glosador en esta nota y en la que precede, no deberá entenderse la presente ley tan estrictamente que la declaracion de un cómplice no haya de servir absolutamente de mérito alguno, ni aun para proceder é inquirir y asegurar la persona del designado como reo; antes bien, consideramos que, al declararse aquí que los cómplices *no puedan ser testigos* unos contra otros, se entiende decir que no puedan serlo, al efecto de que con sus dichos solos se tenga por probada la acusacion, no que por ellos solos no pueda procederse contra el denunciado y capturarle en su caso.

(101) Y añád. que, con mayoría de razon, tampoco seria admitido á declarar en favor de su complice, segun la l. 11. y Bald. allí C. *de testib.*

(102) Conc. l. 17. C. *de testib* cap. *licet Heli* 31. cap. *pertuas* 32. cap. *cum P. Manconella* 10. cap. *meminimus* 13. *de accus.* cap. *quotiens* 5. *de test.* y Specul. tít. *de test.* §. 1. princ.

(103) Pues por una enemistad que sea leve, nadie se presume que perjure, Bald. á la authent. *si dicatur* C. *de test.* mas no se da al que la tiene, tanto crédito, como si no la tuviese, segun Inocenc. cap. *cum oporteat*; donde dice que debe quedar al arbitrio del juez el graduar el valor que haya de darse á los dichos de semejante testigo: debiendo añadirse que al testimonio del enemigo, no se da crédito, aun despues de haber comulgado en una enfermedad, Bald. *de pace Constant.* §. *vasalli nostri* donde cita á Alex. consil. 14. col. 1. vol. 3. Pero ¿podrá ser testigo el enemigo una vez reconciliado? V. Glos. y Bart. á la *Novell.* 90. tít. 2. cap. 6. collat. 7. siendo de notar que se considera como enemigo para el efecto de no poder declarar, no solo al que aborrece á otro realmente, sino al que tiene ó se cree tener justo motivo para aborrecer, Inocenc. y Abb. al cap. *cum Y. et A. de re judic.* y V. Bald. á la l. 2. princ. col. 11. C. *si contra jus vel utilit. publ.* Por lo que hace al que ignora la ofensa que se le ha hecho, siendo esta tal, que, llegando á su noticia, seria justa causa de enemistad, V. Bart. á la l. 1. D. *de his quib. ut indign.* Y acerca de si el que una vez ha sido enemigo, se presume serlo perpetuamente, V. Paul. de Castr. á la l. 22. D. *de legat.* 2. donde opina por la afirmativa, y l. 5. y Bald. allí C. *fam. ercisc.*

(104) Enuméranse aquí las causas que la ley presume ser de enemistad grave ó capital: y añád. l. 2. tít. 17. Partida 7. y Glos. á d. *Novell.*

LEY 23. *En que guisa deue el Judgador recebir los dichos de los Testigos.*

Recebir deue el Juzgador la jura (106) de los testigos, ante que (o) aya su testimonio. E esta jura deue tomar, seyendo la parte delante contra quien son aduchos, faziendogelo ante saber, e señalandole el dia a que venga veer como juran (107). Pero si la parte, despues que assi fuesse combidada; fuesse rebelde que non quisiesse venir, non deue por esso el Judgador dexar de tomar la

(o) oya Acad.

90. tít. 2. cap. 6. *collat.* 7. vers. *de crimine*, Bart. á la l. 3. §. últ. D. *de adim. legat.* Hipolit. á la l. 1. §. 24. D. *de quæst.* fol. 16 y Juan de Plat. á la l. únic. C. *si propt. inimic. creat.* donde observa, despues de Bart., que en todo lo que hace ó dice el enemigo contra su enemigo, se considera decirlo y hacerlo movido de su enemistad.

(105) Conc. *Novell.* 90. tít. 2. cap. 1. §. 1. *collat.* 7. y esta circunstancia de no ser conocido no bastará para que el juez repela al testigo de oficio, sino que es necesario que la parte la oponga al que es ministrado como tal: añád. cap. *canonica* y Glos. allí §. quest. 5. y Bald. á la l. 8. col. 4. D. *de execut. rei judic.*; siendo de notar las palabras de esta nuestra ley: *si fuere ome vil, é mui pobre*: y acerca de lo dispuesto aquí, de no deber elegirse por testigos á los desconocidos, V. Abb. al cap. *bonæ* el 2. 12. not. *de postul. prœlát.* y al cap. *in Lateranensi*, *de prœbend.* pudiendo añadirse á esta ley, la Glos. á la l. 3. vers. *quanta fides* D. *de testib.*

(106) Conc. l. 9. C. *de testib.*

(107) Conc. l. 19. C. *de testib.* y cap. 2. d. tít. V. Bart. á d. l. 19. y á la authent. *sed et si quis.* C. d. tít. donde trata, á este proposito, y entre otros varios, los siguientes puntos: 1°. de como debe hacerse la citacion de que se habla aquí en nuestra ley; 2°. de si será necesario que se haga esta nueva y especial citacion para ver jurar los testigos, aunque, al señalar ó conceder la dilacion, haya citado el juez á las partes en general para la prueba: 3°. de si puede suponerse facultado al juez para recibir testigos estando la parte ausente: 4°. si bastará que se haga dicha citacion en la persona del principal interesado, cuando la litiscontestacion se hubiere entendido con el procurador; ó en el caso de ser varios los procuradores constituidos por la misma parte, y no haber comparecido mas que uno, si bastará que se haga la citacion en las personas de los demás, á lo menos cuando en la constitucion de poderes tengan continuada la cláusula de que no sea de mejor condicion el que primero compareciere: 5°. si bastará que se haga la espresada citacion al domicilio. [Las cuestiones que, citando á Bart., propone aquí el Glosador son en el dia de escaso interes, por la poca ó ninguna importancia que se da, entre nosotros, á esa citacion de las partes para ver jurar los testigos contrarios; citacion que se ha conservado y se observa, por lo general, escrupulosamente en la práctica, pero que carece enteramente de objeto, no pudiendose repeler á testigo alguno, como inhábil, ni pedir que no se proceda á su recepcion. Las leyes de Partida que así lo permitian espresamente, (l. 8. y siguientes de este tít. y l. 11. tít. 3 de esta Partida) debieron, para ello, proporcionar á las partes los medios de conocer las personas de los testigos que se fuesen ministrando para poder tacharlos y repelerlos oportunamente, antes que fuesen examinados; y á este fin establecieron la citacion para ver jurar. Pero la l. 1. tít. 12. lib. 11. Nov. Rec., disponiendo que solo despues de la publicacion de probanzas se hayan de oponer las tachas á los testigos, ha hecho que la espresada citacion deje de tener objeto, pues, al publicarse las pruebas, de todos modos, cada una de las partes podrá enterarse de quienes son los testigos ministrados por la contraria, sin necesidad de que se la haya citado antes para ver juramentarlos: fundados en lo que, parece habian cesado ya algunos tribunales en la práctica de hacer aquella citacion, como dice D. Lázaro de Don §§. 7. y 8. art. 2. secc. 1. cap. 7. tít. 2. lib. 3 Instituciones de derecho público; donde asimismo observa que acaso el citar á las partes para ver jurar se habria introducido para que en el acto del juramento no se omitiese ninguna formalidad, ni circunstancia debida para asegurar la religion del juramento, siendo este un acto tan substancial y de interes para las partes: en cuyo concepto se esplicaria tambien la poca importancia que se da, en el dia, á aquella citacion, resultado de la indiferencia con que se ha empezado á mirar desgraciadamente la prestacion del juramento.

Adviértase, empero, á propósito de lo que acabamos de decir, que al observar así en la presente nota, como en la 48. tít. 3. de esta Part. que la ley recopilada establecia que solo despues de la publicacion de probanzas pudiesen oponerse tachas á los testigos, y que era, por consiguiente derogatoria de las de partida, en cuanto estas permitian tachar y repeler á los testigos antes de su exámen y recepcion, nos hemos espresado así, atemperándonos á la opinion comun y á la práctica que universalmente ha prevalecido en nuestros tribunales (y v. en apoyo de la misma práctica y opinion lo que dice el Conde de la Cañada n°. 41. y sigs. hasta el 63. inclusive cap. 10. Part. 1ª. de los Juicios

jura de los testigos, e recebir los dichos dellos. Otrosi dezimos, que ningun testigo non deue ser recebido sin jura (108), nin deue valer su dicho; fueras ende, si pluguiesse a ambas las partes de quitar la jura al testigo, fiandose en su lealtad; o si fuesse contienda en razon de alguna cosa que demandasse la muger, que la apoderassen de los bienes del marido finado, porque fincara preñada del; e mandasse el Judgador a algunas mugeres sabidoras, que la fuessen catar si era preñada, o non, e dixessen despues al Juez aquello que entendiessen: atales mugeres como estas non han por que jurar (109), mas abonda que digan llanamente aquello que entendieren, si es preñada, o non: e maguer tales mugeres digan su testimonio por creencia, deue valer sobre tal razon como esta, porque non puede ninguno testimoniar si non sobre lo que vee.

LEY 24. *En que manera deuen juramentar a los Testigos, quando les quisieren preguntar por algun fecho.*

La manera de como deue jurar el testigo de—

civiles); pero sin que deje de ser esto un tanto dudoso en nuestro concepto; pues si bien la ley recopilada concede el término de seis dias despues de notificado el auto de publicacion para tachar los dichos y las personas de los testigos, cuando las de partidas solo antes de la recepcion de los mismos hablaban de oponer tachas á las personas; mas aquel término lo señala para el caso en que alguna de las partes quiera tachar *hecha la publicacion de los testigos*; y no escluye espresamente el derecho ó facultad de hacerlo antes: por manera que, aun en el dia, podria pretenderse, sin incurrir en temeridad, que se repeliese á un testigo ministrado, como inhábil y dejase de procederse á su recepcion, alegando y ofreciendo probar que reune alguna de las circunstancias que, segun las leyes de este título, constituyen incapacidad de atestiguar; y entónces podria entenderse y utilizarse el término concedido por la ley recopilada, para oponer aquellas tachas que, sin redarguir al testigo contra quien se oponen de enteramente inhábil, disminuyen la presuncion de veracidad que otramente tendria en su favor, y la fuerza legal de su declaracion, como la de parentesco, no siendo en grado muy próximo ni en la línea recta, la de enemistad, no siendo capital y otras muchas]. Adviértase tambien que por lo general debe citarse á la parte para la produccion de documentos, l. 18. y Bald. allí C. *de fid. instrum.* [V. ll. 10. y 11. tít. 19. de esta Part. l. 5. tít. 23. lib. 10. Nov. Rec.] Al concluirse, empero, el término probatorio, entrambas partes deben tenerse por citadas, V. Bald. á la l. últ. C. *qui admitti* y Bart. á la l. 18. D. *de constit. pecun.* Bart. y Jas. á la l. 13. D. *de verb. oblig.* Mas si fuese ministrada por testigo una muger ¿deberia tambien citarse á la parte contraria para presenciar como presta el juramento? V. Bald. á la l. 15. D. *de jurejur.*

(108) Conc. cap. *tuis quæstionibus* 39. y cap. *nuper* 51. *de testib.* Pero, si despues de recibido un testigo sin exigírsele juramento, constare en los autos que ya antes lo habia prestado, ¿se presumirá que efectivamente lo prestó? *(quid si in actis reperitur talis testis juratus, et an ex hoc constet de juramento)*, V. Abb. allí donde opina por la afirmativa; pero añade que lo que no se presumiria, no constando, seria el que la parte se hubiese hallado presente al juramentarse el testigo, mas sí que se le recibió el juramento en la forma debida, segun Bald. al proem. D. *veter.* col. 2. Por lo demas, debe el testigo jurar que dirá verdad acerca de todo lo concerniente á la causa, V. Bart. á la l. 13. §. 1. D. *de jurejur.* Y ¿que fuerza tendrán las declaraciones de unos testigos que aparezcan recibidos, tiempo atrás en poder de algun escribano, y sin que conste que hubiesen sido juramentados? V. Bart. á la l. 31. col. 9. D. *de jurejur.* donde pretende que harian prueba semiplena; y V. al mismo allí, donde habla de los testigos que, por imposibilidad de ir á la presencia del juez han prestado el juramento ante algun escribano. Y ni aun los jueces, á quienes se ha dado la facultad de proceder sin guardar las solemnidades de derecho, pueden absolver ni condenar en méritos de las declaraciones de testigos no juramentados, segun Bald. á la l. 8. C. *de Episc. et Cleric.* y á la l. 15. col. 2. C. *de testam. milit.* bien que siempre podrán servirles aquellas para instruccion, V. Bald. y adicion. al mismo, §. *si duo*, *de pace tenend.* Y por lo que mira, á los testigos que declararen fuera de los capítulos á tenor de los cuales se ha pedido por la parte que fuesen examinados, V. Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 18. hácia el fin.

(109) Apruébase aquí la opinion de la Glos. á la l. 9. C. *de testib.* y á la l. 1. D. *de ventr. inspic.* pero debe entenderse que es el juramento *de verdad* el que no se puede exigir á las comadronas, de quienes se habla aquí; pero bien podrá exigírselas el *de creencia* ó *de concepto*, segun opinan los DD. comunmente: V. Bald. al proem. D. col. 2. y Abb. al cap. *proposuisti*, *de probat.* Alberic. ad. l. 1. §. 1. D. *de ventre inspic.* DD. á la l. 1. §últ. D. *de verb. oblig.*—* y así se observa en la práctica constantemente, exigiéndose á las comadronas llamadas por el tribunal el acostumbrado juramento de que, al practicar el reconocimiento y prestar la relacion, para que han sido llamadas, cumplirán fielmente segun conciencia

lante el Judgador, es esta: deue poner las manos sobre los Santos Euangelios (110), e jurar, que diga verdad (111) de lo que sopiere en razon del pleyto sobre que es aducho, tambien por la vna parte como por la otra (112); e que en diziendola, non mezclara y falsedad; e que por amor, ni por desamor, ni por miedo, nin por cosa que le sea dada, o prometida, nin por daño, nin por pro que el atienda ende auer, non dexara de dezir la verdad, nin la encubrira; e que toda cosa que sopiere de aquel pleyto sobre que es aducho por testigo, que la dira, maguer non gela pregunte (113) el Judgador. E aun deue jurar, que non descubrira (114) a ninguna de las partes lo que dixo, dando su testimonio, fasta que el Juez lo aya publicado. E todas estas cosas deue jurar por Dios, e por los Santos, e por aquellas palabras que son escritas en los Euangelios. Pero si el testigo fuesse Arçobispo (115), o Obispo, non ha por que poner las manos sobre los Euangelios. Mas abonda que jure, que dira verdad segun que le conuiene, estando los Euangelios delante, assi como de suso diximos (116).

LEY 25. *Quantas cosas deuen jurar, aquellos que son llamados para dezir verdad en razon de pesquisa, que el Rey quiera fazer, o otro por su mandado.*

Jurar deuen aquellos que son llamados para dezir verdad en razon de pesquisa (117) que el Rey quiera fazer, o otro por su mandado, en la manera que dize en la ley ante desta, segun costumbre de España; e señaladamente deuen jurar estas tres cosas. La primera, que digan verdad de lo que saben ciertamente. La segunda, de lo que oyeron dezir(118). La tercera, de lo que creen(119) sobre aquel fecho de que les preguntan, si es assi, o non. Pero si el Rey quiere de fazer la pesquisa, puedeles tomar jura en esta guisa (120): sin libro, tomando las sus manos dellos entre las suyas, e conjurandolos por tales cosas como las que diximos en esta ley, demas por el señorio que ha sobre ellos, e so aquella pena que el entendiere que merescen, segund el fecho fuere, si le negassen la verdad.

LEY 26. *Como deue el Judgador fazer la pregunta al Testigo, despues que lo ouiere juramentado.*

Recebida la jura de los testigos, assi como dize en las leyes ante desta, deue el Judgador apartar (121) el vno dellos, en tal logar que ninguno non los oya (122), e auer algund Escriuano en-

y las reglas del arte que profesan.

(110) V. Glos. á la Clementin. prin. *de hæret.* á la palabra *tactis*: pero generalmente se acostumbran recibir los juramentos con una cruz ó crucifijo.

(111) Trae lo dicho aquí su orígen de lo anotado por Azon *in summa* C. *de testib.* col. 4. y Specul. tít. *de teste* § *sequitur*.

(112) Conc. authent. *sed judex* C. *de Episc. et cleric.*

(113) Nótese esto; pues comunmente omiten los jueces hacer esta advertencia á los testigos al recibirles el juramento; lo que da lugar despues á que se redarguyan las declaraciones en la parte que no se refieren exactamente á las preguntas articuladas, bajo el pretexto de que en aquello no fueron los testigos juramentados.

(114) No he visto que en la prática se observase el exijir tambien juramento de guardar secreto: solo despues de prestada la declaracion se le advierte al testigo que no revele lo que ha declarado hasta despues de la publicacion, en virtud del juramento que ha prestado; pero sin que á ello le obligue la relijion del mismo, no habiéndosele exijido á dicho efecto desde un principio, segun Specul. tít. de *de teste* §. *sequitur;* y esta es la razon por la que se previene en la presente ley y en la pragnática de Alcalá [l. 3. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec.] que se exija tambien previamente á los testigos el juramento de que guardarán secreto; disposicion muy útil y recomendable, y que deberia observarse con mas exactitud á fin de precaver el que, sabiendo lo que han dicho unos testigos, sobornen las partes á los demás que han de ser examinados todavía.

(115) Conc. la authent. *sed judex* C. *de Episc. et cleric.* y 11. quest. 1. cap. *neque honore.*

(116) V. l. 4. tít. 11. de esta Partida.

(117) Añád. cap. *qualiter*, *et quando* 17. hácia el fin *de accusat.*

(118) Así, pues, en las pesquisas se admite tambien el testimonio de oidas, V. l. 29. de este tít. y lo anotado allí.

(119) V. d. l. 29. y d. cap. *qualiter et quando* 17.

(120) Téngase presente lo dispuesto aquí acerca el modo con que deben los súbditos prestar el juramento en manos del Rey; y aun parece que la presente ley añade al juramento el homenaje, respecto del cual V. lo anotado á la l. 26, nota 199. tít. 11. de esta Partida.

(121) Lo mismo que hizo Daniel con los acusadores de Susana, V. Daniel cap. 13. vers. 51. y Glos. al cap. 2. *de testib.* añád. Specul. tít. *de teste* § *nunc tractandum* col. 3. vers. *sed pone produxi.*

(122) Añád. cap. *venerabili* 52. *de testib.* debien-

tendido (123) consigo, que escriua (124) lo que dixere; de manera que ninguno de los otros testigos non puedan saber lo que el dixo. E deue fazer leer al testigo la demanda, o el pleyto sobre que es aducho para testiguar, e dezirle, que le diga la verdad de lo que sabe. E desque el testigo comenzare a dezir, deue el Judgador escucharle mansamente, e callar fasta que aya acabado, catandol todavía (125) en la cara. E cuando acabare de dezir, deue entonce el Judgador, o el Escriuano que escriue los dichos, començar a fablar, e dezirle: Agora escucha tu a mi, ca quiero que oyas, si te entendi bien: e deue entonce recontar (126) lo que el testigo dixo. E si se acordaren que dixo assi, deuelo luego fazer escreuir, o escreuirlo el mismo bien, e lealmente, de guisa que non sea menguada, nin crecida ende ninguna cosa. E despues que (*a*) fuere todo endereçado, deuelo luego fazer leer (127) antel testigo. E si el testigo entendiere que esta bien, deuelo otorgar. E si viere que y a alguna cosa de emendar, deuelo luego endereçar: e despues que fuere todo endereçado, deuelo fazer leer antel testigo, e si el testigo entendiere que esta bien, deuelo otorgar. E aquel que recebiere el testigo que dize que sabe el fecho, deuele preguntar como lo sabe (128), faziendol dezir por que razon lo sabe, si lo sabe

(*p*) fuere escripto Acad.

do hacerse en secreto todas estas preguntas, á los testigos, Glos. 2. quest. 1. cap. *in primis* sin que puedan estar presentes los abogados al examen y recepcion de los mismos, Bart. á la l. 27. §. 7. D. *de adulter.* Pero pueden intervenir algunas personas como testigos de aquel acto, cap. *ut officium* 11. *de hæret.* como en las causas de heregia intervienen dos religiosos en el exámen de los testigos: lo cual, segun Abb. al cap. *cum causam*, *de testib.* col. 3. sería bueno que se practicase en todas las causas de gravedad.

(123) Nótese bien, que se exige por esta ley la intervencion de un escribano intelijente, además de la del juez, en el exámen y recepcion de los testigos; por donde es fácil conocer, cuan lamentable es el abuso que se ha introducido en nuestros tiempos, de encargar á un receptor cualquiera, y aunque sea en causas de mucha gravedad é importancia, la práctica de la espresada dilijencia que es tal vez la mas trascendental y delicada, pues de ella depende generalmente la decision de la causa, segun Specul. tít. *de teste* §. *nunc tractandum* vers. *non tamen.* V. l. 35. de este tít.—*V. ll. 7. y 8. tít. 11. lib. 11. y l. 3. tít. 28. lib. 5. Nov. Recop.

(124) Las declaraciones, pues, de los testigos deben escribirse; otramente no sería válida la sentencia que, en méritos de ellas se profiriese, Bald. á la l. 4. col. últ. C. *de sentent.* y deben redactarse y escribirse integramente; sin que baste, al escribir la declaracion de uno, referirse á la de otro que haya depuesto lo mismo, segun Specul. tít. *de teste* §. *nunc tractandum* col. 3. vers. *cautiorem*; bien que lo contrario opina Bald. vers. *hæc sunt nomina*, *de pace Constantiæ*, fundado en las razones que pueden verse allí; y citando en apoyo de lo mismo á Juan Andr. cap. *nihil obstat*, *de verb. signif.* Guillelm. Benedict. *in repet.* cap. *Raynutius*, *de testam.* vers. *cæterà bona*, col. antepenult. dice que Angelo y Salic. están por la opinion de Specul. y añade que esta es en efecto la mas verdadera, á menos que haya mas de dos testigos que declaren con entera uniformidad; en cuyo caso pueden escribirse los dichos de los demás por referencia á las de los dos primeros; y considerarse que el número de testigos suple ya entónces la escesiva formalidad en la recepcion de los últimos, y de este parecer es tambien Jacob. Butr. á la l. 3. §. 2. y Glos. y Bart. allí D. *de testib.* Mas tambien á esto parece oponerse Juan Andr. citado por Bald. y siguiendo á Hostiens. á quien y á Abb. allí puede verse. En mi concepto es la mas plausible la opinion de Specul. ó sea la de haberse de escribir integramente y sin distincion de casos las declaraciones de todos los testigos; á menos, que habiendo declarado mas de dos con entera conformidad, hubiese algunas circunstancias, como la buena fama y la sabiduría del testigo y del escribano que persuadiesen lo contrario.—* V. l. 5. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec.

(125) Pues con frecuencia la palidez del semblante y el titubear de algun testigo hacen que deba darse á sus palabras menos crédito, como dice Ciceron *in Topicis* á tenor de lo de Ovidio: *O quam difficile est crimen non prodere vultu!* Y, como dice Inoc. al cap. *quoniam contra* 11. *de probat.*, cuando el que examina los testigos observa que vacilan ó que declaran con trepidacion, ó de otra manera le infunden sospecha, es conveniente que así lo haga constar en los autos; y añád. cap. *constitutus*, *de fidejuss.* y Abb. allí 3. notab. y Specul. tít. *de teste* §. *nunc tractandum* col. 2. donde esplica, el modo como debe el escribano consignar las mencionadas circunstancias.—*V. la adic. á la nota 199. de este tít.

(126) Bello modo de examinar á los testigos, y que debe tenerse muy presente.

(127) Lo propio dispone el cap. 17. Ordenanzas de Madrid y la pragmática de Alcalá [l. 3. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec.] y añád. Bald. á la l. últ. C. *plus valere quod agitur*: pues solo es valedero lo que se ha comprobado con la repetida lectura, segun la l. únic. C. *de emend. Cod.*

(128) Mas ¿qué razon de ciencia será bastante? Parece que la de observancia por medio del

por vista, o por oyda, o por creencia. E la razon que dixere, deuela fazer escreuir (129). Ca si por auentura el testigo non fuesse preguntado (130) por que razon sabe lo que dize, valdria su testimonio (131), bien assi como si ouiesse espaladinada la razon porque lo sabe: de manera que despues que se leuantasse (132) delante del Judgador, non deue ser della preguntado; fueras ende, si testi-

sentido corporal que sea propio para percibir el hecho sobre que recae la declaracion. Así lo opina Bart. tratado *de teste*, donde lo esplica con algunos ejemplos; y añád. Abb. al cap. *cum causam* col. 5. y 6. *de test.* y Bald. quien discurre sobre este punto notablemente á la l. 18. col. 3. y 4. C. *de testib.* y á la l. 11. col. 7. 8. 9. y 10. C. *de his qui accus. non poss.* donde se leen acerca de lo mismo muchas especies dignas de tenerse presentes: siendo de advertir que se llama testigos *de vista* á los que deponen de propia observancia, aunque hayan percibido el hecho por medio de otro cualquier sentido, S. Agustin libr. *de verbis Domini*. S. Tom. 2. 2. quest. 1. art. 4. Glos. al cap. *testes* 3. quest. 9. Añádase á lo dicho que no seria admisible ni bastante la razon de ciencia que consistiera en lo mismo que se hubiese depuesto, glos. 2. á la l. últ. D. *de offic. procur. Cœs.* Bart. y Paul. á la l. 12. D. *de petit. hæred.* (la que debe leerse inmediatamente despues de la l. 9. del mismo tít.) Por lo que hace á si seria ó no válido un estatuto por el cual se estableciese que debiera darse crédito á los testigos, aunque dieran malas razones de ciencia, V. Bald. á la l. 9. hácia el fin C. *de testam.* y Dec. consil. 37. col. 2. y añád. Bald. á la l. 32. col. 18. D. *de legib.* y á d. l. 11. C. *de his qui accus. non poss.* donde trata de las diversas razones de ciencia que pueden darse por medio de varios predicamentos. ¿Que crédito mereceria el testigo que, despues de declarar que Ticio es hombre de buena fama, preguntado que entiende por buena fama, contestase ignorarlo? Ninguna fuerza tendria semejante declaracion, segun Bald. á la l. 1. D. *de his qui sui vel alien. jur.* donde advierte, empero, que al inquirir de los testigos la razon de ciencia de sus dichos, debe buscarse, no tanto como la lógica y exacta definicion, el natural, aunque grosero conocimiento de las cosas sobre que declaran. Añádase tambien que el dar una razon de ciencia increible hace al testigo sospechoso, Bald. á la l. 23. col. 3. C. *de probat.* á quien puede verse allí donde trata además otras varias cuestiones sobre la misma materia. Y respecto de si en la razon de ciencia se entenderá tácitamente reproducido el tiempo y lugar á que se refiere lo declarado, ó si es necesario espresarlo, V. Bart. á la l. 7. D. *de supellect. leg.* donde opina que será bastante, sin necesidad de repetirlo.

(129) Pues toda la fuerza de la declaracion estriba en la razon de ciencia que da el testigo, segun Bald. á la l. 15. col. 5. C. *de Episc. et cler.* l. 77. §. 20. D. *de legat.* 2. y l. 5. D. *de admin. tut.*

(130) Apruébase la opinion de la Glos. á la l. 3. D. á la l. 4. C. *de testib.* y al cap. *cum causam* d. tít.; pero debe entenderse lo dispuesto aquí en términos que se de crédito á los testigos, aunque no sean preguntados por la razon de ciencia, cuando declaran sobre cosas ó hechos perceptibles por medio de los sentidos corporales, ó por un sencillo discurso de la razon, Inoc. y Abb. allí col. 3. á d. cap. *cum causam*, Bald. á la l. 3. col. 20. C. *de edend.* á la l. 4. C. *de probát.* á la l. 4. col. 2. C. *de testib.* y á la l. únic. col. 9. C. *de sentent. quœ pro eoquod int.* y Bart. á la *Novell.* 90. tít. 2. cap. 2. *collat.* 7. y á la l. 20. §. últ. D. *de testam.* y Alex. consil. 109. col. últ. vers. *neque obstat.* Mas si la parte hubiese pedido que se preguntase á los testigos la razon de ciencia de lo que declarasen, no valdrian los dichos de estos, no habiendoseles preguntado, Juan. Andr. á d. cap. *cum causam* y V. l. 30. de este tít.: y notese finalmente que en igualdad de las demás circunstancias, son siempre preferidos y merecen mayor crédito los testigos que dan razon de ciencia, que los que no la han dado.

(131) Entiéndase esto en el sentido que acaba de esplicarse en la nota prox. antecedente; y tendria asimismo lugar, aunque fuera el Príncipe quien hubiese mandado al receptor de los testigos que les preguntase la razon de ciencia. V. Andr. de Iser. al cap. *quoniam*, *de prohib. feud. alien. per Lothar.*

(132) A fin de que no hablase en el intermedio con las partes y sobornado por las mismas no faltase despues la verdad: sin embargo de lo qué pretende la Glos. á la *Novell.* 90. tít. 2. cap. 4. *collat.* 7. vers. *non habebit.* que, á instancia de la misma parte que los ha ministrado, pueden ampliarse las declaraciones de los testigos, aun despues de haberse separado de la presencia del juez, pero á instancia de la parte contraria ó por providencia del juez, procediendo de oficio, tan solo está autorizado por la practica, el examinar nuevamente á los testigos, no para ampliar sus declaraciones, sino para preguntarles la razon de ciencia de lo que tienen ya declarado; en lo cual no sabemos haya otro texto conforme con d. Glos. y únicamente Ang. allí opina que bien podria el juez proceder á ese nuevo exámen, de oficio; pero no á instancia de la parte contra quien los testigos se hubiesen ministrado. Bald. á la authent. *at qui semel* C. *de probat.* col. 2. sostiene, no obstante, la opinion de la citada Glos. fundándose en que el no haber preguntado á los testigos la razon de ciencia no deja de perjudicar á la parte contraria, puesto que, si así se hubiese hecho, podian aquellos haber dado una

guasse sobre pleyto de que podiesse nacer muerte, perdimiento (133) de miembro, o echamiento de tierra, o sobre otro pleyto grande (134); en que tenemos por bien, que sea el testigo otra vez pre) guntado en poridad, e que sea tenudo de dezir la razon por que lo sabe: e si preguntado fuere, e non quisiere dezir por que razon lo sabe; non deue valer (135) su testimonio, pues que non sabe, o non quiere dar razon de lo que dice (*q*). E desque los testigos fueren aduchos delante el Judgador, e ouieren jurado, non se deuen partir de aquel logar sin su mandado, fasta que ayan acabado de dezir su testimonio. E si por auentura ouiesse tan gran priessa el Juez de otros pleytos, que non podiesse luego recebir su testimonio, deuenlo ellos esperar fasta quince dias (*r*) a lo menos (136). Pero la parte que los traxere, deueles dar despensas (137), desdel dia que salieren de sus casas por venir dar su testimonio, fasta que lo ayan acabado (138) de decir.

(*q*) Lo que sigue de esta ley hasta su conclusion, en la edicion de la Academia, está continuado separadamente y formando ley aparte y distinta de la presente, resultando de ahí en las dos ediciones, una diferencia en la numeracion de las restantes leyes de este título, que podria, no siendo advertida, producir alguna confusion, al evacuar las citas que, en los AA. ó en el foro, se hagan de las mismas.

(*r*) a lo mas Acad.

razon incongruente y destruido así la fuerza de sus dichos. En mi concepto, atendido que la presente ley prohibe terminantemente que, fuera de los casos espresados en la misma, vuelva á examinarse á los testigos para inquirir la razon de sus dichos, una vez se hayan separado de la presencia judicial, jamás deberá esto hacerse á instancia de una ni otra de las partes, á menos que al juez le parezca conveniente, consideradas las circunstancias de la causa, la cualidad de los testigos, y de la parte que lo solicitare; á cuyo propósito. V. Bald. á la l. 6. col. penúlt. hácia el fin C. *de rejudic.* ¿Será, empero, responsable el juez, en el foro judicial ó en el penitencial ó interno, de los perjuicios que se ocasionen á la parte por haberse omitido el preguntar á los testigos la razon de ciencia de lo declarado? V. Juan Andr. adiciones á Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 18. adicion á las palabras *sine causa.* y Abb. al cap. *cum causam, de testib.* col. 4.

(133) Añád. Salic. á la l. últ. C. *de probat.* donde dice que, en lo criminal, no hacen fe los dichos de los testigos que no dieren razon de ciencia, y que, no habiendola dado, deben ampliarse sus declaraciones: cuya ópinion es adoptada tambien por Decio consil. 249., siendo digna de tenerse presente la disposicion de esta nuestra ley.

(134) Pues las causas civiles de grande interes se equiparan á las criminales, l. 21. D. *de excus. tut.* Instit. §. 4. d. tít. y sobre cuales sean las causas que se consideran ser de gravedad y á quien incumbe probar que lo sean, V. lo anotado á la l. 2. tít. 11. de esta Partida nota 12. allí.

(135) Apruébase la opinion de la Glos. á la l. 4. C. *de testib.* y á d. cap. *cum causam.* Mas el dicho del testigo que se resitiere á dar la razon de ciencia, ¿inducirá á lo menos alguna presuncion? V. Specul. tít. *de teste* §. 1. vers. *item quod interrogatus* col. 18, donde añade que cuando el testigo haya dado una razon de sus dichos falsa ó incongruente, será lo mismo que si no hubiere dado ninguna.

(136) Conc. l. 19. C. *de testib.*

(137) Conc. l. 11. C. *de testib.* y 4. quest. 3. §. *venturis*; y V. lo anotado por Juan Andr. adic. al Specul. tít. *de teste* §. *qualiter* adicion á la palabra *quoniam*, donde dice que la parte contra quien se ministran los testigos no debe contribuir al pago de las costas de su exámen y recepcion, aunque hubiere presentado repreguntas, para que, á tenor de las mismas, fuesen aquellos examinados; y advierte allí mismo que á los testigos no deben abonarseles aquellos gastos que hubieran tenido que sufragar, estando en su casa lo mismo que yendo á declarar; con otras especies notables sobre la misma materia. Si los testigos han sido ministrados por entrambas partes, las dos deberán abonarles los gastos que por dicha razon se les ocasionaren, en la proporcion que al juez le parezca mas equitativa, Bald. á la l. 6. §. 1. hácia el fin C. *de appell.* donde añade que cuantos mas sean los contribuyentes, tanto mayores serán los abonos que se harán á los testigos; pero que jamás deberán abonarse á estos los perjuicios que se les ocasionen por causa del tiempo: V. al mismo Bald. á la l. últ. hácia el fin C. *de fruct. et lit. expens.* Cuando el juez haya mandado declarar á los testigos de oficio, y no á instancia de parte, entrambas partes deberán contribuir á la indemnizacion de los que hayan comparecido, V. Bald. á la l. 3. C. *ad leg. jul. de adult.* donde añade á lo dicho que si el juez ha examinado algunos testigos, procediendo de oficio y por via de pesquisa, puede proveer que se les abonen los gastos de los fondos públicos. Y si, despues que una de las partes ha traido testigos de muy lejos, quisiere la otra parte ministrar los mismos en favor suyo, ¿deberá esta última contribuir al abono de los gastos causados hasta entónces? V. Bald. á la l. 39. D. *famil. ercisc.* donde opina por

Ley 27. *Que la parte que ha Testigos en otro logar para prouar su intencion, como deue embiar aquel Juez, ante quien ha el plazo, al Juez de aquel logar, su carta, que los reciba.*

Acaecer podria algunas vezes, que los testigos que algunos ouiessen aduzir para prouar sus pleytos, que non serian en aquel logar en que el pleyto se començara por demanda, e por respuesta. E porende dezimos que el Judgador deue embiar su carta al Juez de aquel logar (139), do moran los testigos, e rogarle que reciba los dichos dellos, e los faga escreuir, e sellar de su sello, de manera que ninguna de las partes non pueda saber lo que los testigos dixeron; e despues que assi lo ouiere fecho, que gelos embie. E mandamos, que el Juez del logar, do los testigos moraren, que sea tenudo de lo fazer (140) assi; fueras ende, si el pleyto fuere atal, de que podiesse nacer muerte, o perdimiento de miembro (141), o echamiento de tierra. Ca entonce tenemos por bien, e mandamos, que el Juez que ha de judgar el pleyto, el por si mismo reciba los testigos, e non otro (142).

la negativa; y por lo que mira á los gastos de carruajes ó caballerias para la conduccion de los testigos, V. á Juan Andr. lugar antes citado y á Bald. á d. l. 6.

(138) Inclusas las costas ó gastos del retorno, cap. *statutum* 11. §. últ. *de rescript.* y Archid. y Juan Andr. allí.

(139) Conc. l. 18. y authent. *apud eloquentissimum* C. *de fid. instrum.* añád. l. 22. tít. 5. de esta Part. y cap. 17. ó 18. *Ordenanzas de Madrid* [V. l. 3. tít. 9. y l. 3. tít. 11. lib. 11. N. R.] y tambien en la instruccion de Corregidores [l. 10. l. 16. tít. 32. lib. 12. Nov. Rec.] en la cual se previene á los jueces que, no solamente en las causas criminales, sino tambien en las civiles árduas y de gravedad, reciban por si mismos las declaraciones de los testigos, sin cometerlas al escribano ni á otra persona; conforme todo con lo que decia Bart. á la *Novell.* 90. tít. 2. cap. 5. *collat.* 7. esto es, que en las causas graves, cuyo conocimiento no puede delegarse por el juez, debe este examinar á los testigos por si mismo, cap. *á nobis* 2. *qui matrim. accus. poss.* pero que en las causas leves puede cometer la recepcion, aun á aquellos que no tienen jurisdiccion, como á los escribanos; á tenor de lo dispuesto en la citada instruccion de Corregidores, y de lo que generalmente se observa en la práctica. Pero ¿deberá darse crédito al escribano que afirme habersele dado comision? Así lo opina Bart. á la l. 29. D. *de testam. tut.* Mas lo contrario pretenden Hostiens. Juan Andr. Anton. y Abb. al cap. *quoniam contra*, *de probat.* cuya opinion es la mas comun, segun Alex. consil. 104. col. 4. vol. 5. y añád. lo que se dirá en la nota 142.—* y V. la adic. allí.

(140) Para el fin que la ley se propuso era necesario que impusiese á todos los jueces esa obligacion respectiva de cumplir los requirimientos ó exhortos de los demás; pues de lo contrario habrian podido retardar ú omitir su cumplimiento, V. Specul. tít. *de judice delegato*, §. *jam nunc* col. últ. vers. *sed secundum præmissa*.

(141) Así pues, en las causas criminales de gravedad, aunque residan los testigos fuera del territorio, tienen, no obstante, la obligacion de comparecer ante el juez que conoce de las mismas, con lo cual se aprueba la opinion de la Glos. al cap. *constitutus*, *de fidejussor.* y al cap. *testes* 3. quest. 9. y Abb. á d. cap. *constitutus*, desechándose la de Juan Andr. despues de Juan Mona. al cap. *Romana* §. *contrahentes*, *de foro compet.* la que, segun Cyn. habian adaptado algunos modernos con Bald. á la authent. *apud eloquentissimum* C. *de fid. instrum.* y con Ang. Aret. en su tratad. *maleficiorum* vers. *qui judex statuit terminum ad opponendum.* Por lo demás, si la causa fuere leve, aunque criminal, bien podrá cometerse á un juez de otro territorio la recepcion de los testigos, como se indica aquí, y lo opina tambien Alberic. despues de Odofredo á d. authent. *apud eloquentissimum:* y lo propio deberia decirse, cuando, aunque por razon de un delito, se hubiese intentado una accion ó demanda civil, Glos. al cap. 2. *de judic.* Bart. á d. Novell. 90. tít. 2. cap. 5. hácia el fin, *collat.* 7. No obstante lo dicho, el Papa comete indistintamente á otros la recepcion de testigos en lo criminal, segun Specul. tít. *de teste* §. *nunc tractandum* col. 1. Y de todos modos, es digno de notarse la presente ley, pues segun lo dispuesto en ella, no serian válidas las declaraciones de los testigos, sino se recibian como aquí se previene, en las causas criminales de gravedad V. Bart. á d. cap. 5. *Novell.* 90. despues de la Glos. á la l. 3. §. 3. *D. de testib.* Pero aun así, en un caso solamente podria, en semejantes causas dejar de examinarse los testigos personalmente por el juez; y seria cuando aquellos estuviesen fuera del Reino: pues mientras residan en el, aunque en distinto territorio, puede obligarseles á comparecer ante el juez, como se previene en esta nuestra ley.—* V. la adic. á la nota prox. sig.

(142) Mas ¿como el juez que conozca de la causa podrá apremiar á los testigos, si estos residen fuera de su territorio y por consiguiente no están sujetos á su jurisdiccion? En tal caso el juez que la tenga sobre ellos, requirido por el de la causa, les compelerá á comparecer ante este último: y en caso de no cuidar el acusador de hacer que se les obligue á presentarse, segui-

LEY 29. *En que guisa deuen ser preguntados los Testigos, e como deue valer el testimonio que dixeren.*

Preguntado seyendo el testigo, por que razon, como sabe lo que dize en su testimonio; si dixere que lo sabe, porque estaua delante quando fue fecho aquel pleyto, o aquella cosa, e que la vido fazer, es valedero su testimonio. Mas si dixere que la oyera dezir a otro, non cumple lo que testigua; fueras ende en pleytos, e en posturas que los omes pusiessen entre si vnos con otros, en que vale el testimonio de oyda, quando es fecho en esta manera; que diga el testigo: Yo vi, e oy a Fulano, e a Fulana, fazer tal pleyto, e tal postura: mas si dixere el testigo tan solamente, que oyera dezir a otro alguno, que tal ome, e tal, pusieran tal pleyto entre si en esta manera, o que vn ome matara a otro; tal testimonio non deue valer, porque el testigo depone de oyda(143). Mas si dixere assi: Yo a Fulan vide fazer tal pleyto con tal, o que vn ome matara a otro: tal testimonio deue valer, seyendo de aquellos que el derecho manda. Otrosi dezimos, que deuen ser preguntados del tiempo (144) en que fue fecho aquello sobre que testiguan, assi como del año, e del mes, e del dia, e del logar en que lo fizieron. Ca si se desacordassen los testigos, diziendo el vno que fuera fecho en vn logar, e el otro en otra parte (145), non valdria su testimonio. E por es-

rá el juez practicando las ulteriores dilijencias, segun esplica notablemente Juan de Imol. á la l. 4. hácia el fin D. *quemadm. testam. aper.*; siendo no menos digno de notarse lo que añade el mismo allí, esto es, que, cuando el juez tenga por sospechosos á los testigos que han de declarar, y la causa fuere árdua, aunque civil, no deberá cometer el exámen y recepcion de los mismos al juez del lugar en que tienen su residencia ó domicilio, sino que podrá mandar que comparezcan ante él, y otramente se abstendrá de recibirlos; para lo cual cita allí á d. *Novell.* 90. tít. 2. *collat.* 7. §. *hæc omnia scimus*, y Azon *in summa* C. *de testib.* vers. *producendi* Archid. y Juan Andr. al cap. *præsentium* §. *testes*, *de testib.* Pero lo dicho debe entenderse tan solo para el caso en que tuviese el juez un probable y racional motivo de sospecha.—* Y aun así no se practica en el dia, ni creemos se practicara por mucha que fuese la gravedad de la causa ó las sospechas que infundieran los testigos; porque, siendo todos los jueces ordinarios iguales en potestad é independientes cada uno en su respectivo territorio, y debiendo todos atenerse á las mismas leyes en la práctica de cualesquiera dilijencias judiciales, ninguna garantia ni formalidad puede echarse á menos, aunque, en lugar del juez de la causa examine y reciba los testigos otro juez comisionado y requirido por el mismo: y tan solo en causas de mucha gravedad convendrá que se obligue á comparecer ante el juez en el pueblo cabeza de partido á los testigos que residan en otro pueblo distinto, en lugar de cometer su recepcion á los alcaldes constitucionales de los pueblos en que se encuentran.

(143) Conc. cap. *licet ex quadam* 47. y l. 18. C. *de testib.* 2. quest. 1. cap. 7. y V. Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 16. y Azon *in summa* C. d. tít. Mas no obstante lo dicho aquí, no dejará siempre de inducir alguna presuncion el testimonio, aunque de simples oidas, segun Archid. al cap. *hoc videtur* col. 1. 22. quest. 5., cuya opinion aplaude. Alex. consil. 77. col. 1.

(144) La diversidad en el tiempo constituye á los testigos singulares: V. Bald. á la l. 21. C. *de furt.* donde trata tambien de si, habiendo declarado con aquella diversidad, podrán escusarse del presunto vicio de falsedad: y añád. lo que observa Specul. tít. *de teste* §. *jam de interrogatoriis* col. 4. y 5. y V. el mismo allí acerca el crédito que deberá darse á los testigos que no recuerden la época á que se refiere lo que declaran. Cuando, pues, haya diversidad en sus dichos, bien sea en la época, bien en el lugar ó en otras circunstancias, que constituyen singularidad, aunque hayan declarado mil testigos, será lo mismo que si lo hubiese hecho uno solo, segun Bald. á la l. 9. C. *de testib.* y V. sobre lo mismo á Felin. al cap. *licet ex quadam*, *de testib.* donde trata latamente esta materia y Alex. consil. 72. vol. 1. y Dec. al cap. *licet causam*, *de probat.* núm. 7. En caso de ocurrir duda sobre si hay ó no diversidad en los dichos de los testigos, mas bien se les presumirá contestes y relativas sus declaraciones á un mismo hecho, Alex. consil. 146. vol. 5. col. 6. vers. *viso ergó*.

(145) Añád. Bald. á la. l. 4. col. 3. C. *de serv. fugitiv.* Y ¿que deberá decirse cuando haya un testigo que deponga un hecho, especificando el lugar en que acaeció; y otro que diga no recordar el lugar, pero declarando tambien el hecho? Bald. á la l. 18. col. 5. C. *de testib.* opina que valdrá semejante testimonio y hará plena prueba, con tal que la cuestion que se ventila no verse substancialmente sobre el lugar en que pudo acaecer el hecho referido. Y si el que depone acerca el hecho principal, espresa haberlo observado por sus propios sentidos, y al referir el tiempo en que tuvo lugar lo hace diciendo: «en mi juicio» ¿valdrá el dicho de este testigo? V. Alex. consil. 149. vol. 5. col. 2. donde, citando á muchos otros, opina por la afirmativa, y V. Bart. tratad. *de teste* vers. *testis super aliquo deposuit*: debiendo notarse así mismo que, estando

ta razon desecho Daniel (146) Propheta a los testigos que aduxieron ante el contra Susana, porque desacordaron del logar en diziendo su testimonio. E aun deuen ser preguntados los testigos, quien eran los otros testigos que estauan delante (147), quando acaescio aquello sobre que testiguan: e mas preguntas non han por que fazer al testigo que fuere de buena fama. Mas si fuere ome vil, e sospechoso, que entendiesse el Juez, que anda desuariando en su testimonio; entonce deuele fazer otras preguntas por tomarle en palabras (148), diziendo assi: Quando este fecho sobre que testiguas acaecio, que tiempo fazia? estaua nublado (149), o fazia sol? o quanto ha que conociste estos omes de quien testiguas? e de que paños eran vestidos, quando acaescio esto que dizes? Ca por lo que respondiere a tales preguntas como estas, e porlas señales que viere en la cara del, tomar ha apercibimiento el Juez, si ha de creer lo que dize el testigo, o non.

los testigos contestes en el hecho principal, aun que discrepen en alguna de las circunstancias accesorias, valdrá, esto no obstante, su testimonio, segun Bart. á la l. 27. col. 3. D. *ad Leg. Cornel. de fals.* y Dec. consil. 100. col. 4. bien que en tal caso, no merecerán tanto crédito, como si estuviesen enteramente conformes, Bald. á la l. 42. col. últ. C. *de transact.* y Dec. consil. 105. col. penúlt. porque la falsedad que no recae en el negocio ó punto principal no hace que los dichos de los testigos sean enteramente inadmisibles, Bald. y Salic. allí, donde observa este último que sobre esto están los abogados declamando todos los dias en el foro. V. tambien á S. Tomás 22. quest. 70. art. 2. donde dice que no disminuye la fuerza de la prueba el que los testigos discrepen en algunas accidentales circunstancias, como en la de si el tiempo estaba sereno, si la casa era pintada, etc. porque estas son cosas en que generalmente no se para muy especialmente la atencion, y por lo mismo se borran con facilidad de la memoria: por manera que, segun el mismo, antes deberia tenerse aquella discrepancia, en cierto modo, como una prueba mas de la veracidad de los testigos, como dice Chrysost. *super Math.* pues que si tan estrictamente conformes estaban aun en las mas ligeras circunstancias, mas bien pareceria que recitan la misma relacion por todos aprendida. Pero todo esto, añade allí, debe dejarse al prudente arbitrio del juez: y añád. S. Agustin lib. *de consensu Evangelistarum* que no debe fácilmente creerse que mienten los que, siendo muchos que recuerdan un mismo hecho por ellos visto y observado tiempo atras, lo refieren con alguna diversidad y con distintas palabras: añadiendo el citado S. Tomás 2. 2. quest. 110. art. 3. que una moderada diversidad, ó contradiccion no escesiva acerca el hecho principal no vicia el dicho de un testigo, Alex. consil. 5. vol. 1. y Dec. d. consil. 104.

(146) V. *Daniel.* cap. 13. vers. 54. y Glos. al cap. *nihilominus* 3. quest. 9. y á la l. 18. C. *de testib.* y Specul. lugar antes citado.

(147) Pues debe preguntarseles acerca de todas las circunstancias, cap. *cum causam* 37. *de testib.* y Abb. allí, donde indica tambien esta pregunta que debe hacerse á los testigos; á saber, la de quienes erán los demás que estaban presentes al hecho declarado, y añád. Specul. tít. *de teste* §. *jam de interrogatoriis* col. 3.

(148) V. Bald. á la l. últ. hácia el fin C. *de testib.*

(149) V. lo anotado por Bald. á la rúbric. *de controvers. invest.* y Glos. al cap. *si testes* 4. quest. 3. vers. *ex tempore* Azon *in summa* C. d. tít. col. penúlt. y Specul. tít. *de teste* § *jam de interrogatoriis.* vers. *et nota quod expressim.*—* A tenor de lo dispuesto aquí, el Juez es quien podrá hacer á los testigos y solo cuando sean sospechosos, esas preguntas sobre las circunstancias accidentales propias para depurar la veracidad de los mismos, que se conocen en la práctica con el nombre de repreguntas. Pero ¿podrán ó deberán tambien hacerse estas á los testigos, á instancia de la parte y aunque aquellos no sean sospechosos? Cuestion es esta que desgraciadamente se resuelve en la práctica con mucha variedad, pues algunos tribunales admiten llanamente y diligencian los interrogatórios de repreguntas presentados por las partes dentro el término de prueba, mientras que otros los desechan como improcedentes; y aun en algunos hemos tenido ocasion de ver el lastimoso ejemplar de proveerse y denegarse la admision de repreguntas en el espacio de muy pocos dias y por un mismo juez en negocios enteramente análogos, habiendo sido aquellas presentadas durante el término probatorio y formuladas con entera y absoluta conformidad. De desear seria, pues, que se fijase definitivamente la práctica de los tribunales en ese punto no determinado por la ley, y mas interesante de lo que parece, dado que de admitirse ó no las repreguntas dependerá en muchos casos la calificacion de las pruebas ministradas, y por consiguiente el fallo. Los AA. prácticos, si bien se hacen cargo de la diversidad con que proceden, en esta parte, nuestros tribunales, pero convienen en general, en considerar á las repreguntas como un medio legal de acrisolar las pruebas, y reconocen el derecho que tiene todo litigante de hacerlas, Hevia Bolaños en su Curia Filípica nº. 9. §. 18. Part. 1ª. Juicios civiles, Paz en su Práctica tom. 1. tiempo 8º. nº. 93. y sigs., D. Joaquin Escriche, Diccionº. de Legisl.

LEY 29. *En quales pleytos deue valer el testimonio, que dixere de oyda.*

Contiendas nacen entre los omes a las vezes en razon de lauores antiguas, querellandose algunos de lauores altas que fueron fechas por manos de omes, o corren aguas que les fazen daño en sus heredades, o en sus casas: e piden al Judgador, que las mande toller, o abaxar. Porque acaece muchas vezes, que tales lauores como estas son antiguas, que non ha ome ninguno biuo que las viesse fazer; porende touieron por bien los Sabios antiguos que fizieron las leyes (150), que en tal pleyto como este (151), que valiesse el testimonio de oyda, seyendo dicho en esta manera: Digo que el agua que corre de tal lugar a tal, que faze daño, que aquel logar de que corre, que fue fecho por mano. E si fuere preguntado como lo sabe, e respondiere, que oyo dezir a otros, que lo vieran fazer, o que oyera dezir a otros, que ellos vieran quien lo vido fazer, e que desto era fama entre los omes, que assi fuera; prouando esto, abondale al demandador. Otrosi dezimos, que si el demandado (152) prouare por sus testigos, que non vieron, nin oyeron dezir, que aquella obra fuera fecha por mano, nin ouiesse ome que lo oyesse dezir; mas que comunalmente era entre los omes, que aquella obra era segund natura, e non fuera fecha por mano de ome; que tal testimonio como este cumple al demandado. Mas en otro pleyto non deue ser cabido testimonio de oyda, si non como de suso dixi-

y Jurispr. palabra *Interrogatorios*, y los SS. Goyena y Aguirre §§. 5024 y sigs. sec. 3. tít. 72. lib. 3. Febrero reformado. La opinion de tantos y tan respetables escritores deberia hacer que se admitiesen las repreguntas, siendo pertinentes, y no habiendo, como no hay, en nuestros Códigos, ley alguna que lo prohiba. Infinitas otras prácticas estralegales han prevalecido que se prestan á cavilosidades y maliciosas dilaciones, mas que la indicada, y no son, de mucho, de tan conocida utilidad, como las repreguntas, las que sin embarazar la sencilla tramitacion que debe reinar en los juicios, son muy á propósito para impedir el soborno y corrupcion de los testigos, sabiendo la parte que los ministra que, con preguntas acertadas é imprevistas, puede ponerse á prueba la veracidad de los mismos. Así en las causas criminales y aun en los pleitos de menor cuantía en que no se ventilan intereses de tanta consideracion como en los ordinarios, se admiten sin embargo las repreguntas, disposicion 8ª. art. 51. del Reglam. prov. para la admin. de just. art. 10 de la ley de 10 Enero 1838. Y ¿que razon de diferencia puede haber entre unos y otros para que no se admita en los últimos aquel medio de defensa y si en los primeros? Ninguna hay efectivamente, ni es creible que los AA. del reglam. prov. tuviesen la formal intencion de escluirlo, aunque no lo espresaron, ni era necesario, porque tampoco estaba prohibido; otramente se habria incurrido en el absurdo y contradiccion inesplicables de dar en los pleitos de menor cuantía mayor amplitud á los medios de defensa que en los juicios ordinarios.

(150) V. l. 2. §. 8. D. *de aqua pluv. arc.* y l. 28. D. *de probat.*

(151) Y la fama pública ¿será bastante por sí sola para probar hechos antiguos que escedan la memoria de los contemporáneos? V. Felin. al cap. *veniens* 40. col. 5 *de testib.* y Dec. consil 428 donde inquiere asimismo si, para probar el dominio actual, será suficiente prueba la fama de tiempos muy remotos y que escedan la memoria de los vivientes, citando á este propósito la doctrina vulgar de Ang. á la l. 19. § 3. *de neg. gest.* y otras varias; de las cuales infiere que podrá efectivamente justificarse el dominio por medio de la fama ó comun opinion, V. tambien á Alex. consil. 4. col. 4. vol. 2. y consil. 208. col. últ. vol. 2. y consil. 13. y 116. vol. 3. cuya opinion, empero, segun Abb. al cap. *veniens* 10 y al cap. *licet ex quadam* 4 notab. *de testib.*, puede únicamente admitirse, cuando la dificultad ó imposibilidad de hacer otras pruebas no proceda de haber diferido el actor voluntariamente el entablar su demanda, pues si de esto procediese no bastaria probar el dominio aunque fuese muy antiguo por la sola fama. Y esta opinion, á pesar de sostener la contraria Francisc. de Aret. y Felin. á d. cap. *veniens*, es, en mi concepto, la mas equitativa: bien que, de todos modos, merece reflexionarse, atendido que Host. Juan Andr. y Juan de Imol. á d. cap. *licet ex quadam* sostienen que, tratándose de hechos que esceden la memoria de los hombres, se considera prueba bastante la de la fama, junto con otros adminículos, y lo fundan en el cap. *cum causam, de probat.* cap. *præterea, de testib.* y otros. Filip. Cornel., á quien puede verse, consil. 24. vol. 4. núm. 6. 7. y 8. opina que si bien, tratándose de un dominio antiguo, esa misma antigüedad suple la falta de plena prueba; pero que no debe decirse lo mismo, cuando se trate de probar el dominio actual.

(152) Mas no se entienda por esto que deba tambien hacerse la prueba de tiempo inmemorial, aun cuando se pretenda conservar aquella obra por derecho de servidumbre continua, pues en este caso bastaria que se probase su exis-

mos (153). Otrosi dezimos, que'l testigo que non diere razon de como sabe lo que testigua, si non que dize que lo cree (154), que non deue valer aquello que testiguare.

LEY 30. *Que si el Testigo non fuere preguntado segund que dixiere en el escrito que las partes fizieron, como deue ser preguntado otra vez por la razon de que non fue preguntado.*

Ciertas preguntas dan a las vezes por escrito las partes a aquel que ha de recebir los testigos, pidiendo que por ellas los pregunte; e acaece que cuando abren los dichos dellos, non fallan y aquellas preguntas fechas, e por ende demandan que los pregunten de cabo. E porende mandamos, que en tal caso (155) como este, si la pregunta que non fuere fecha, fuere atal que pertenezca al pleyto; que el Judgador faga venir ante si los testigos, e que les pregunte otra vez en poridad, sobre aquellas cosas de que non fueron ante preguntados: e vale lo que dixeren, bien assi como si los ouiessen dello preguntado primeramente. Mas si el testigo, despues que ouiesse acabado su testimonio, e se (g) tirasse delante del Judgador, fablasse con alguna de las partes (156), e de si,

(g) partiese Acad.

tencia de largo tiempo, mas no inmemorial, segun lo anotado por la Glos. á la l. 1. §. últ. D. *de aq. pluv. arc.* y l. 15. tít. 31. de esta Part. Y solo cuando se quisiere revindicar una servidumbre de las no contínuas tendrá lugar lo dispuesto en esta ley.

(153) En la l. 28 de este tít. y tambien pueden verse otros casos en que hacen prueba los testigos de oidas, en Spec. tít. *de teste* §. 1. col. 16; bien que todos vienen á reducirse á los espresados aquí: debiendo notarse que si un testigo declara de oidas sobre un hecho susceptible de observarse por el sentido de la vista, probará, no obstante, su dicho, á menos que haya imposibilidad de haberlo observado tambien oyendo, segun Anton. al cap. 2. *de consuetud.* siguiendo á Alex. consil. 24. col. 3. vol. 2. pudiendo verse, sin embargo, á este último á la l. 18. § 2. D. *de adquir. poses.* donde esplica lo dicho aquí con algunas limitaciones.

(154) El *creer* es un término medio entre el *opinar* y el *saber,* S. Tom. 2. 2. quest. 2. art. 3. y añad. lo anotado por Specul. tít. *de teste.* § 1. col. 18. vers. *item quod deposuit de credulitate*; y Juan Andr. en las adiciones allí, el cual distingue entre la crencia remota y la próxima ó inmediatamente inferida del sentido por el que se sabe la verdad; y si el testigo se fundare en esta última, dice que hará prueba la declaracion del mismo, mas no cuando se fundare en la creencia que no provenga directamente del sentido propio para observar el hecho de que se trata. Añad. Bald. á la l. 16. C. *de probat.* col. 2. y á la l. 4 y l. 18. col. penúlt. col. 2. C. *de. testib.* Bart. á la *Novell.* 1. cap. 2. *collat.* 1. y V. la Glos. allí vers. *vidisse* y Bart. á la l. 1. D. *si tab. testam. null. ext.* ¿Qué deberá, empero, decirse cuando el testigo declarare por *creencia*, mas diciendo que cree firmemente? V. Abb. quien trata estensamente este punto en la adicion al cap. 1 princ. *de sum. Trin. et fid. Cath.* siendo de notar lo que, entre otras muchas especies, advierte Alex. consil. 109. vol. 1.; á saber, que si un testigo ha depuesto de observancia por medio de un sentido corporal, no se debilita su testimonio, aunque añada que *cree* lo declarado: y añád. Bald. á la l. 15. col. 5. *de Episc. et cler.*

(155) Conc. cap. *per tuas* 48. *de testib.*

(156) Conc. cap. *præterea,* 7. *de test. cogend.* y Novell. 90. cap. 2. *collat.* 7. y glos. mag. allí y Azon *in summa* C. d. tít. col. pen. ¿Podria, empero, el testigo rectificar su primera declaracion aun despues de haberse separado de la presencia judicial, cuando tratase de hacerlo por temor al tormento, y en un caso tal en que debiese efectivamente atormentársele? Bart. opina por la afirmativa á la l. 27. § 13. D. *de adult.* y á la l. 27. col. 2. D. *de fals.* pero Dec. citando á Socin. pretende que tan solo deberia permitírsele al testigo rectificar sus dichos, cuando despues de rectificados fuesen estos mas verosímiles: V. Dec. consil. 175. col. pen. y Bart. á la l. 1. §. 23. D. *de quæst.* añade tambien que á la segunda declaracion recibida con el tormento debe darse menos crédito, cuando, al examinar al testigo la primera vez, se le hubiere preguntado, no solo acerca de hechos propios, si que tambien por los agenos. Añád. asimismo á lo dispuesto aquí lo anotado por Jas. á la l. 99. D. *de verb. oblig.* donde cita la notable especie de Bald. al cap. *præterea, de test.* á saber, que, aun en el caso de querer el testigo corregir ó rectificar incontinente su declaracion, no es permitido al escribano, sin autorizacion del juez, enmendar la redaccion de lo declarado: siendo de notar el que, segun esta nuestra ley parece entenderse la declaracion corregida incontinenti, siempre que, despues de prestada, no haya podido el testigo hablar con las partes, y en mi juicio deberia decirse lo mismo mientras que hubiese probabilidad de que no lo ha verificado; V. Glos. á d. cap. *præterea.* Mas ¿será lo dicho igualmente aplicable á la parte que quiera rectificar su confesion? V. Glos. al cap. últ. vers. *justa causa*, *de*

que tornasse, e dixesse, que auia en su dicho alguna cosa de mejorar, o de menguar; non gelo deue el Judgador caber en ninguna manera. Pero si el Judgador fallasse alguna palabra dubdosa (157), o encubierta en el dicho del testigo, de manera que non pudiesse tomar ende sano entendimiento, bien lo puede llamar ante si a dezirle en poridad, que declare aquella dubda: e el testigo deuelo fazer, e valdra lo que dixere en esta razon; maguer que uuiesse fablado con alguna de las partes, despues que testiguo. Esso mismo dezimos de los testigos que fuessen recebidos en pleyto de pesquisa.

LEY 31. *En que guisa puede ser desechado el testimonio que fue dado, o embiado por carta.*

Testimonio que sea dado, o embiado por carta, dezimos que bien lo pueden desechar aquellos contra quien lo dieren. Ca non tenemos por derecho, que ninguno embie su testimonio por escrito (158) al Judgador. Mas quando ouiere a dar su testimonio, el mismo deue venir a dezir verdad de lo que sabe, ante aquel que ha de judgar el pleyto, o ante otro a quien el Juez mandare que lo reciba por el. E aquel que ouiere de recebir el testimonio, deuelo fazer escreuir, assi como de suso diximos. Otrosi dezimos, que si alguno acusasse a otro de algund mal fecho, e aduxere sus parientes, por testigos, fasta el tercero grado (159), o otros omes que biuan con el (160) cotidianamente, que non deuen ser recebidos. E aun dezimos, que si alguno ouiere pleyto con otro, e aduxere testigos para firmar en aquel pleyto, si aquel su contendor aduxiere aquellos mismos testigos en otra demanda, para prouar contra el, que los non puede desechar (161) por

jurejur. donde opina por la afirmativa; y la Glos. *apud misericordem* 32. q. 1. en la cual se esplica, cuando la rectificacion deberá considerarse hecha incontinente: añád. Glos. y Abb. al cap. *scriptum, de elect.* donde tratan de si deberá hacerse diferencia entre la confesion personal de la parte y la que fuere hecha por procurador; y Bart. á la *Novell.* 97. princ. *collat.* 7. donde se ocupa del caso en que el escribano hubiere ya librado á la parte copia ó testimonio de lo confesado ó declarado.

(157) Conc. cap. *cum clamor* 53. *de testib.* y acerca de si en el caso de que aquí se habia deberá juramentarse de nuevo al testigo, y citarse para este efecto á las partes, V. á Bald. á la l. 21. § 1. vers. *sed si notam* D. *de testam.* donde, fundándose en el mismo texto, opina por la negativa; y V. tambien á Bart. allí vers. *si quid post.* y á Inoc. y á los DD. á d. cap. *cum clamor.* Mas, segun la Glos. al § *item in criminali* 4. q. 3. podria el juez con justa causa, abstenerse de preguntar al testigo que hubiese declarado con oscuridad, ya porque le fuese este sospechoso, ya porque fuese tambien incierto ó confuso el capítulo á tenor del cual hubiese la parte pedido que se le examinase Bald. á la l. 11. C. *de his qui accus. non poss.*: y añád. á la presente ley Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 16 vers. *item quod testis obscuré.*

(158) Añád. Specul. tít. *de teste* §. *nunc tractandum* col. 4. vers. *quid de muto*, y Juan Andr. en sus adiciones allí. Pero ¿tendria lugar lo dispuesto aquí con el testigo mudo que supiese escribir y escribiese su declaracion? Specul. en el lugar citado opina por la negativa. Y ¿qué seria si el testigo no enviase al juez su declaracion escrita, sino que se la entregase él personalmente, diciendo que aquello es lo que él puede declarar? Bald. á la l. 9. C. *de testib.* pretende que será válida semejante declaracion, con tal que se haya leido delante del juez: V. al mismo allí y Abb. al cap. *de testib.* hácia el fin, d. tít.

(159) Parece aprobarse aquí lo anotado por la Glos. á la l. 4. D. *de testib.*

(160) Conc. l. penúlt D. d. tít.

(161) Conc. l. 17. D. *de testib.* y 4. quest. 3. cap. *si testes.* §. últ. y la Glos. allí, donde observa que lo mismo que con los testigos, sucede con el juez á quien una vez elegido, no se puede despues recusar, y con los documentos que no pueden ser desechados por la misma parte que los ha producido contra la otra: y añad. Specul. tít. *de teste* §. *sæpe* vers. *et nota* y siguiente; donde esceptua de lo dicho el caso en que la parte que hubiese ministrado un testigo ó producido un documento, hubiese dejado voluntariamente de hacer mérito de él; y añad Bald. que pretende lo mismo á la l. 3. (segunda lectura) col. 21. C. *de edend.* No obstante Alber. despues de Odofr. á d. l. 17. sostiene que, aun no habiendo hecho mérito de ellos, no podrá tachar ó reprobar los testigos la misma parte que los hubiere producido; y así en efecto parece inferirse de esta nuestra ley en la que se prohibe á la parte desechar á sus testigos, por el mero hecho de haberlos ministrado; y del mismo parecer son Ang. Pedr. y Jacob. de Rav. Mas por el contrario ¿se entenderá tambien prohibido el desechar á los testigos á aquél contra quien se hayan ministrado, cuando este hubiere alegado ó aceptado una parte de las declaraciones que considera serle favorable? V. Juan Andr. adicion. al Specul. d. vers. *et nota*, donde opina por la afirmativa en el caso en que en virtud de la declaracion favorable, haya reportado victoria la parte que

razon de sus personas. Ca derecho es, que pues quel los aduxo por buenos testigos en su pleyto, que los reciba contra si, si menester fuere; fueras ende, si prouare aquel que los aduxo primeramente en su pleyto, que acaescio despues entre ellos enemistad, o que fizieron despues tal fecho, por que los pueda desechar, segun dizen las leyes deste titulo. E esto dezimos en razon de las personas dellos. Empero contra sus dichos bien se pueden defender, si desacordaren; o mostrando razon derecha (162), por que los pueda desechar assi como mandan las leyes. Otrosi dezimos, que los testigos non deuen firmar sobre otras cosas, si non en las que tañen a aquel pleyto sobre que han de testiguar, e de que juraron que diran verdad: ca si sobre otra cosa firmassen, que non fuesse en fecho de aquel pleyto (163), non deuen ser creydos quanto en aquello que afirmaron de mas; si non fuessen tales cosas que tauxessen a aquel pleyto mismo.

LEY 32. *Quantos Testigos ha menester, para prouar en cada pleyto.*

Dos testigos (164) que sean de buena fama, e que sean atales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para prouar todo pleyto en juyzio; fueras ende en razon de quitamiento de deuda, sobre que fuesse fecha carta de Escriuano publico (165). Ca si el deudor quisiere prouar

la aceptó, mas no, si aun, sin aquella declaracion, hubiese debido igualmente reportarla. Y la espresada prohibicion la entiende la Glos. á d. l. 17. de manera que la parte que ha ministrado unos testigos no pueda despues recusarlos, no solo en aquella misma causa en la que los ministró pero ni en otra alguna, aunque sea contra distintas personas que la primera: todo lo cual, empero, debe entenderse y aplicarse á menos que, al ministrar la parte los testigos, ignórase la inhabilidad de los mismos, pues en tal caso bien podria oponérsela despues, cuando aquella llegase á su noticia.—* Y lo mismo seria si las tachas que uno quisiese oponer á los testigos que él en otra causa hubiese ministrado, aunque personales y conocidas del mismo, fuesen, empero de aquellas que solo constituyen incapacidad relativa para declarar respecto de ciertas personas ó negocios, como si despues que he ministrado en una causa por testigo á Juan sabiendo que es hermano de Pedro, me propongo tacharle por razon de este parentesco al ministrarle Pedro en una causa que tenga contra mi; lo que bien podré hacer, porque, aunque antes he reconocido la idoneidad de Juan y he aceptado su testimonio, no ha sido ese reconocimiento tan absoluto é ilimitado que haya de aceptarle tambien en las causas en que pueda aquel tener algun interés ó afeccion particular.

(162) Como si ofrece probar que han sido sobornados, segun d. l. 17. C. *de testib.*

(163) Pues en lo que declare fuera de los artículos por los que se le pregunte, como sobre ello no ha sido juramentado, no se dará crédito al testigo; V. Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 18. y 19. vers. *item quod deposuit.* Y de la presente ley puede inferirse lo que se lee en el mismo Specul. lugar citado, esto es, que á pesar de estar los interrogatorios mal concebidos ó redactados, valdrá, no obstante, la declaracion del testigo que deponga sobre hechos relativos á la causa; lo cual, empero, tendrá lugar cuando el testigo hubiere sido ministrado para declarar sobre todo lo que en la misma causa se controvierte en general, pues si lo hubiese sido tan solo para declarar sobre un artículo, no valdria lo que depusiese sobre los demás. V. Abb. al cap. *de testib.* d. tít. Y acerca lo que deberia decirse cuando el testigo hubiese prestado el juramento limitadamente para declarar sobre los interrogatorios presentados por la parte, V. Abb. al cap. *per tuas* hácia el fin *de testib.* y Bart. á la l. 1. §. 5. D. *de quæst.*

(164) Conc. l. 12. D. *de testib.* y cap. *in omni negotio* 4. d. tít.

(165) Pero ¿tendrá lugar lo dispuesto aqui, tanto si se tratare de un contrato que las partes pactaron celebrar ú otorgar por medio de escritura y no de otra manera, como respecto de los que se reducen á escritos, únicamente al efecto de que conste lo pactado? Salic. á la l. 18. C. *de testib.*, de la cual trae orígen la presente, dice que en rigor de derecho, deberá decirse lo mismo, con tal que haya mediado escritura, aunque no se hubiese pactado como condicion necesaria para la validez del contrato. Pero la contraria opinion es la mas comun y á tenor de ella creeria que debe entenderse esta nuestra ley, aunque la letra de ella habla mas general y absolutamente; en lo cual opino que debe dársele una interpretacion restrictiva, y así creo que en la práctica se observaria: esto es, que cuando se tratare de un contrato que solo por medio de la escritura se ha considerado perfeccionado, entonces para probar el cumplimiento ó cancelacion del mismo será necesaria otra escritura ó cinco testigos en lugar de esta: mas no cuando solo, para que conste la celebracion del contrato, se hubiere otorgado escritura, que es lo que hoy mas generalmente se acostumbra; en cuyo

que auia pagada atal deuda, o que gela auia quitado aquel a quien la deuia, deuelo aueriguar por carta valedera, o por cinco testigos, que digan que ellos eran presentes, quando aquella paga, o quitamiento fue fecho; e que fueron llamados, e rogados (166), que fuessen ende testigos. Otrosi dezimos, que pleyto de testamento, en que alguno fuesse establescido por heredero, que se ha de prouar por siete testigos (167) rogados. E si aquel que fizo el testamento fuesse ome ciego, a menester que se prueue el pleyto por ocho testigos. E si otro pleyto fuesse en razon de manda, en que non fuesse establecido heredero, abondarian cinco testigos para prouarlo. Mas por vn testigo, dezimos, que ningund pleyto non se puede prouar, quanto quier que sea ome bueno, e honrrado; como quier que faria gran presuncion al fecho sobre que testiguasse. Pero si Emperador, o Rey (168), diesse testimonio sobre alguna cosa, dezimos que abonda para prouar todo pleyto. Ca deue ome asmar, que aquel que es puesto para mantener la tierra en justicia, e en derecho, que non diria en su testimonio si non verdad, nin querria en tal razon ayudar al vno por estoruar

caso bien podrá probarse el pago ó cumplimiento por medio de dos ó tres testigos, y bastará esta prueba, como basta en el caso de la ley de Toledo, ó sea la l. últ. tít. 8. lib. 3. Ordenam. Real. Y acerca de si lo dispuesto aqui tendrá ó no lugar asimismo respecto de aquellas obligaciones que, por disposicion de la ley, no pueden contraherse sino por medio de escritura, como en las que proceden de sentencia ejecutoriada, de contrato de enfiteusis y otros, V. Bald. y Salic. á d. l. 18. quienes están discordes sobre el particular, bien que me parece mas equitativa la opinion del primero, esto es, la de que, en cuanto fuere posible, conviene no separarse de la regla general establecida por esta nuestra ley y por la citada l. 12. D. *de testib.* [esto es, la de que baste para hacer plena prueba el dicho de dos testigos] de conformidad con el sabido axioma, de que en la palabra de dos ó tres testigos está toda la verdad.—*La ley de Toledo que cita aquí el Glosador creemos será la l. 1. tít. 28. lib. 11. Nov. Recop. en la cual, al hablar de las escepciones de pago y otras que se admiten contra las demandas ejecutivas, se previene su admision en estos términos: *si dentro de diez dias mostraren la tal paga ó legítima excepcion, sin alongamiento de malicia, por otra tal escritura como fué el contrato de deuda ó por albalá que haga fe, ó por confesion de parte ó por testigos.* Por estas palabras no se presenta bien claro si todas las pruebas de que se hace mérito en la ley deberán admitirse en todos los casos, ni cual sea el número de testigos que la misma ley requiere para probar el pago ó cumplimiento de una obligacion contraida y consignada en escritura pública; ó si tal vez, habiendo mediado esta, será menester que por otra igual se acredite el pago, admitiéndose tan solo contra los vales ó escrituras privadas la prueba *de albalá ó de testigos.* Creemos, empero, con el Glosador que no es en este estricto y riguroso sentido como la precitada ley debe entenderse, sino en el mas lato en que se esplica en la presente nota; pues, por mas que para redargüir de falsa una escritura pública se requiere muy justamente otra escritura tambien pública ó la prueba de cinco testigos contestes y sin escepcion, y por mas que habiéndose contraido una obligacion ante escribano es presumible que no se la habrá dado cumplimiento ó cancelado sin acreditarlo con igual formalidad; con todo ni esta presuncion es de derecho y tan vehemente que no pueda escluirse por otra prueba en contrario, ni parece conforme que para probar la cancelacion de una escritura por medio del pago ó cumplimiento, que es el fin para que estaba otorgada, se exijan iguales formalidades y garantías que para probar la falsedad de la misma, la cual, no justificándose plenamente, nunca debe presumirse: por todo lo que opinamos con el Glosador que á pesar de lo dispuesto en la presente ley de Partida deberia admitirse la prueba ordinaria de dos testigos para justificar el cumplimiento de una obligacion, aunque estipulada y contraida en escritura pública: y no dudamos afirmar que así se observa en la práctica constantemente, á lo menos respecto de aquellas obligaciones que por disposicion espresa de la ley deben otorgarse por medio de escritura.

(166) Conc. la authent. *rogati* C. *de testib.*

(167) En el dia rige lo dispuesto por la ley del Ordenamiento y la l. 3. de Toro [ll. 1. y 2. tít. 18. lib. 10. Nov. Rec. en las cuales se establece el número de testigos necesarios para la otorgacion de los testamentos].

(168) Y lo mismo seria si declarase como testigo el Papa, cap. *cum a nobis* 28 *de testib.*, segun se infiere tambien de la l. 19. C. *de testam.* siendo de notar que igualmente hace fe la palabra ó dicho del Penitenciario del Papa, en lo relativo á las dispensas, cuando afirma que el Papa, por el oraculo de viva voz, le ha dado comision ó autorizado, y lo hace constar por medio de los despachos correspondientes, segun lo refiere Octaviano Vestr. lib. *de offic. Curiæ Romanæ*, ó cuando declara acerca de lo que depende de su oficio: y lo mismo se deduce del cap. 1. hácia el fin y Domin. allí *de tempor. ordin. hoc etiam voluit ille qui fecit arborem judiciorum* V. á d. Octavian. cap. *de summ. Pœnitentiario* donde esplica cuales son las

al otro. Otrosi dezimos, que el Judgador non deue consentir a ninguna de las partes, que aduzga mas de dozc (169) testigos en juyzio sobre vn pleyto. Ca tenemos, que assaz abondan estos a aquel que los aduze, para prouar su intencion.

LEY 33. *Quales plazos, e quantos deuen auer aquellos que ouieren a aduzir Testigos.*

Los plazos (170) que deuen auer aquellos que ouieren aduzir testigos, queremos mostrar en esta ley. E dezimos, que deuen auer estos plazos. Si los testigos fueren en la Villa do el pleyto fuere, deuenles primeramente dar plazo de tercero dia. E si a tercero dia non los aduxere, deuenle dar otro de tercero dia. E si estos dos plazos non los podiere aduzir, deuenle dar otro plazo de tercero dia. Mas si los testigos non fueren en la Villa do es el pleyto, e fuessen en el termino, o acerca, deuenle dar, aquel que los ha aduzir, el primero plazo de nueue dias, e si menester fuere, otro de otros nueue dias. E aun otro dessa misma guisa; en manera que sean los plazos de nueue en nueue dias. Pero si los testigos fueren muy lueñe de aquel termino, deuenle dar plazo, a que los aduga, de treynta dias, nombrando los testigos luego ante aquel que los ha de traer: e deue jurar, que lo non faze por alongamiento del pleyto, mas que tiene que aquellos omes son sabidores de aquel fecho, e que lo firmaran. E si a este plazo non los aduxere, deue auer otros dos plazos cada vno de treynta dias, si menester fuere, a que los pueda traer. E este plazo de los treynta dias que diximos, non se entiende, si non de aquellos que son de aquella tierra do es el pleyto, e andan fuera del termino a recabdar sus cosas, o sus faziendas que non puedan escusar. Mas si los testigos fueren lueñe en tierra estraña, assi que los non podiessen aduzir a los plazos sobredichos, deue ser en aluedrio de aquel que ha de judgar el pleyto, acordandose con aquel que los ha de aduzir, para darle tal plazo, qual entendiere en que los podra traer; de manera que el mayor plazo que entonce le diere para prouar, sea de nueue meses (171), e non mas.

cosas que han de considerarse pertenecientes al oficio de la Penitenciaría; y cuenta entre ellas la dispensacion de grados prohibidos por la ley civil.

(169) Con este número habia bastante para probar lo que conviniese; pero hoy pueden ministrarse hasta treinta testigos sobre cada capítulo, segun la pragmática de Alcalá [ll. 2. y 5. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec.] y añád. Specul. tít. de teste §. *restat* .vers. *hoc etiam*.

(170) Añád. l. 1. C. *de dilat.* y 3. quest. 3. §. *spatium* Inoc. y DD. al cap. *ultra tertiam*, *de testib.* y sobre los términos ó dilaciones que acostumbran concederse en las Reales Audiencias V. cap. 15. Ordenanzas de Madrid. — *V. ll. 1. 3. 4. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec. regla 4.ª art. 48. Reglam. prov. para la admin. de just. y V. lo anotado á las ll. del tít. prox. antecedente.

(171) Por lo que hace á los testigos que se hallen en ultramar, V. l. 2. tít. 11. lib. 3. Ordenam. R. cap. 15. Ordenanzas de Madrid. y la nueva declaracion de las Córtes de Segovia. —*ll. 2. 3. y 4. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec., en las cuales se concede, con el nombre de ultramarino, el término de seis meses para el exámen y recepcion de los testigos que se hallen en Ultramar, con tal que estos hayan sido presenciales del hecho que se trata de probar, lo cual debe acreditarse dentro los treinta dias siguientes al en que dicho término se hubiere pedido; siendo de notar que, para poder este concederse, debe la parte que lo pide jurar que no lo hace maliciosamente y ademas depositar las costas *ó expensas segun y por la forma que dispone el Derecho*, como dice la citada l. 3. esto es, depositar la cantidad que al juez le pareciere, para los gastos que la parte contraria hiciere en ir ó enviar á ver jurar los testigos; en cuya cantidad ha de ser condenado el que hubiere pedido el término, sino probare lo que ofreció, segun estaba prevenido por la l. 1. tít. 6. lib. 4. Recop. la cual si bien en esta parte no ha sido continuada en la Novísima, aunque sí en lo demás que contenia y forma la l. 1. d. tít. 10. lib. 11. no puede, con todo, considerarsela derogada, ni aun en aquella parte que se suprimió, cuando á ella se refiere tan espresamente la citada l. 3. con aquellas palabras *segun y en la forma que dispone el derecho*; las cuales solo en la espresada suposicion pueden tener sentido. Por lo demás, el término ultramarino debe pedirse juntamente con el ordinario: y de otro modo no puede ser concedido, l. 4. d. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec. Mas, á pesar de la terminante disposicion de esta ley, creemos que puede admitirse y de hecho se admitiria en la práctica la opinion del Autor de la Cur. Filipic. n.º 11. §. 16 Parte 1.ª Juicio civil, donde, citando á Gutierrez, pretende que teniendo dicha prohibicion por único objeto el que el término ultramarino corra juntamente con el ordinario, podrá concederse el primero, aunque no se pida juntamente con este último, mientras dicha concesion se entienda sin perjuicio de empezarse á contar entrambos desde el dia en que se concedió el ordinario. Adviértase tambien que el término ultramarino es perentorio é improrogable, y

LEY 34. *Por que razon el Judgador deue recebir otros Testigos, si la parte gelos quisiere dar, aunque aya dicho que non quiere aduzir mas testigos.*

Aduze a las vegadas alguna de las partes testigos en juyzio para prouar su intencion, cuydando que la ha prouado por ellos, diziendo al Judgador, que non quiere dar mas testigos (172), e pide que de la sentencia por aquellos que ha recebido; e despues desso arrepientese, e quiere dar otros. E en tal caso como este dezimos: que si

que, una vez finido no se concede restitucion del mismo, dd. ll. 1. y 3. tít. 10. lib. 11. Nov Rec. pero bien pueden los jueces abreviarlo, atendidas las circunstantias, y aun alargarlo, si así les pareciere necesario; cuya facultad indefinidamente concedida por dd. leyes puede dar lugar á dudas y controvesias siempre perjudiciales, á menos que se adopte por analogía en este caso, como deberia hacerse en muchos otros, para los negocios comunes, la disposicion de la ley de enjuiciamiento para las causas ó negocios mercantiles, la cual determina ese punto de nuestra jurisprudencia práctica no determinado por las leyes recopiladas, y fija en seis meses el término ultramarino, cuando hayan de hacerse las pruebas en las islas Canarias ó en cualquier punto de Europa fuera del territorio español, en un año cuando en las Antillas, continentes de América y Africa ó escalas de Levante, en dos años cuando en las islas Filipinas ó en cualquier otra parte del mundo no espresado en la ley, art. 132. d. l. El término espresado se pide unas veces para probar hechos acaecidos en aquellos mismos remotos paises, donde se han de hacer las dilijencias probatorias; y otras veces para justificar hechos acaecidos en la Península ó en el lugar del juicio, pero cuyos testigos presenciales residen en Ultramar ó en otros remotos paises. En el primer caso, dice el Autor de la Curia Filípica, citando á Bald. Bart. y Alex. n.º 14. d. §. 16. que cesa el fraude ó la sospecha de malicia en pedir la dilacion, y por consiguiente está tambien dispensado el que la pide de cumplir los requisitos que la ley ha exigido para evitar aquel fraude, tales como el depósito de las espensas, la designacion individual de los testigos ministraderos y la informacion justificativa de que estos presenciaron el hecho deducido; y añade que así se observa: doctrina que han adoptado muchos otros prácticos modernos, distinguiendo el término ultramarino en ordinario y estraordinario, el primero concedido para probar hechos acaescidos en paises remotos y el segundo para probar hechos acaecidos en la Península por medio de testigos ausentes en Ultramar ó en el estranjero; y espresando que tan solo para este último caso se exijen los requisitos de la informacion, designacion y depósito de las espensas. Mas, por muy justa y equitativa que nos parezca semejante opinion, apenas la consideramos conciliable con las leyes recopiladas que indistintamente conceden el término ultramarino, sin hacer ni indicar diferencia alguna entre los dos espresados casos, é indistintamente tambien exijen, para que aquél pueda concederse, el cumplimiento de los mencionados requisitos: siendo, á este propósito, muy digno de notarse que la ley de enjuiciamiento para las causas ó negocios de comercio, á pesar de no conceder el término ultramarino sino en el caso de haber ocurrido los hechos en el pais donde se intenta hacer la prueba, exije, del mismo modo que las recopiladas, la condicion de que sean designados individualmente y que se acredite la residencia de los mismos en el lugar donde se quiere hacer la prueba, no menos que el juramento de no proceder de malicia, dejando de prescribir el depósito no por considerar que cese en aquel caso la sospecha de fraude ó maliciosas dilaciones sino porqué, conminando contra el que las ocasionare ó cometiere una multa equivalente á la tercera parte del valor de lo que se litigue, aplicable la mitad al fisco y la otra mitad á la parte contraria por via de indemnizacion, de todos modos se halla esta bien garantida con el interés del mismo pleito, sin necesidad del previo depósito de las espensas.

(172) Cond. *Novell.* 90. tít. 2. cap. 4. *collat.* 7. y la Gloc. allí vers. *quartam;* aprobándose en nuestra ley aquí la opinion de Joan, que refiere d. Glos.: y es, por lo tanto, de advertir que por el solo hecho de haber renunciado á ministrar testigos, no se pierde la facultad de ministrarlos, con tal que no se hayan publicado las probanzas, conforme opina tambien Azon *in summa C. de testib.* hácia al fin col. penúlt. [Pero tampoco debe esto entenderse tan latamente que mientras no se haya hecho la publicacion, puedan todavía irse ministrando testigos indefinidamente por las partes, aun despues de haber espirado los términos probatorios; sobre lo cual conviene tener presente lo que se ha dicho en la adicion á la nota 2. del tít. ant. y en el propio sentido se espresa nuestra ley aquí, cuando al conceder á las partes la facultad de ministrar nuevos testigos, aunque hayan manifestado que no querian ministrar mas, añade que para esto es necesario no solo que los testigos recibidos no sean publicados y que la parte no sepa lo que aquellos han declarado, sino tambien que *non fueren pasados todos los plazos en que auia poderio de prouar.*] Lo que acerca de este particular dispone el derecho Canónico, puede verse en el cap.: *de testib.* 29. hácia el fin d. tít.

los testigos que eran recebidos, non fueren abiertos (173); e jurare este que quiere aduzir otros, que non sabe lo que dixeron los testigos que auia aducho primeramente, nin los otros que auia dado su contendor; e non fueren passados todos los plazos (174) en que auia poderio de prouar; que deue ser recebida su prueua (175), e non ha por que le empecer lo que dixo, que non queria dar mas prueuas. E esto es, porque los Judgadores siempre deuen ser apercebidos, para puñar de saber la verdad por quantas partes podieren. Mas si los plazos fuessen passados, non gelos deuen despues recebir. *(r)* Saluo ende carta, o instrumento (176). Ca esto bien gelo puede recebir ante de las razones cerradas.

(r) Falta lo que sigue en la edicion de la Academia.

(173) La publicacion, pues, de las probanzas escluye la produccion de nuevos testigos, aunque las partes no se hayan enterado de aquellas: conc. cap. *cum venisset* 25. *de testib.* y Clementin. *testibus* d. tít. y Glos. allí y l. 4. tít. 11. lib. 3. Ordenam. Real. [l. 9. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec.] y l. 37. de este mismo tít. y Partida, y V. Juan Andr. al cap. *constitutis* 46. *de testib.* ¿Que deberia, empero, decirse si, despues de transcurridas todas las dilaciones, pidiera alguna de las partes que se suspendiese la publicacion de probanzas ó la conclusion para sentencia, hasta tanto que hubiesen llegado los testigos que designase, diciendo hallarse en tal lugar ó peregrinacion, ó estar detenidos por enfermedad, furor ú otra causa, á la cual la misma parte no hubiese dado motivo ó no hubiese estado en su mano impedirla? Inocen. al cap. *ultra tertiam de testib.* y Bart. y Juan de Plat. á la l. 1. C. *de sent. advers. fisc. lat. non retract.* dicen que no deberia accederse á semejante peticion, á menos que fuera por via de restitucion, en cuyos términos podria subvenirse á la parte que lo pidiese y oírsela aun despues de proferida sentencia. Y lo mismo opina Paul de Castr. á la 65. §. 2. col. 2. D. *ad Trebell.* bien que con una limitacion notable, esto es, que solo pueda concederse dicha restitucion al demandado; pero no al actor que promovió el pleito; porque este debe imputarse á sí mismo, si, al intentar su demanda, no cuidó de tener á la mano todos los medios de justificarla; lo que no puede decirse del reo, por no haber este sabido que tuviese que defenderse hasta que se le notificó la demanda: y añad. l. 39. de este tít., hácia el fin, [y V. la nota 197. y la adic. allí.] Por lo que hace al modo como debe hacerse la publicacion de probanzas. V. Bald. á la l. 6. col. 2. C. *de re judic.* y acerca de si es necesario que se haga para la validez de la sentencia, V. Bart. y Bald. quienes opinan por la negativa á la l. 4. C. *de sentent.* Abb. al cap. *cum Y. et A. de re judic.* col. 2. hácia el fin y V. Bald. al cap. 1. col. 2. *si de feud. int. dom. et vasall.* y Alex. á la l. 33. col. 1. D. *de re judic.*

(174) ¿Qué deberia decirse si una de las partes pidiera que se le admitiesen nuevos testigos despues de finido el término probatorio, pero antes que el derecho de la otra parte pudiese sufrir por ello perjuicio? V. la Glos. y Bald. á la l. 7. hácia el fin col. 2. C. *de his, qui accus. non poss.* y *decis Rotæ 30. in novis*; donde se trata elegantemente dicha cuestion. De todos modos, empero, por esta nuestra ley parece quererse establecer que, aunque el derecho de la parte no haya de sufrir menoscabo, no se permita, sin embargo, la recepcion de testigos despues de finidos los términos probatorios para no dar márgen á indefinidas dilaciones, y así creo que se observaría en la práctica.—*V. la nota 2. del tít. prox. antecedente y V. tambien la adic. á la nota 172. de este tít.

(175) V. Alex. consil. 84. vol. 4.

(176) Pues la prueba documental se admite hasta la conclusion en causa, como se vé por lo dispuesto aquí y en el cap. *cum dilectus* 9. *de fid. instrum.* siendo de notar que despues de la conclusion para definitiva ni aun de oficio puede el juez admitir los nuevos documentos que tal vez se produjeren. Bald. á la l. últ. col. 12. versic. *sed dubitatur.* C. de *edict. Div. Adrian. toll.* y V. Alex. consil. 43. col. últ. vol. 4. Nótese tambien que el poderse admitir documentos antes de la conclusion en causa tiene lugar aunque aquellos sean contrarios á la prueba testimonial ya recibida por la parte contraria Glos. al cap. *series, de testib.* y lo anotado por Bald. allí col. 3.—*Conc. la l. 1. tít. 13. lib. 11. Nov. Rec. la cual, despues de establecer que á los menores y demás personas ó corporaciones privilegiadas se les permita por via de restitucion, oponer y probar nuevas escepciones aun despues de publicadas las probanzas, con tal que lo hagan antes de la conclusion para definitiva, y al añadir espresamente que los que no sean menores ó no disfruten el beneficio de restitucion, no puedan, hecha la publicacion, alegar nueva escepcion alguna para ser recibida á prueba, concluye con esta notable limitacion: *pero por confesion de parte ó escritura pública la puedan probar*: cuyas últimas palabras, así como las de la presente ley de partida, habrán sin duda contribuido á que prevaleciese la práctica, que el Conde de la Cañada califica de ilegal é intolerable (n.° 17. y siguientes cap. 11. Part. 1.ª Juicio civil) de admitir en cualquier estado del juicio y antes de su conclusion, las escrituras producidas por las partes sin exigir á estas el juramento de haber llegado dichas escrituras nuevamente á su noticia, ni otro requisito, ni formalidad alguna, contra lo espresamente dispuesto en las ll. 1. tít. 3. l. 2. y 3.

LEY 35. *Como el Judgador deue apremiar a los Testigos que non quieren venir a dezir el testimonio.*

Testigos es cosa de que se pueden los omes comunalmente mucho aprouechar en sus pleytos. E porende todo ome que fuere llamado que venga a testiguar por otro adelante del Judgador, deue venir a dezir su testimonio de lo que sabe. Ca muestrase por obediente al Juez, aquel que lo

tít. 7. y l. 2. y 3. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec. Estas previenen del modo mas terminante y absoluto que así el actor como el reo hayan de presentar respectivamente, con los escritos de demanda ó contestacion, los documentos con que intenten probar el primero su accion y sus escepciones el segundo; y, no presentándolas, pohiben que les sean despues admitidas, á menos que jure el que las produjere que *las halló nuevamente*, y *que antes no supo de ellas ó no las pudo haber:* y sin embargo de esto, se admiten constantemente y sin dificultad las escrituras producidas durante las dilaciones probatorias, sin que á nadie se exija el referido juramento, como dijimos en la nota 218. tít. 2. de esta partida. Es verdad que de no practicarse así y, reconociendo las leyes, como reconocen, á la prueba documental como otra de las pruebas ordinarias que pueden ministrarse en el juicio, se seguiria que no pudiera existir aquella prueba dentro de las dilaciones probatorias, sino acompañada del requisito del juramento: pero no vemos que haya gran inconveniente en admitir semejante consecuencia, ni de otra parte, durante las espresadas dilaciones dejarian de poder y deberian practicarse los cotejos, ó compulsas y reconocimientos y demás diligencias de aquellas que se refieren á la prueba documental. De todos modos, empero, y por muy general y recibida que sea esa práctica de admitir sin el juramento las escrituras no presentadas con la demanda ó contestacion, no la consideramos por eso menos abusiva y contraria á las leyes recopiladas y mas espresamente á los artículos 4. y 48. del Reglam. prov. para la admin. de jus. que ordenan la puntual observancia de aquellas, y reprueban las malas prácticas introducidas y entre ellas muy especialmente la de que nos estamos ocupando. Algunos han querido distinguir, para cohonestarla, dos especies de documentos; y suponen que los que no pueden admitirse sin el juramento, no habiéndose presentado con la demanda ó contestacion, son aquellos con que se justifican los hechos principales y de mas bulto en los que directamente se fundan la accion ó escepciones; no aquellos con los cuales se trate de probar otros hechos accidentales ó secundarios que solo indirectamente tiendan á demostrar el derecho respectivo de las partes, los cuales, se dice bien podrán articularse y justificarse por medio de escrituras presentadas durante el término probatorio. Pero semejante distincion, á mas de no resultar de la letra de las leyes recopiladas, la resiste manifiestamente el claro espíritu de las mismas; porque esos hechos secundarios ó accesorios, no pueden ser otros que los que al actor le convenga alegar y probar, vista la contestacion del reo; ó le convenga á este probar, vista la réplica del primero, y los que uno ni otro hubiesen podidido prever que les convendria alegarlos, cuando pusieron su demanda ó contestacion. Mas aun estos, si no los alegaren en los referidos escritos de réplica ó dúplica, ya no les es lícito deducirlos á prueba, durante las dilaciones, porque la prueba únicamente puede hacerse sobre lo dicho y alegado: y si fueren hechos deducidos en los escritos respectivos de réplica y dúplica, tambien con estos habrán debido acompañarse las escrituras con que se trate de justificar aquellos hechos, ó deberá prestarse despues el juramento de nueva noticia, lo mismo que para la presentacion de las otras con que se trate de probar los hechos primordiales en que se funden directamente la accion ó escepciones, d. l. 3. tít. 7. lib. 11. Nov. Rec. por manera que la prohibicion de admitir escrituras despues de la conclusion para prueba, sino presta el juramento la parte que las produce, es tan general como terminante y comprende toda suerte de documentos, sean cuales fueren los hechos que con ellos se trate de justificar, y la presente ley de Partida como la citada l. 1. tít. 13. lib. 11. Nov. Rec., al declarar que despues de publicadas las probanzas puedan admitirse escrituras, debe entenderse que las admiten con tal que se preste el correspondiente juramento; limitacion á la cual directa ni indirectamente se opone la letra ni el espíritu de los dos textos espresados.

Lo dicho con respecto al derecho de presentar escrituras puede y debe aplicarse tambien al derecho que tiene el demandado de oponer escepciones, relativamente al cual podria resultar alguna contradiccion entre la l. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Rec. y la precitada l. 1. tít. 13., si se entendia esta última en su sentido riguroso y absoluto; esto es, en el de que, pues á las personas privilegiadas, como á las que no lo son, se les permite probar despues de publicados los testigos, á estos con escrituras y á aquellos con nuevos testigos, las *nuevas* escepciones que hubieren opuesto, luego las habrán podido oponer despues de conclusos los autos para prueba, ya que solo así podrian llamarse *nuevas*: lo que efectivamente es así, pero entendiéndose que las escepciones, despues de pasados los términos pa-

faze. E demas faze merced (177), diziendo la verdad. E si alguno fuesse rebelde, que non quisiesse venir a dezir su testimonio, puedelo el Juez ~~apremiar~~, faziendole prendar (178) fasta que venga. Empero si alguno, quisiessen aduzir por testigo en juyzio, fuesse tan viejo que ouiesse de setenta años (179) arriba, o que fuesse Cauallero (180) que estuuiesse en la Frontera, o en otro seruicio del Rey, de que non osasse partirse sin su mandado, o fuesse Juez de algun Lugar, o fuesse Cabdillo por fazer lleuar viandas a huestes, e guiar recuas; o el que fvesse en romeria; ningunos destos sobredichos, mientras estos embargos ouieren, non deuen ser apremiados que vengan a testiguar en juyzio, si ellos non lo quisiessen fazer de su grado. Esso mismo dezimos del que ouiesse tan gran enemistad (182), que non pudiesse yr sin algun peligro de si, a dar testimonio a lugar do fuesse emplazado para dezirlo. E el que fuesse enfermo (182) de gran enfermedad. Otrosi dezimos que Arçobispo (183), nin Obispo; nin Perlado de Santa Iglesia, que tuuiesse gran lugar, nin los Ricos omes (184) honrrados, nin mugeres honrradas; ningunos destos non deuen ser apremiados que vengan dezir su testimonio en juyzio. Pero el Judgador ante quien fueren nombradas tales personas como estas por testigos, si el pleyto fuere granado, e non se pudiere saber la verdad, si non por estos testigos; entonce el Judgador deue ir el mis-

rentorios que para oponerlas están señalados, podrán únicamente oponerse, con el juramento de nueva noticia, á tenor de lo espresamente dispuesto por d. l. 1. tít. 7. y V. lo dicho en la adic. á la nota 37. tít. 3. de esta Partida.

Y nótese finalmente que el reprobar aquí en términos tan absolutos la práctica de admitir escrituras ó documentos despues de la demanda ó contestacion sin exigir el juramento, en nada se opone á lo que de la misma práctica dijimos en d. nota 218. tít. 2. de esta Part. donde la calificamos de justa y equitativa; porque, en efecto, en algunos, aunque pocos casos la consideramos tal: mas esto no hace que deje de ser contraria á una ley clara y terminante; y por consiguiente de muy mal ejemplo, así para los jueces que de este modo se acostumbran á infringir las leyes bajo pretestos especiosos, como para los particulares que se acostumbran tambien á verlas infringidas por los mismos que deberian celar su observancia y cumplimiento, V. Conde de la Cañada lugar antes citado.

(177) Y los que se retraben de dar su testimonio, se hacen responsables de los perjuicios que de ello se sigan á la parte, l. 10. §. últ. D. *de edend.* y fundados en el mismo texto lo propio opinan Bald. allí, Ang. y Paul. de Castro y V. Jas. Pero el que se resiste á declarar lo que sabe ¿incurre tambien en el delito de falsedad? V. lo anotado por Bald. á la l. 8. C. *de Episc. et cleric.* y al cap. 1. *si de invest. int. dom. et vasall.* y á la l. 11. col. 7. C. *de his qui accus. non poss.* donde resuelve que deberá ser castigado como falsario el testigo que se denegare á declarar ó se ocultare despues de ser juramentado, mas no si lo hiciere antes de prestado el juramento; en cuyo sentido debe entenderse lo dicho por Inoc. al cap. 1. *de crim. fals.* Por lo que hace á la responsabilidad en que incurren los que, en perjuicio de tercero, ocultan algun documento, V. Glos y Bald. á la l. 14. C. *ad. Leg. Cornel. de fals.* Y volviendo á los testigos, es digno de notarse lo que espresa S. Tomás 2. 2. quest. 70. art. 1., es á saber, que nadie está obligado á declarar hechos ocultos de personas que antes no hayan sido infames; lo que debe tenerse presente á propósito de los edictos que espiden los prelados mandando que se denuncie á los criminales: y añade el propio Santo allí que nadie asimismo está obligado á revelar lo que un amigo le ha dicho en confianza, aunque lo mande un superior; porque el guardar fidelidad es de derecho natural: á menos que sea en alguno de aquellos casos de escepcion, en que se debe violar el secreto, como si se tratase de causar un grave daño al público, bien fuese espiritual ó corporal, ó de perjudicar considerablemente á un particular ú otras cosas semejantes que todos están obligados á denunciar ó revelar.

(178) Puede, pues, compelerse á los designados para declarar como testigos, tomándoles prendas, segun la Glos. ad. l. 19. C. *de testib.* y Azon *in summa* col. 1. d. tít. y esto es por lo que debe empezarse, sin perjuicio de encarcelarlos ó emplear otros medios para compeler á los renitentes. —*Conc. l. 1. tít. 11. lib. 11. Nov. Recop.

(179) Conc. l. 8. D. *de testib.*

(180) Conc. l. 3. §. 6. D. *de testib.*

(181) Añád. cap. *ex parte* 47 *de appell.* cap. *hortamur* y Glos. allí 3. q. 9. y cap. *accedens*, *ut lit non contest.*

(182) Añád. cap. *si qui testium* 8. d. tít.

(183) Añád. cap. *neque honore* 11. quest. 1. y authent. *sed judex.* C. *de Episc. et cleric.* y Specul. tít. *de teste* § *quatuor* col. penúlt. vers. *potest. etiam.*

(184) Añad. l. 15. D. *de jurejur.* l. 22. tít. 2. de esta Partida, Novell. 123. tít. 6. cap. 7. collat. 9. y acerca de cuales sean los llamados *rico hombres*, V. l. 10. tít. 25. Part. 4.

mo (185) al lugar do fueren, e rescebir su testimonio, faziendolo escreuir: e ellos deuenle dezir la verdad que ende supieren del pleyto. E si el pleyto non fuere granado, puede el Judgador enbiar alla a su Escriuano, que reciba los dichos dellos, e los escriua: e seyendo los testigos recebidos en esta manera, tanto vale como si ellos mismos ouiessen venido, a dar su testimonio en juyzio.

(185) Téngase presente lo anotado á la l. 22. tít. 11. de esta Partida, nota 172. allí.

(186) Conc. *Novell.* 90. tít. 2. cap. 8. *collat.* 7. y apruébase aquí la opinion de Azon *in summa C. de testib.* y de la Glos. ad. Novell. 90. la cual da la razon por la que no se obliga al corredor á declarar como testigo, sino queriéndolo entrambas partes; es á saber, porque el corredor habrá recibido tal vez su salario por el negocio de que se trata, y por consiguiente tendrá un interés en que dicho negocio se lleve á efecto, como lo tendria asimismo, aunque nada hubiese percibido, por que siempre esperaria cobrar el precio de su trabajo, y temería perderlo si declarase contra la validez del negocio en que hubiese intervenido. Esta razon, empero, seria aplicable del mismo modo al corredor que se resistiese á declarar, como al que voluntariamente se prestase á hacerlo; por lo que parece no deberia admitírsele aunque quisiese declarar, si entrambas partes no lo consintiesen: y así lo pretendia la Glos. á la Novell. 73. tít. 2. cap. 7. § 1. *collat.* 6. y Juan de Imol. al cap. *dilectorum* col. 2. *de testib cogend.* donde dice que esta fué la opinion de Juan Andr. contra la Glos. á d. Novell. 90. segun la cual debe ser admitido el corredor, cuando voluntariamente se presta á declarar, aunque se oponga á ello una de las partes: añadiendo Imol. en el lugar citado que su opinion está confirmada por el cap. 1. *de testib.* y Glos. penúlt. allí: y lo propio pretenden Anton. de Butr. á d. cap. *dilectorum* Cardin y *Felin.* y Bart. á la l. 10. C. *de testib.* y Alex. consil. 13. vol. 1. consil. 128. vol. 2. y consil. 153. col. 3. vol. 5. Como quiera, empero, nuestra ley aquí bien terminantemente dispone que, prestándose el corredor de su voluntad á declarar, debe admitirse su testimonio, aunque una de las partes se oponga á ello, aprobándose así la opinion de d. Glos. á la *Novell.* 90. por donde, puede decirse que tal vez la razon en que semejante disposicion se funda no será la que trae d. Glos. y antes se ha esplicado; sinó la de considerarse que se hace injuria al corredor por la parte que no se adhiere á lo que él declarare despues de haber confiado en él como mediador al celebrar el contrato; en cuyo concepto pareceria que nuestra ley habria querido dejar al arbitrio ó delicadeza del mismo corredor el declarar ó dejar de hacerlo, á pesar de verse así desairado por una de las partes: y por esto estableceria que en tal caso, queriendo él, se le admitiese, aun contradiciéndolo la parte. Mas adviértase de todos modos que, á pesar de la esplicacion que acaba de darse, no deja de quedar en pié la dificultad propuesta por la Glos. á d. Novell. 73. es á saber, que en el caso de que se habla aquí se admitirá al corredor, en cierto modo, como testigo en provecho propio: por lo que quizás deberia entenderse lo dispuesto en nuestra ley con cierta limitacion, y decirse que, oponiéndose una de las partes, se admitirá al corredor como testigo ministrado por la otra, cuando esta fuere la que impugne la validéz del contrato ó cuando se le ministrare para declarar sobre los hechos que precedieron al contrato y no sobre las circunstancias que se refieren á la perfeccion del mismo, ó, en otra manera, siempre que cesare la sospecha de afeccion que, segun se ha dicho, puede suponerse en el corredor á favor de la validéz y subsistencia del contrato, en cuanto de esta depende el que se le pague su salario: y así lo pretende Salic. á la l. 10. D. *de testib.*: bien que tal vez habria alguna dificultad en admitir la referida distincion, ya por los términos generales y absolutos en que nuestra ley aquí se espresa, ya tambien porque no debe presumirse que un corredor perjure fácilmente por el insignificante lucro que puede esperar de cada negocio en que interviene: V. l. 18. de este tít. y lo anotado allí: y añad. Bald. y Salic. á la l. 10. C. *de testib.* y lo que respecto de las declaraciones de los corredores se establece en la l. 114 del *Cuaderno de las Alcabalas.* — * Y V. tambien los §§. 3. y 4. l. 17. tít. 4. lib. 9. Nov. Recop. en la cual se declaraba que, en caso de discordia entre los que celebraron el contrato acerca los términos en que se hizo, haya de estarse á lo que resulte del libro del corredor. Pero no interviniendo los corredores mas que en los negocios ó contratos mercantiles y rigiendo para estos el derecho comun, de nada serviria hoy lo dispuesto en la presente ley de Partida ni en la citada de la Nov. Recop. sino que deberia estarse á lo dispuesto por los artículos 64. 107. 108. y 109. del Código de comercio. Tal vez, empero,

LEY 36. *En que manera el Corredor deue dar testimonio de lo que vendiere.*

Nasciendo contienda entre algunos sobre cosa que fuesse vendida por mano de Corredor, si aquellos entre quien es la contienda se auinieren, que el Corredor (186) de su testimonio sobre aquella cosa, deue el Judgador apremiarle que venga a dar testimonio ante el, de lo que sabe.

Mas si a la vna parte pluguiere, e a la otra non; estonce non deue ser apremiado que diga su testimonio, si el de su grado non quisiere venir a dezirlo.

LEY 32. *Que el Judgador deue poner plazo a las partes, a que vengan a oyr los dichos de los testigos.*

Pues que el Judgador ouiere recebidos los dichos de los testigos, e fueren passados los plazos, de que de suso fablamos, deue llamar las partes (187), e señalarles dia a que vengan a oyr lo que dixeron los testigos. E si por auentura alguna de las partes fuesse rebelde, e non quisiesse venir por esso non deue el Judgador dexar de publicar los dichos (188) de los testigos, si la otra parte que fue obediente lo demandare. Otrosi deue dar traslado de los dichos de los testigos a las partes, porque el demandador pueda ver, si ha prouado su intencion, y el demandado se pueda acordar, si ha de dezir alguna cosa contra ellos. E despues que los dichos de los testigos fueren assi publicados, si alguna de las partes quisiesse despues desto aduzir otras prueuas, para prouar aquella cosa misma, en que auian dicho los primeros, non gelas deue el Judgador recebir (189) fueras ende quando alguna de las partes quisiesse pro-

y por igualdad de razon seria aplicable lo dispuesto aquí á los que en calidad de agentes ó mediadores hubiesen intervenido en otras ventas ó negocios que no fuesen mercantiles.

(187) Y basta una sola citacion para hacer esa publicacion de probanzas, aunque no se haya espresado que el plazo concedido debiese entenderse perentorio, segun Juan Andr. al cap. *consuluit* col. 1. *de offic. deleg.* —* V. l. 3. tít. 15. lib. 11. Nov. Rec.

(188) Y acerca el modo como debe procederse á hacer la publicacion, V. Specul. tít. *de teste § satis utiliter* col. 1. infiriéndose tambien de lo dispuesto aquí no ser necesario que el juez ú otro por él lea materialmente en presencia de las partes las declaraciones de los testigos, sino que basta que el juez provea que se hayan por publicadas las probanzas y que se comuniquen estas á las partes; como se lee tambien en Juan Andr. adic. á Specul. lugar antes citado adic. 2. siendo de notar que no es necesaria la publicacion de probanzas en aquellos casos en que los testigos se han examinado públicamente y en presencia de entrambas partes [como sucede, contra la regla general, en los pleitos de menor cuantía, art. 10 de la ley de 10 de enero de 1838, y tambien con los testigos ministrados y recibidos en el plenario en las causas criminales, disposicion 8.ª art. 51. reglam. prov. para la admin. de just.] Bald. á la authent. *si quis in aliquo* col. 3. C. *de edend.* Adviértase tambien que en las causas criminales es necesaria aquella publicacion [es decir, la de las pruebas ó testigos del sumario, pues las demás ya son públicas de suyo, V. la adic. antec.] aun en aquellos casos en que se procede sin figura de juicio, Bart. á la *extravag, ad reprimendum*, en la glos. á la palabra *publicationem.* Y ¿debe considerarse tan substancial la publicacion de probanzas, que sea nula la sentencia que, sin preceder aquella, se hubiere proferido? Así lo pretende la Glos. á la l. 4. C. *de sentent.* pero lo contrario sienten Bart. y Bald. allí, como se ha dicho en la nota 172 de este mismo tít. [V. l. 2. tít. 16. lib. 11. Nov. Rec.] V. Ang. en su tratado *maleficior.* vers. *qui judex dictum processum publicavit*, donde despues de Salic. concilia aquellas encontradas opiniones, diciendo que, por la falta de prévia publicacion de probanzas, será nula la sentencia, cuando se hubiere apelado de ella; pero no, cuando no se hubiere apelado. Por lo que mira á si las probanzas no publicadas hacen fe en juicio, V. á Abb. al cap. *causam quæ* 11. *de testib.* y al cap. *inter dilectos* 10. notab. *de fid. instrum.* y Bald. á la l. 3. col. 3. C. *de reb. cred.* y á la l. 6. C. *de re judic.* donde se adoptan contrarias opiniones, de las cuales me parece la mas plausible la de Abb. á d. cap. *causam quæ* col. 2., donde dice que, aun no siendo publicadas las pruebas, hacen fe no solo ante el mismo juez que las ha recibido ó ante el que se ha subrogado en su lugar, sino ante cualquiera otro, V. al mismo allí.

(189) Entiéndase en los pleitos ó causas civiles; pues en los criminales, ya se proceda por via de acusacion ó ya de oficio y por via de pesquisa, pueden ministrarse testigos, aun despues de la publicacion, así por el acusador, como por el acusado en su defensa, segun Bart. á la l. 1. §. últ. D. *de quæst.* y á la authent. *at qui semel C. de probat.* V. Ang. tratad. *malefic.* vers. *qui judex dictum processum publicavit.* Y otros varios casos en que se admiten tambien pruebas, aun despues de la publicacion, pueden verse en Specul. tít. *de teste §. satis utiliter* y Abb. al cap. *fraternitatis* y cap. *series* d. tít. y V. l. 39. de este tít.—*En las causas criminales la verdadera publicacion de probanzas es la que se verifica cuando se elevan aquellas á plenario, y se recibe la confesion con cargos á los procesados, en cuyo acto deben leerseles íntegramente todas las declaraciones y documentos en que se funden los cargos, y los nombres de los testigos: art. 9. Reglam. prov. para la admin. de just. y á esto se refiere nuestro glosador aquí, cuando dice que en las causas criminales pueden ministrarse tes-

uar con otros testigos, que aquello que testiguaron los primeros contra el, fuesse mentira (190), o que lo fizieron por auer, o por otra cosa qualquier que les dieron, o que les prometieron de

tigos despues de la publicacion de las pruebas, esto es despues de publicadas las que resulten del sumario; pues, una vez unidas al proceso y consiguientemente publicadas las que se hubieren ministrado en el plenario, así por el acusador como por el acusado, ni al uno ni al otro le será permitido el proponerlas y ministrarlas de nuevo: ni en segunda ó tercera instancia se les admitirán las que ofrecieren sobre estremos idénticos ó contrarios á aquellos sobre los cuales hayan sido recibidos testigos en primera, porque espresamente lo prohiben la l. 39. de este tít. y la 6. tít. 10. lib. 11. Nov. Recop. en las que no se distingue entre las causas civiles y criminales, antes al contrario se funda dicha prohibicion en una razon que á toda clase de negocios es exactamente aplicable; cual es el inminente peligro de soborno y corrupcion de testigos que importaria el conceder á las partes la facultad de justificar lo contrario de lo que, en perjuicio de las mismas estuviese ya justificado, ó ensayar nuevas pruebas sobre aquello mismo que no hubiesen podido probar por medio de sus testigos, á pesar de haberlo articulado en 1ª instancia.

(190) Así, pues, aun despues de publicadas las probanzas pueden ministrarse testigos para probar la falsedad de los dichos de los que ya se han examinado, y aunque no se alegue contra ellos corrupcion ó soborno, como se infiere de las palabras alternativas de esta nuestra ley: *que... fuesse mentira ó que lo fizieron por auer ó por otra cosa* etc. mas debe bien advertirse que tan solo se admitirá la prueba de falsedad, indirecta, como por medio de coartada, justificando que el testigo se hallaba en un lugar cuando se verificó el hecho que dice haber presenciado en otro, etc. á tenor de lo prevenido en la decretal *ex tenore, de testib.*; directamente, empero, no se permitiria probar la falsedad, á menos que se ofreciese probar tambien el soborno, segun la Glos. á la Clement. 2. d. tít. y V. Abb. al cap. *licet de probat.* col. 7. y 8. y Felin. col. 17. y 18.— *La l. 1. tít. 12. lib. 11. Nov. Rec. concede para proponer las tachas, así contra las personas, como contra los dichos de los testigos, el término de los seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de probanzas; y para probar las que se hubieren propuesto, siendo conducentes, previene que pueda concederse un término perentorio y que no esceda la mitad del que se hubiere concedido para la prueba principal; todo lo cual debe entenderse limitadamente dispuesto para los pleitos ó causas civiles: pues en las criminales previene la disposicion 9ª. art. 51. Reglam. prov. para la admin. de just. que si alguna de las partes quisiere oponer tachas á los testigos nuevos presentados en el plenario por la contraria, deberá oponerlas dentro de los tres dias siguientes á aquel en que dichos testigos hubieren prestado sus declaraciones; y para probarlas utilizará lo que tal vez faltare del término probatorio concedido para lo principal, ó se ampliará este ó se concederá otro que en ningun caso podrá esceder de la mitad del primero, lo mismo que en los negocios civiles. Las tachas que se quieran oponer á los testigos del sumario, deberán articularse con la prueba principal de acusacion ó de defensa y justificarse dentro el término que concede para aquella la disposicion 7ª. d. art. 51. reglam. prov. El término, empero, de seis dias concedido por la ley para proponer las tachas ¿deberá empezar á contarse desde la notificacion de la publicacion de probanzas, tan fatalmente, así para el actor como para el reo, de suerte que corra para este último, aun cuando dentro de él no hubiere obtenido los autos para enterarse de las declaraciones de los testigos? Algunos prácticos, y entre ellos el Conde de la Cañada nº. 67. cap. 10. Part. 1. Juicio civil, han pretendido (y no pocos tribunales así lo han observado) que la concesion del término para tachar no debia entenderse estricta y literalmente, «sino de un modo efectivo y positivo, sin que puedan empezar á correr los seis, dias sino desde aquel tiempo en que las partes hayan visto los testigos que declaran en probanza contraria y combinado sus dichos para asegurarse de la calidad y vicios de sus personas, de la falsedad que contengan sus declaraciones, y del medio de probarlas; pues de otro modo correría el término de los seis dias contra el ignorante ó impedido.» y lo mismo pretenden los SS. Goyena y Aguirre, Febrero reformado §§. 5216. y siguientes seccion 2ª. tít. 76. lib. 3. arguyendo por las propias razones de equidad; y alegando las leyes anteriores á la de Novísima antes citada, que cita tambien el Conde de la Cañada y son la l. 1. tít. 4. lib. 3. Ordenam. Real, y la 37. del presente tít. y Partida, las cuales cuentan el término para poner tachas, desde que se ha dado á las partes *copia ó traslado* de las pruebas ministradas; y como sin haberlas visto y examinado no podrian oponerse aquellas, por lo menos la de falsedad, pudiera tal vez pretenderse con dd. SS. Goyena y Aguirre que, al señalar la ley recopilada el término para tachar y al disponer que empieze á correr despues de hecha la publicacion y notificada esta á las partes, habrá querido decir despues de comunicada la prueba para alegar, en fuerza de la publicacion. D. Manuel Ortiz de Zuñiga cap. 10. sec. 4. Part. 1. Bibliot. judic. impugna la re-

dar. Ca sobre tal razon como esta bien los podria aduzir, e deuengelos caber. Otrosi dezimos, que aquel que aduxo los primeros testigos, puede aduzir otros, si quisiere, contra estos que eran aduchos contra el, para desecharlos mas dende adelante (191) non puede aduzir otros testigos ninguna de las partes.

LEY 38. *Que fuerza han ante los Juezes los dichos de los Testigos, reçibidos por los Auenidores.*

Meten a las vegadas los omes contiendas que han, en mano de auenidores (192), e aduzen testigos ante ellos para prouar sus intencio-

ferida opinion dicendo no haber razon para interpretar la ley como lo hacen los citados AA. porque las partes tienen derecho para presenciar el juramento de los testigos y pueden entónces instruirse de sus nombres y averiguar sus calidades y circunstancias y tachas legales para proponerlas dentro del término concedido por la ley. «Suponer» añade «que se necesita instruirse de las declaraciones, para averiguar si contienen algun hecho falso y prepararse á rebatirlo es suponer que puede ministrarse una prueba derechamente contraria á lo justificado en autos en el término competente, lo cual está prohibido por la ley.» Pero se ha olvidado, al decir esto, que lo que la ley prohibe es efectivamente probar hechos directamente contrarios á los que ya han sido deducidos en los autos, mas no el destruir estos últimos por medios indirectos que, á pesar de ser tales, los escluyan enteramente, como por ejemplo, probar por medio de una coartada que el testigo no pudo hallase en el lugar y ocasion en que dice haber presenciado el hecho que declara: estas y semejantes pruebas en tanto el derecho las admite, como que otramente no se sabria en que pudiesen consistir las tachas *contra los dichos* de los testigos, espresamente autorizadas y admitidas por la ley recopilada; y como mal podrian los *dichos* tacharse, si antes no se hubiesen visto y examinado, es evidente que el derecho de oponer tachas supone en realidad el de instruirse de las pruebas ó declaraciones recibidas, sin que esto sea autorizar pruebas derechamente contrarias á las ministradas, en el sentido en que lo dice el Sr. Ortiz de Zúñiga; cuyas observaciones serian del todo exactas y oportunas, si la ley no admitiese otras tachas que las que se oponen contra las personas; para oponer las cuales bastaria en efecto el haber conocido á los testigos en el acto de ser juramentados. A pesar de estas razones que prueban evidentemente la conveniencia ó por mejor decir la necesidad de que no se empieze á contar desde la notificacion el término de seis dias concedido á las partes para oponer las tachas á los testigos, es digno de notarse el modo esplicito y terminante con que se espresa la ley recopilada previniendo que dichos seis dias empiezen á contarse desde el dia de la notificacion del auto de publicacion de probanzas: por lo cual y á fin de evitar el conflicto que viene á resultar en los casos en que, habiendose comunicado los autos á una de las partes para alegar luego de publicadas las probanzas, no haya podido obtenerlos la otra hasta despues de pasados los seis dias, se hace recomendable la práctica adoptada por muchos tribunales de no comunicar los autos á una ni otra de las partes, hasta pasados los seis dias; durante los cuales quedan aquellos de manifiesto en la escribania para que los interesados ó sus defensores puedan enterarse de las pruebas testimoniales recibidas, simultaneamente y dentro el término legal. En todos aquellos casos, empero, en que así no se hubiere practicado, cuando alguna de las partes no haya tenido comunicacion de autos dentro de los seis dias, creemos que, sin infringir la ley recopilada, no podrá declararse que no ha corrido el término y que pueden admitirse á aquella las tachas que opusiere, á menos que, habiendo pedido dentro del mismo término la comunicacion para el efecto de poder tachar, no haya podido conseguirlo; pues al legitimamente impedido no le perjudica el lapso de las dilaciones.

(191) Conc. cap. *licet.* d. tít.

(192) Ya sean árbitros de derecho, ó arbitradores y amigables componedores, Ang. despues de Jacob. Butr. á la l. últ. C. *de testib.* y lo propio opinan Bart. y los DD. comunmente allí; entendiendo, empero, lo dicho respecto de los arbitradores, con tal que estos hayan examinado los testigos en forma judicial; mas no si lo hubieren hecho privada y estrajudicialmente. Esto no obstante, Cardin. al cap. *præsentata* 50. *de testib.* pretende que indistintamente tendria lugar lo dispuesto en la presente ley, de cualquier modo que hubiesen sido recibidos los testigos por los arbitradores, porque tambien á estos se les equipara á los árbitros de derecho, l. 76. vers. *arbitrorum* D. *pro socio.* Y al contrario Abb. allí mismo sostiene que nunca lo dispuesto aquí podrá tener aplicacion á los testigos recibidos por un arbitrador, ya se haya procedido en la recepcion en forma de juicio ya estrajudicial y amigablemente. Pero, en mi concepto, es preferible la opinion de Ang. de que deben entenderse comprendidos en la disposicion de esta nuestra ley los testigos recibidos por arbitradores, sea cual fuere el modo y forma con que estos hayan procedido á su recepcion, con tal que al hacerlo no hayan escedido los límites de su potestad, porque la misma razon obra respecto de los testigos recibidos por un árbitro que res-

nes : e contece, que non se libran por ellos, e despues tornan a los Jueces del fuero. E porque podria nacer contienda sobre los testigos que asi fuessen recebidos, e los dichos dellos, si los podrian despues recebir otra vez; queremoslo aqui departir (193). E dezimos, que si las partes fizieron alguna postura entre si, quando metieron su pleyto en mano de amigos, en razon de los testigos que aduxessen, si el pleyto non se librasse por ellos, si deuen valer sus dichos, o non, que aquella postura deue valer (194). E si ninguna postura y non fuere fecha en razon de los testigos, entonce en escogencia deue ser de aquel contra quien fueron aduchos, de fazer que otra vez digan (195) su testimonio delante el Juez, o de estar por lo que dixeron delante los auenidores. Pero si los testigos fuessen ya muertos, estonce dezimos que deue valer en todas guisas, lo que dixeron delante los auenidores: e el Juez puede librar el pleyto por los dichos dellos, tambien como si el mesmo los ouiesse recebido; saluo que la parte contra quien son aduchos, puede dezir contra las personas, e a los dichos dellos, toda razon por que con derecho los pueda desechar. E aun dezimos, que si testigos fuessen dados ante vn Judgador, si despues desso muriesse(196), o le tirassen el oficio ante quel pleyto librasse, que el otro Juez que fuere dado en su lugar, puede dar la sentencia por los dichos de tales testigos, tambien como fiziera aquel que los recibiera, si fuesse biuo.

LEY 39. *En que casos pueden traer otros Testigos antel Juez del alçada, maguer que los primeros sean publicados.*

Maguer que (197) diximos en las leyes sobredichas, que pues que los dichos de los testigos

pecto de los que lo sean por un arbitrador, y porque entrambos vienen comprendidos en la denominacion de *auenidores* de que usa nuestra ley aquí y la l. 23. tít. 4. de esta Part., siendo despreciables por frívolas y escesivamente sutiles las razones que, en contrario, alega Abb. y V. finalmente lo que dice Bald. á d. l. últ. vers. *quæro quid de testibus receptis ab arbitratore*, donde se inclina tambien á la opinion por mi adoptada.

(193) Conc. l. últ. C. *de testib.* y cap. *præsentata* 50. d. tít.

(194) Y cuando las partes hubiesen convenido que los dichos de sus testigos examinados por los árbitros, debiesen valer lo mismo que si lo fuesen por un juez ordinario, ¿tendrá esa convencion tanta fuerza que, las declaraciones de aquellos testigos valgan despues en juicio, sin necesidad de ser ratificados? Alberic. despues de Ober. á d. l. últ. hácia el fin opina por la negativa, á menos que así se hubiese tambien espresamente convenido entre las partes; pero Paul. de Castr. allí es de contrario parecer, y este me parece mas verdadero y equitativo.

(195) Y aun despues de haber pedido la ratificacion podrá la parte arrepentirse y manifestar que sin necesidad de la ratificacion, quiere pasar por lo que declararon los testigos ante los arbitros, segun Salic. á d. l. últ. ¿Qué deberá, empero, decirse, cuando, habiendo la parte pedido la ratificacion, dijeren los testigos lo contrario de lo que antes habian declarado? En tal caso deberá estarse á su última declaracion, segun Abb. á d. cap. *præsentata* col. 5. y Alberic. á d. l. últ. donde dice ser esta la comun opinion; [bien que nos parece algo difícil que legalmente pueda darse crédito á los dichos de unos testigos que así se hayan contradecido, y tal vez seria mas procedente el que en tal caso no valiesen unas ni otras de sus deposiciones encontradas]. Adviértase tambien que, al ratificarse los testigos, deben ser nuevamente juramentados, Glos. á d. l. últ. y segun Alberic. allí, pueden aquellos pedir para la ratificacion que se les lean sus primeras declaraciones, añadiendo haberlo visto así en la práctica; pero no pueden declarar diciendo simplemente que se refieren á lo que ya tienen depuesto, Salic. allí y V. Socin. consil. 40. vol. 3.

(196) Añád. ll. 60. y 76. D. *de judic.* y l. 2. C *de edend.* y Abb. al cap. *causam quæ* col. 2. *de testib.*

(197) Lo dispuesto aquí trae su orígen de la l. 4. C. *de tempor. appell.* y de lo anotado por Azon *in summa* allí y por Abb. al cap. *pastoralis, de except.* en sus *notables* y del cap. *ut circa* 4. *de elect.* V. lo anotado á la l. 34. de este tít. nota 173 debiendo advertirse la singularidad de lo que aquí se dispone, segun Rodrigo Suarez alegacion 5ª.—*Es, en efecto, singular lo dispuesto aquí, en cuanto limita la prohibicion de recibirse nuevos testigos, despues de publicadas las probanzas, sobre los mismos hechos, á tenor de los cuales se hubieren ya recibido otros; y permite que se proceda al nuevo exámen ó recepcion, con tal que el que lo pide jure que antes no pudo ministrar aquellos testigos, porque se hallaban ausentes, ó *por no haberse acordado de ellos.* Si esto último hubiese de bastar para eludir la referida prohibicion ¡cuantos litigantes, al ver por la publicacion que sus testigos no habian correspondido á sus esperanzas, y pudiendo encontrar otros mas fáciles ó menos escrupulosos, acudirian á ese medio tan espedito de ministrarlos, diciendo que antes no se habian acordado de ellos! Así la disposicion de es-

son publicados, que non pueden despues aduzir otros sobre aquella misma cosa en que fueron aduchos los primeros; pero cosas y ha en que los podrian aduzir. E esto seria, si juyzio fuesse dado contra aquel que ouiesse aducho los testigos, porque non pudiere bien prouar su intencion; e el despues desso se alçasse, e siguiendo la alçada, le viniesse algun testigo, que non fuesse en la tierra quando dio los otros; o fuesse en la tierra, e non se ouiesse acordado del, para aduzirlo quando los otros aduxera. Ca en tal caso como este, bien puede recebir tales testigos el Juez de la alçada, jurando primeramente aquel que los da, que lo non faze por engaño, nin por malicia, nin por alongamiento; e cuando los otros testigos dio delante el primero Judgador, que non pudo

ta nuestra ley no solamente favoreceria el soborno que es lo que con la prohibicion esplicada se habia querido precaver, sino que además seria inductiva de perjurio. La l. 6. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec. fundandose espresamente en la frecuencia y facilidad con que se corrompian y sobornaban testigos, prohibe el que se reciban, en grado de apelacion y suplica, sobre los mismos hechos, á tenor de los cuales se hubiesen recibido algunos en primera instancia, previene que, si á pesar de esto, se recibieren, sea dicha prueba nula, y declara incurso en la pena de mil maravedis al letrado que, en segunda instancia, presentare articulos iguales á los presentados en primera, ú otros derechamente contrarios: cuya prohibicion renovada en términos tan categóricos y absolutos, sin indicarse siquiera indirectamente las dos limitaciones contenidas en la ley de partida, nos hace creer que esta debe entenderse derogada por d. l. recopilada; y nos confirma en el propio concepto la práctica de todos nuestros tribunales, que observan escrupulosamente lo dispuesto en d. l. 6. y en la l. 9. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec. y no admiten, despues que en alguna de las instancias se han publicado las probanzas; nuevos testigos sobre los hechos, á tenor de los cuales han sido examinados algunos, como no sea por via de restitucion y á instancia de persona privilegiada. Pero ¿deberá entenderse prohibido el ministrar testigos sobre los estremos alegados en la pasada ó pasadas instancias, aun cuando sobre ellos ninguno se haya recibido y por el solo hecho de haber sido articulados? Sobre esto podria haber alguna duda, porque si bien d. l. 6. repele solamente aquellos artículos sobre los que en las pasadas instancias *fueron traidos ó rescebidos testigos*, y no los simplemente articulados; pero á continuacion conmina una pena al letrado que *hiciere articulos en la segunda instancia que fueron hechos en la primera*; con cuyas palabras parece querer ampliarse la anterior disposicion; y no dudamos que debe considerarse ampliada, por obrar indistintamente en los dos casos propuestos la razon de la prohibicion ó sea el peligro del soborno, esto es, tanto si se trata de ministrar testigos para que declaren hechos sobre que otros han sido ya examinados; como si es sobre hechos que hayan sido deducidos á prueba y articulados en otra instancia, pero sin que se hayan ministrado testigos para declarar á tenor de los mismos; pues tambien entónces es de temer que la parte no ministró testigos, porque no encontró quien afirmase lo que deseaba, y que redoblará sus esfuerzos para conseguirlo en las ulteriores instancias, aunque haya de valerse de la corrupcion ó soborno. Otra cosa seria si en primera instancia se hubiesen designado determinadamente algunos testigos y por haberse estos ausentado ó por otra causa constase no haber podido recibirse; en cuyo caso, si á tenor de los mismos estremos ningun otro testigo se hubiese examinado, tal vez se procederia á la recepcion de aquellos en grado de apelacion ó súplica con arreglo á lo dispuesto en la presente ley de Partida. Pero si sobre esos mismos hechos hubiese en primera instancia declarado algun testigo á mas de los designados y no podidos recibir, ya no podria examinarse á estos en las ulteriores instancias, por impedirlo la prohibicion de d. l. 6.

A propósito de lo que antes se ha dicho sobre la restitucion del término probatorio es muy digno de notarse que, una vez impetrado aquel beneficio por cualquiera de las partes, se entiende comun el nuevo término concedido, pudiendo utilizarlo tambien la parte contraria, aunque no sea privilegiada, l. 3. tít. 13. lib. 11. Nov. Rec. A veces, empero, sucede que, habiendo muchos interesados en un pleito por una ú otra de las partes, en especial por la del convenido, comparece alguno, cuando ya se halla adelantado el juicio, porque no ha podido hacerlo antes, ó porque no ha tenido mas oportunamente noticia del pleito, ó porque, ignorandose su existencia, no se le habia citado: en tal caso se reponen los autos en estado de contestacion por lo que mira al interes del nuevamente comparecido, entendiéndose con él y con su contrario, pero no con sus litis-socios, aquella reposicion por la cual se reproducen todos los mismos trámites que antes se habian seguido. Así es muy posible que, habiendo tenido lugar la referida comparecencia, despues que, por lo que á los presentes se refiere, se hubiese hecho ya publicacion de probanzas, haya de recibirse nuevamente el pleito á prueba y concederse un nuevo término en fuerza de la reposicion. ¿Será este término tambien comun á las partes como el

dar estos, o que se non acordo dellos entonce.

Ley 40. *Que fuerça han los testigos en los pleytos sobre que contienden los omes en Juyzio.*

La fuerça que han los testigos en los pleytos sobre que contienden los omes en juyzio, es esta: que quando alguna de las partes los aduze por si, e prueua por ellos cumplidamente su intencion, si son atales, que por ninguna de las razones que diximos en este titulo, non pueden ser desechados, deue el Judgador seguir su testimonio, e dar el Juyzio por la parte que los traxo: mas quando ambas las partes aduxessen testigos en juyzio, e cada vno dellos prouasse su intencion por ellos, de manera que los dichos de la vna parte fuessen contrarios a la otra, entonce deue catar el Judgador, e creer los dichos de aquellos testigos, que entendiere que dizen la verdad (198), o que se acercan mas a ella, e que son omes de mejor fama (199): e de mayor

que se concede por via de restitucion, ó se entenderá concedido esclusivamente en beneficio de la parte ó interesado que antes no habia comparecido? No puede haber duda en que tambien aquel nuevo término habria de ser comun, y que podria utilizarlo el que ya desde un principio formaba parte en causa, aunque solo para el efecto de justificar nuevos hechos, no los que antes de la reposicion hubiese ya articulado; porque, pudiendo el nuevo litigante alegar y probar estremos distintos de los alegados por sus litis-socios antes de su comparecencia, seria perjudicar á la parte contraria el prohibirle hacer las pruebas convenientes para rebatir esas nuevas alegaciones: así como seria hacerla innecesariamente de mejor condicion, si, por haber comparecido un nuevo litigante, se le permitiese hacer lo que ni aun le habria sido lícito en las ulteriores instancias, ó sea el ministrar testigos sobre hechos ya articulados. Al contrario, el interesado que nuevamente hubiere comparecido, si bien, al articular los mismos hechos que sus litis-socios hubieren articulado antes de la reposicion, podrá favorecer á estos, con quienes le liga un interes comun, y aun podrá suceder que soborne testigos para que declaren lo que no declararon los ya ministrados, pero la sola posibilidad de que él conozca y pueda designar alguno, del cual dichos litis-socios no hubieren tenido noticia, hará que deba serle permitido el ministrarlos: porque el peligro del soborno tan solo puede ser una razon de coartar la facultad de hacer las pruebas, cuando, habiendo la parte tenido ocasion de hacerlas, no lo ha verificado, y trata de suplir despues su omision; en cuyo caso, es de presumir que no vuelve á articular los mismos hechos, ni ofrece nuevos testigos porque antes no hubiese agotado todos los medios de probar legales y honestos, sino porque, no contento con el resultado de las primeras pruebas ya publicadas quiere subsanar su ineficacia sin pararse ya en los medios. En esta presuncion se funda la prohibicion de las citadas leyes 6. tít. 10. y 9. tít. 11. lib. 11. Nov. Rec. la cual por lo mismo obra en el caso propuesto relativamente á los interesados que desde un principio han formado parte en causa, mas no relativamente al que de nuevo ha comparecido y que no intervino por consiguiente en las pruebas ya practicadas.

(198) Con. l. 21. §. 3. D. *de testib.* *Novell.* 90. tít. 2. cap. 3. vers. *si verò aperte collat.* 7. y 4. question 3. cap. *si testes* donde puede verse una buena glosa; y cap. *in nostra* 32. y Glos. allí d. tít. con lo anotado por Azon. *in summa* C. d. tít. col. penúlt. y por Specul tít. *de teste* §. *postquam.*

(199) De aquí es que, habiéndose ministrado por cada una de las partes igual número de testigos, y deponiendo estos lo contrario unos de lo deponen los otros, se dará mas crédito á los que que fueren escribanos, si hay alguno que lo sea, segun Bald. á la autent. *sed cum test.* col. 3. C. *ad leg. Falcid.* citando una glosa notable á la *Novell.* 1. cap. 2. *collat.* 1. vers. *tabulariis*: y tambien se debe advertir que, habiendo igual número de testigos que hayan declarado en contrario, puede el juez, segun su conciencia adherirse á lo depuesto por los de una parte con preferencia á los de la otra y fallar en el propio sentido, con tal que haga constar en los autos el motivo ó razon que haya tenido para adherirse á los dichos de unos, mas bien que á los de los otros, y para darles la preferencia, Bald. á la l. 4. hácia el fin C. *quando provoc. non est necess.* y V. el dicho notable de Bart. á la l. 21. D. *de his qui not. infam.* Cuando haya un testigo que deponga que Juan mató á Pedro, y otro que deponga que á Pedro le mató Sempronio, ¿á cuál de los dos deberá darse crédito? V. Bart. á la l. 1. §. 1. hácia el fin D. *de bonor. posess. secund. tab.*, donde dice que, si dichos testigos discrepan en cuanto al tiempo en que suponen verificado el hecho, ó no se debe creer á uno ni otro, ó solo á los mas dignos y honrados; pero sino discrepan en cuanto al tiempo, y si solo en cuanto á la persona del matador, entónces deberá castigarse á los dos á quienes designan como reos: —*Esta doctrina se funda sin duda en la circunstancia de que el discrepar los dos testigos en el tiempo en que se verificó el homicidio importa incompatibilidad entre sus dichos, y hace que uno ú otro haya de haber faltado á la verdad,

derecho deue creer a estos atales, e seguirse por lo que testiguassen, maguer que los otros que

porque á una misma persona no se puede haberle dado muerte en dos distintos tiempos: lo que no sucede cuando hay discrepancia en la designacion de la persona indicada como reo; pues, pudiendo haber contribuido dos sugetos ó mas en la perpetracion de un mismo homicidio ú otro delito, no hay incompatibilidad absoluta entre el dicho de un testigo que declare que Juan mató á Pedro y el de otro que afirme que á Pedro le mató Antonio. Sin embargo esa incompatibilidad puede existir relativa y segun fueren las circunstancias accesorias de la declaracion, por ejemplo, si, al discrepar los dos testigos en la designacion del asesino, estuvieren acordes y contestes en que fué uno solo él que perpetró el asesinato é intervino en él, ó si se tratare de un homicidio causado con un solo golpe ó herida: y esto hace que no pueda admitirse absoluta y generalmente la doctrina que citando á Bart., espone aquí nuestro Glos. ó mejor que pueda únicamente admitirsela, si se la despoja del carácter casuistico con que aquí está presentada y se la eleva á unos términos mas generales, diciendo que los dichos de dos ó mas testigos en discrepancia son igualmente dignos de crédito, con tal que aquella no constituya absoluta ó relativa incompatibilidad entre los hechos y circunstancias que respectivamente hayan declarado. Y á propósito de esto, por mas que no sea nuestro intento engolfarnos en la teoría de las pruebas judiciales, no podemos ménos de detenernos ante la idea que tambien emite aquí el Glosador, de que, habiendo por cada una de las partes igual número de testigos que declaren hechos contradictorios, podrá el juez adherirse á los dichos de los unos con preferencia á los otros, y fallar en méritos de los mismos, con tal que haga constar en los autos el motivo de aquella adhesion ó preferencia. Si estos motivos han de ser las circunstancias personales que adornan á los testigos ó la mayor ó menor verosimilitud intrínseca de sus dichos, comprendemos muy bien la indicada doctrina, porque tanto la una como las otras de las referidas circunstancias deben haber quedado consignadas en la pieza de probanzas: pero si los motivos en que se fundare el juez son las circunstancias estrínsecas, por decirlo así, como la palidez, el titubear del testigo, sus modales groseros y antipáticos ú otras igualmente accidentales y pasageras ¿cómo se deberá proceder al consignarlas en los autos? ¿cómo se evitará el que esto sea un arma de que pueda valerse la arbitrariedad y la injusticia? Estando á los jueces prohibido el motivar sus sentencias, l. 8. tít. 16. lib. 11. Nov. Recop. claro es que no será en los mismos fallos donde los jueces habrán de consignar aquellos datos ó razones que hayan tenido para preferir los dichos de unos testigos á las de los otros: ni tal vez convendria que así lo hicieran, aun pudiendo. Fuera pues, forzoso para fundarse un fallo en las mencionadas circunstancias, que se hubiesen hecho constar en el acto de recibirse los testigos, espresandose en la diligencia de recepcion, los movimientos sospechosos que se les hubiesen observado: mas ¿cómo seria posible calificar acertadamente aquellos movimientos? ¿cómo distinguir la vacilacion, la palidez producida quizás por la sorpesa por el respeto y sobrecogimiento que infunde á ciertas personas la presencia de un juez ó de un simple escribano, de la producida por la falta de conviccion ó por los remordimientos? ¿cuales serian los términos mas á propósito para consignar en el proceso aquellos fenómenos fisiológicos, sin alterar su verdadero valor y el grado de importancia que, á los ojos del observador, hubieran tenido? Además, ¿se daría ó no cuenta á los testigos de semejantes observaciones que relativamente á ellos se hubiesen hecho? ¿se les haria ó no suscribir la diligencia en que aquellas se hubiesen anotado? Si lo primero, ¿á cuantas cavilosidades no recurriria el testigo antes que suscribir y autorizar, por decirlo así, el testimonio de su corrupcion y perjurio? ¿Cuantos no se resistirian á poner su firma y pondrian en cuestion la existencia de las circunstancias que se hubiesen observado, y cuantas veces no seria legítima y fundada aquella resistencia? y si lo segundo, ¿qué tremendo y absoluto poder no se habria conferido al juez ó al escribano (que es quien las mas veces por si solo recibe y examina los testigos), si, por si solo, tambien y con una simple nota ú observacion podia desvirtuar, á los ojos del tribunal, y ante la opinion, los dichos de uno ó mas testigos que declarasen á favor de una de las partes? Las leyes, por lo general, nunca dan fé á las aserciones del escribano solo, en todos aquellos hechos, sobre cuya existencia puede promoverse cuestion y que afectan substancialmente al negocio: así es que, para hacer constar que se ha hecho la citacion, ó requieren la firma del citado ó la intervencion de dos testigos. Todos los demás actos que practiquen las partes y les convenga consignar que los han practicado, pueden practicarlos de modo que despues les sea fácil su justificacion. Pero no pudiendo asistir al exámen de un testigo, mas que este mismo, el escribano y el juez, y no asistiendo por lo general este último ¿quien decidiria la discordia cuando el escribano hubiese consignado algunas circunstancias inductivas de sospecha en la dilijencia de recepcion de un testigo y este negase despues

de publicada aquella, que semejantes circunstancias se hubiesen podido observar? He aquí los motivos por los cuales creemos no deber hacerse judicialmente mérito alguno de esas circunstancias esteriores y pasageras que se hayan observado en los testigos en el acto de prestar sus declaraciones, y los mismos que habrán dado lugar á la práctica generalmente observada de no consignar en los procesos alguna de aquellas circunstancias ó accidentes. Aun dirémos mas: en nuestro concepto, ni aun conviene establecer, por principio general, que el juez, al dictar el fallo pueda segun su privada conciencia y personales observaciones, hacer mérito de los accidentes fisiológicos de los testigos en el acto de declarar; porque si el juez los ha observado por sí mismo, de todos modos, deberá sentir, aun sin advertirlo, la íntima impresion que en su ánimo habrán dejado y siempre influirán en su determinacion, por mas que crea legalmente deber tomarla con independencia y abstraccion de aquellas circunstancias: y esa influencia consideramos mas conveniente combatirla en teoría que autorizarla; puesto que si, como quiera, no es dado destruirla del todo, forzamente producirá sus buenos efectos, aunque estralegales (permitasenos la espresion): y al contrario si se la diese autoridad, podria servir en muchos casos de escusa y paliativo á bastardas afecciones; y todo juez podria ser parcial impunemente, en aquellos casos en que hubiese conflicto de pruebas encontradas. En último resultado, cuando hay por ej. dos testigos igualmente idóneos y contestes por cada una de las partes, hay tambien una material y absoluta imposibilidad de decidir por los méritos del proceso, cuales son los que han dicho la verdad, y lo único que se puede afirmar en semejante caso es el hecho de que unos ú otros han de haber declarado falsamente. Entónces, pues, nunca podrá temer el juez cometer una injusticia, ya absuelva al demandado, porque así se lo prescribe la presente ley; ó ya, teniendose á la recomendable práctica que ha prevalecido en nuestros tribunales y que puede considerarse ya con fuerza de ley, absuelva al mismo demandado de la observancia del juicio; (V. lo anotado á la l. 5. tít. 22. de esta Partida) de esta suerte no falla definitivamente el negocio, tiene una seguridad de no perjudicar irreparablemente, á uno ni otro de los litigantes; y se exime de la responsabilidad inmensa que sobre él pesaria si por su ciencia privada, pudiese dar mas valor á los dichos de este testigo que á los de aquél y condenar al reo ó demandado en méritos de unas pruebas contradecidas por otras tan plenas y tan cumplidas legalmente como las primeras; semejante facultad seria un orígen de sinsabores y disgustos para los buenos jueces: para los malos un arma vedada y una espada de dos filos. Añádase á lo dicho que, por lo general no terminan los negocios contenciosos irrevocablemente ante el mismo juez, que los ha instruido: y, cuando este no es substituido por otro en el mismo juzgado que regentaba antes de fallar los pleitos que ha empezado á substanciar, raros son los asuntos civiles y ninguno hay de criminal (disposicion 14.ª atr. 51. del reglam. prov.) que no se eleve para su definitiva decision á un tribunal superior que debe y no puede menos de fallar por los solos méritos escritos del proceso. Cuando, pues, un juez inferior, habiendo conflicto de pruebas, hubiese fallado una causa á favor de una de las partes, fundándose en las observaciones fisiológicas que hubiese hecho en las personas de los testigos al examinarlos, sin consignarlas en el proceso; en este caso, repetimos, ¿cuál seria el resultado de semejante conducta una vez sujetado el negocio á la decision del tribunal superior? ¿Revelaria el juez *aquo* al oido de cada uno de los magistrados colegiados sus privadas y fisiológicas observaciones? Y si lo hiciera ¿podria el tribunal, en conciencia hacer mérito de ella? He aquí por todas partes dificultades y tropiezos al separarse de la terminante disposicion de esta ley, la cual, habiendo igualdad ó conflicto de pruebas, previene que se absuelva al reo ó demandado, y no permite que se dé á ninguna de ellas la preferencia sino por alguna de las razones legales que consten en el proceso y que destruyen la igualdad ó equivalencia de las pruebas encontradas, como son la *mejor fama* de unos testigos que la de los otros, la mayor verosimilitud intrínseca de sus dichos una, razon de ciencia mas congruente etc. Consideramos, pues, justo lo que dispone aquí nuestra ley, con tal que la absolucion del reo, en el caso espresado, se entienda simplemente absolucion de la instancia y observancia del juicio, como hemos dicho antes haberlo canonizado la práctica: y siendo á nuestro entender imposible que las circunstancias estrínsecas, personales y transitorias, que presentan los testigos en el acto de declarar, se consiguen en el proceso, juzgamos por lo tanto inadmisible la doctrina que, con aquella condicion, propone y recomienda el Glosador; esto es, la de poderse fallar en méritos de aquellas circunstancias: lo cual, sin embargo debe entenderse que lo opinamos para aquellos casos (y son los mas, V. nota 24) en que los testigos se examinan secretamente y á presencia de solo el juez y el escribano ó tan solo de este último. En las causas criminales, empero, y por lo que hace á los testigos de defensa que se examinan en presencia de las partes, y aun los del sumario, que tambien en público se ratifican, no vemos inconveniente en que, apareciendo algun accidente que infunda sospechas sobre algun testigo se

dixessen el contrario, fuessen mas (200). E si por auentura fuesse igualeza en los testigos en razon de sus personas, e de sus dichos, porque tambien los vnos como los otros fuessen buenos, e cada vno dellos semejasse que dizen cosa que podria ser, entonce deuen creer los testigos que se acordaren, e fueren mas, e judgar por la parte que los aduxo. E si la prueua fuesse aducha en juyzio, de manera que fuessen tantos de la vna parte como de la otra, e fuessen iguales (201) en sus dichos, e en su fama; entonce dezimos, que deue el Judgador dar por quito (202) al demandado de la demanda que le fazen, e non le deuen empecer los testigos que fueren aduchos contra el: porque los Judgadores siempre deuen ser aparejados (203), mas para quitar al demandado que para condenarlo, quando fallassen derechas razones para fazerlo.

LEY 41. *De los Testigos que desacuerdan en sus dichos, que el Judgador deue creer a aquellos que semejare que acuerdan mas con el fecho.*

Ligeramente podria acaecer, que los testigos que la una parte (204) aduxesse, que se desacordarian en sus dichos, de manera que los vnos dirian el contrario de los otros. E porende dezimos, que quando assi acaeciere, que el Judgador deue creer aquellos que semejare que se acuestan mas a la verdad, e que acuerdan mas con el fecho, maguer que los otros fuessen mas: e non deue empecer a la parte el testimonio contrario, que los otros ouiessen dicho. Ca como quier que quando

haga constar en el proceso: y entónces el juez ó tribunal no solo puede, sino que debe hacer mérito, al fallar, de aquella circunstancia.

(200) Pues la calidad autorizada de los testigos es el mayor suplemento que en semejante prueba puede desearse; por manera, que mas crédito merecen unos pocos testigos nobles y de calificada posicion, que no muchos que sean rústicos y de poco valer: y mayor fé hará el dicho de pocos cardenales, que el de muchos clérigos sopistas. V. Bald. á la l. 18. col. 6. C. *de testib.* y V. Glos. al cap. *in nostra* d. tít. glos. últ. donde trata del caso en que hubiese muy grande desproporcion en el número de los testigos que declaran en oposicion.

(201) Entiéndase, empero, con la limitacion que pone Bald. en la autent. *omnes peregrini* hácia el fin *C. communia de success.* donde dice que, en caso de duda y habiendo igualdad ó conflicto de pruebas encontradas, se debe estar á lo dispuesto por derecho comun: por donde, si, por ej., estuviese prevenido por un estatuto, que, habiéndose vendido un caballo, no se diera lugar á la *redhibitoria,* á menos de resultar el caballo asmático y si dos testigos en un caso particular afirmasen ser el caballo asmático y lo negasen otros dos, como el derecho comun dispone que por cualquiera vicio oculto ha lugar á la redhibicion de la cosa vendida, en el caso propuesto, deberia en la duda, declararse que existe el vicio y por consiguiente que procede la redhibicion; porque toda duda sobre un hecho debe decidirse segun la natural equidad; y supuesta la igualdad de las pruebas, aquella debe prevalecer que tiene en favor suyo establecida alguna legal presuncion; V. Glos. y Bart. á la l. 13. princ. D. *de jurejur.* y Juan de Plat. á la l. penúlt. C. *de apoch. publ.* Cuando, empero, dado igual número de testigos, los unos hayan dado razones de ciencia y los otros no, los primeros serán preferidos Bald. á la l. 8. hácia el fin C. *de Episc. et cleric.* y dandola todos, los que la hubieren dado mejor y mas satisfactoria, Dec. consil. 302. col. 5.

(202) No quedará, pues, al arbitrio del juez el absolver á la parte que mejor le parezca; sino que deberá fallar á favor del reo, V. Bald. á la l. últ. C. *commicat. epist.* y al cap. 1. princ. *in quib. caus feud. amitt.* V. tambien lo dicho en la nota 199. [y la adic. allí] y á propósito de esto es de notar lo que pretendia Abb. al cap. *in nostra* col. últ. *de testib.* á saber, que, siendo iguales en número á los del actor ó acusador, debe siempre darse la preferéncia á los testigos del reo, aunque sean algun tanto menos idóneos, en confirmacion de lo cual cita la Glos. al cap. *clerici* 81. dist. Lo dicho, no obstante, debe entenderse solamente en el caso de haber muy poca diferencia entre la idoneidad de unos y otros testigos; como si los unos fuesen legos y clérigos los otros, ó cosa semejante; pues de otra manera seria contrariar el texto de esta nuestra ley, que solo quiere se absuelva el reo, cuando hay igualdad no solo en el número de los testigos, sino tambien en sus dichos y en su fama. Por lo que hace, empero, á las causas privilegiadas de libertad, matrimonio, testamento ó dote, V. Glos, á d. cap. *in nostra* y al cap. *ex litteris.* 3. *de probat.*

(203) Siempre tienden las leyes á absolver mas bien que á condenar, como se vé por lo dispuesto aquí y en el cap. *ex litteris* 3. *de probat. cum vulgaribus.*

(204) La disposicion aquí establecida trae su orígen de la Glos. á la l. 14. hácia el fin C. *de fid. instrum.* y V. lo anotado á la l. prox. anteced. Conc. cap. *in nostra.* 32. y Glos. allí, y Glos. al cap. *præsentium, de testib.*

aduxesse en juyzio, para prouar su intencion, dos cartas que fuessen contrarias la una de la otra, que non deue valer ninguna dellas, assi como adelante mostraremos; pero non deue esto assi ser judgado en los testigos: porque aquel que aduze las cartas en juyzio, puede, ante que las muestre, ser en auiso, (205) para ver, o saber si la vna es contraria de la otra, o non. Onde por esto se deue tornar a su culpa, si muestra carta en juyzio que sea contraria. Mas en los testigos non podria ninguno poner esta guarda: porque muchas vezes dizen ellos a la parte que los trae, que diran vna cosa; e cuando son delante el Judgador, dizen el contrario (206) en poridad, de aquello que saben. E porende non es culpa la parte que los trae, nin le deuen empecer, maguer ellos desacuerden; solamente que por algunos dellos que sean omes buenos, pueda prouar su intencion, e los otros que dizen el contrario, non sean mas, o mejores. Mas quando algund testigo fuesse contrario a si mismo (207) en su dicho, non deue valer su testimonio.

LEY 42. *Que pena merecen los Testigos que a sabiendas dán falso testimonio contra otro.*

Pena muy grande merecen los testigos que a sabiendas dan falso testimonio contra otro, o que encubren la verdad (208), (s) por malquerencia que han contra algunos: e porque los fechos que los omes testiguan non son todos yguales, porende non podemos establecer ygual pena (209) contra ellos. Mas otorgamos por esta ley lleno poderio a todos los Judgadores que han poder de fazer justicia (210), que cuando entendie-

(s) por engaño ó por malquerencia. Acad.

(205) La misma razon dá Azon. *in summa*. C. *de testib.* hácia el fin.

(206) Infiérese de lo dicho aquí que si un testigo ha afirmado alguna cosa estrajudicialmente, y despues llamado á declarar en juicio depusiere bajo juramento lo contrario, deberá estarse á su segunda declaracion y no á la primera, ó sea á la estrajudicial: bien que Bart. pretende lo contrario á la 27. D. *ad leg. Corn. de fals.* y aun añade que en tal caso debe castigarse el testigo como falsario. Pero opinan lo dicho al principio Bald. cap. 1. §. *quid sit investitura* y á la 6. col. 1. C. *de rejudic.* y Abb., á quien puede verse, al cap. *per tuas* col. últ. *de probat.* y cap. *cum in tua, de testib.* donde dice que aunque se esté á la última declaracion, no deja, con todo, de debilitarse la fuerza de ella, por haber faltado el testigo antes á la verdad estrajudicialmente. Añád. Alex. consil. 81. col pen, vol. 3. y Felin. á d. cap. *cum in tua* hácia el fin y Abb. al cap. *litteras, de præsumpt.* 4. notab. donde limita la referida opinion diciendo que, cuando por los indicios ó conjeturas concurrentes pareciese mas verosimil la primera declaracion aunque estrajudicial y no jurada, deberia no obstante dársela crédito con preferencia á la segunda, aunque prestada en juicio y bajo juramento; cuya limitacion confirma con el mismo texto allí; infiriéndose de lo dicho que, solo en igualdad de las demás circunstancias, obrará la presuncion á favor de la segunda declaracion jurada, habiendo otra anterior privada y estrajudicial.

(207) Conc. cap. *si testes* 4. q. 3. vers. *qui falsó vel varié* y l. 16. D. *de testib.* 3. q. 9. cap. *pura* 17. cap. *licet, de probat.* Glos. á d. cap. *in nostra. de testib.* Specul. tít. *de teste* §. *posquam*: y debe entenderse lo dispuesto aquí, á menos que la contradiccion en que incurre el testigo pueda esplicarse, distinguiendo los hechos ó circunstancias ll. 40. y 18. D. *de petit. hæred.* y const. 1. C. §. *Divus*, ó dando á sus dichos una benigna y congruente interpretacion, á la que se preste el negocio de que se trata, segun Ang. á la l. 14. C. *de fid. instrum.* y V. cap. *cum tu, de testib.* En órden á los testigos que declaren una cosa en un juicio, despues de haber afirmado en otro juicio lo contrario, V. Bart. á la l. 27. D. *de fals.* Abb. y DD. al cap. *cum. in tua, de testib.*

(208) Añad. cap 1. *de crim. fals.* y Abb. allí 2. notab. y V. lo anotado á la l. 35. de este tít.

(209) V. l. 26. tít. 11. de esta Partida y lo anotado allí.

(210) No podrá, pues, castigar á los testigos falsos el juez delegado, ante quien hubieren aquellos declarado *Novell.* 90. tít. 2. cap. 1. §. 1. *collat.* 7. ni el juez que solo tenga jurisdiccion para conocer en causas civiles, segun Bart. á la l. 15. D. *ad leg. Cornel. de fals.* bien que el mismo á la l. 14. C. *de testib.* habia dicho lo contrario, y lo propio pretendian Ang. y Salic. allí; esto es, que el juez, aunque con mera jurisdiccion civil, tiene poder á lo menos para imponer un castigo estraordinario. Pero la opinion de Bart. á d. l. 15. es la mas conforme con el texto de la presente de partida donde dice: *que han poder de fazer justicia*; con cuyas palabras se indica constantemente la jurisdiccion criminal, V. l. 4. tít. 1. y l. 24. tít. 22. de esta Partida: y esta interpretacion es la que, como mas legal, debe abrazarse, no pudiendo, por consiguiente, haber lugar á la cuestion que promueven los DD. á la l. 14., acerca si el testigo falso puede ser castigado con pena estraordinaria por el mismo juez ante quien ha declarado falsamente, ó si

ren, que los testigos que aduzen ante ellos, van desuariando (211) sus palabras, e cambiandolas; si fueren viles omes aquellos que esto fizieren, que los puedan tormentar, de guisa que puedan sacar la verdad dellos. Otrosi dezimos, que si ellos pudieren saber, que los testigos que fueren aduchos ante ellos, dixeren, o dizen falso testimonio, o que encubren a sabiendas la verdad; que

deberá ser juzgado por la via ordinaria; porque, segun esta ley, el mismo juez ante quien se haya prestado la declaracion, es el que puede aplicar al falso testigo la pena correspondiente y ordinaria; con tal, empero, que tenga de otra parte jurisdiccion para proceder en lo criminal, pues que si no la tuviere, deberá remitir al testigo á su propio juez, como se indica en el final de la presente ley; absteniéndose él de castigarlo por sí propio ni aun estraordinariamente. Mas ¿qué deberá decirse cuando fuere un juez ordinario el que, recibiere los testigos por encargo y comision de otro, ante quien se sustancie la causa ó pleito? ¿Podrá aquel castigar á los que declaren falsamente, ó deberá remitirlos al juez que le haya dado la comision? Bald. á d. l. 14. opina que esto último es lo que en tal caso deberá practicarse: pero Salic. allí es de parecer que entrambos jueces tendrán potestad para castigar á dichos testigos: y así, en efecto, se infiere tambien de las palabras de nuestra ley: *si..... los testigos que fueren aduchos ante ellos*: á mas de que por el mero hecho de haber alguno dicho falso testimonio ante el juez ordinario que lo examinaba y que tiene jurisdiccion en lo criminal, puede decirse que se ha sujetado á la jurisdiccion de aquel juez, ante quien ha delinquido: y añád. Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 13. vers. *quid si aliquis Bononiensis*, y Juan Andr. en sus adiciones allí [Parécenos, sin embargo, que no puede decirse tan fácilmente que puede castigar á los testigos falsos el juez que los hubiere recibido por comision, por la evidente y material imposibilidad que, en la mayor parte de los casos habria de declarar á dichos testigos convictos del perjurio y falsedad, sin prejuzgar, al mismo tiempo, la cuestion controvertida en el pleito, en méritos del cual hubiesen sido aquellos ministrados: imposibilidad que no dejaria de existir, á menos que los testigos estuviesen confesos ó se hubiesen paladinamente retractado de sus declaraciones, lo que, por cierto, no es lo mas comun. De otra parte creemos que la letra de esta nuestra ley no favorece, como pretende aquí el Glosador, la opinion por este recomendada; pues si bien en el texto se habla de los jueces en plural, estableciendo que puedan castigar á los testigos, cuando supieren que han declarado con falsedad *los que fueren aduchos ante ellos*, no hay, empero motivo ni razon alguna para creer que esta pluralidad se refiere al caso supuesto de que los testigos hayan sido ministrados ante un juez y examinados por otro por comision de aquél; sino que la ley habla aquí en general, y usa la palabra *jueces*, sin otra intencion que la de referirse á los muchos que pueden hallarse en el caso de que aquí se habla; lo que, en tanto debe entenderse así, como que la ley, al dar á los jueces la potestad de castigar á los testigos falsos, les previene que lo hagan *catando qual es el yerro que fizieron en testiguando, e el fecho sobre que testiguaron*: y esto indudablemente solo puede hacerlo el juez originario de la causa, y no el comisionado por aquél para recibir y examinar á los testigos; el cual debe limitarse á evacuar su comision, cuidando de que en las diligencias que remite conste todo lo ocurrido al practicarlas, para que, en su vista pueda el juez requirente proceder á lo de justicia; y así en la práctica se observa.] Si un clérigo dijere falso testimonio ante un juez seglar, es la mas comun y verdadera opinion la de que no puede ser castigado por este ni como juez de la causa en méritos de la cual hubiere declarado, ni como juez comisionado para recibirle la declaracion, Inoc. Host. Juan Andr. Ant. y Barba col. 10. al cap. *verum, de for. compet.* Juan de Ana y otros al cap. *dilectus, de pœnis*, y Mateo de Afflict. decisiones Napolitanas, 230.ª decis. que empieza *fuit per relatorem.*

(211) Conc. l. 15. princ. D. *de quœst.* l. 8. tít. 30. Partida 7. y añád. Glos. 15. quest. 6. *in summa*: y acerca de si un clérigo sospechoso que vacilare, al prestar su declaracion, puede ser atormentado por su Obispo, V. Glos. al cap. penúltimo 5. quest. 5. ó si puede así mismo un delegado del Príncipe atormentar al testigo que vacilare, V. Bald. quien opina por la afirmatvia al cap. col. 2. *si de invest. int. domin. et vasall.* y á la l. 3. *in repet.* col. 4. D. *de jurisdict. omni. jud.* y V. al mismo á d. l. 15.; donde pretende que, por punto general, no debe darse tormento á los testigos, aunque sean personas viles, mientras no haya vacilacion en sus dichos: por manera que dichas personas viles son admitidas á dar el testimonio, sin que se las sujete al tormento, solo que no se dá á sus declaraciones tanto crédito, como á las de los demás: todo lo qué viene confimado por esta nuestra ley, que solo exige la tortura, cuando el testigo *va desuariando sus palabras ó cambiandolas*. Esto no obstante, cuando el testigo fuere convicto de falsedad, deberá darsele tormento, segun el mismo Bald. citando la l. 18. §. 3. D. *de quœst.* y lo mismo seria, cuando alguno muy espontaneamente se presentare á declarar con intencion de ocultar la verdad Novell. 90. tít. 2. cap 1. §. 1. y 5. q. 5. §. *hi qui.* Pero, supuesto que en algunos casos se admite

maguer otro non los acusasse sobre esto, que los Juezes de su officio(212) los pueden escarmentar, e darles pena, segund entendiere que merecen; catando todavia qual es el yerro que fizieron en testiguando, e el fecho sobre que testiguaron. Mas si por auentura ante otro Judgador, que non ha poder de fazer justicia (213), se ouiesse fallado alguno que testiguasse falso testimonio; este atal deuelo embiar a su Mayoral, que faga justicia del, qual entendiere que merece.

TITULO XVII.

DE LOS PESQUERIDORES (1) QUE HAN PODERIO DE RECEBIR PRUEUAS POR SI DE SU OFICIO, MAGUER LAS PARTES NON GELAS ADUXESSEN DELANTE.

La cosa de que se mas deuen trabajar los Reyes (2), segun dixeron los Sabios antiguos, es buscar todas las carreras que pudieren fallar, por que puedan saber la verdad de las querellas, e de

por testigos á las personas viles é infames, aunque atormentandolas primero, l. 21. §. 2. D. *de testib.* ¿deberá darse tanto crédito á sus dichos como si no tuviesen aquella tacha, y se entenderá purgada por la tortura la infamia? Parece que no, en las causas criminales, segun Bart. á la l. 1. col 5. C. *de summa Trinit. et fid. Cathol.* siendo de advertir que para dar tormento á los testigos, no se requiere que haya habido discrepancia sobre los indicios que se refieren á la causa principal, Bart. á d. l. 18. §. 3. Cuando hay que dar tormento á los testigos, bastará que se reciban dos ó tres entre los que sean sabedores del hecho de que se trata; pues no debe prodigarse la tortura, Bald. á la l. 11. col. 8. C. *de his qui accus. nos poss.* y añádase á lo dicho que en lo criminal, se atormenta á todos los testigos que, sabiendo la verdad, se resisten á decirla; Glos. á la l. 3. C. *ad leg. Jul. de adult.* y V. lo anotado por Bald. allí: debiéndose advertir que la tortura que se de á los testigos no ha de ser demasiado leve, ni tan fuerte que raye en esceso, sino moderada: y en la declaracion prestada con el tormento no es necesario que se ratifique ó persevere el testigo: V. Bald. á la l. últ. C. *de quæst.* donde añade queá la referida declaración se da siempre mayor crédito que á la del testigo no atormentado: y V. finalmente lo anotado por Inoc. al cap. *prœterea de testib. cog.* y Salic. á la l. 14. C. *de test.* vers. *quœro secundo* y Bald. allí princ., donde esplican cuando se entenderá que un testigo declara con variedad ó que vacila para los efectos aquí espresados: y en órden á los testigos que depusieren cosas contradictorias V. l. 16. D. *de testib.* y l. 27. y Bart. allí D. *de fals.* —*Inútil es repetir aquí que todo lo dicho en la presente nota y en las demás de este tít. que hablan del tormento no tiene en el dia aplicacion alguna con arreglo al at.º 303. Constitucion de 1812.

(212) Añád. l. penúlt. tít. 1. Part. 7. —*V. l. 3. y siguientes tít. 6. lib. 12. Nov. Rec.

(213) Y lo mismo si el testigo fuere clérigo, segun la comun opinion de los DD. al cap. *verum, de for compet.* y Abb. allí col. 5. y Paul. de Castr. á d. l. 14., contra el parecer de Cyn. despues de la Glos. En Francia, segun refiere Guillielmo Benedict. *in repet.* cap. *Raynutius, de testam.* vers *et uxorem nomine Adelasiam* se castiga á los clérigos que atestiguan falso, con pena pecuniaria: V. al mismo fol. 87. col. 4. segun la edicion que tengo á la vista.

(1) *Tres cosas principalmente constituian y caracterizaban el cargo ú oficio de los pesqueridores, de quienes se habla en el presente título y en el 34. lib. 12. Nov. Recop., á saber; primera, la de ser espresamente nombrados para inquirir, bien fuese los delitos en general que se cometiesen en algun territorio, bien los autores y cómplices de ciertos y determinados delitos que se hubiesen cometido: 2ª. la de proceder al desempeño de su comision de oficio y sin instancia de parte; 3ª. la de carecer de jurisdiccion y ser unos meros instructores, sin poder proceder contra los que de sus averiguaciones resultasen reos. Las pesquisas y pesqueridores generales están prohibidos por la l. 3. d. tít. 34. lib. 12. N. R. y por lo que hace á los pesqueridores espresamente nombrados para inquirir las circunstancias, autores y cómplices de un delito que se sabe ó se presume haberse cometido, si bien no está prohibido el nombrarlos, antes bien el Rey y las Reales Audiencias tienen facultad de hacerlo, segun el art. 38. del Reglam. prov. para la admin. de just. con todo, esto se entiende unicamente para casos especiales y estraordinarios, siendo, por punto general, los jueces de 1ª. instancia y los alcaldes constitunales á prevencion con aquellos, donde los haya, los únicos competentes para instruir diligencias en averiguacion de los delitos que en sus respectivos territorios se cometan, arts. 33. y 51. disposiciones 2ª. y 3ª. d. reglam. prov. y arts. 105. y 106. Reglam. para los juzgados de 1ª. instancia V. lo anotado á la l. 28. tít. 1. Part. 7. adic. á la nota 247. allí. y la adic. á la nota 36. de este tít.

(2) Pues la Potestad Real se ha instituido para que los perversos se retraigan del mal, y los buenos puedan vivir entre malos tranquilamente, 23. quest. 4. cap. *qui peccat* y 23. quest. 5 cap. *non frustra* y cap. *Regum.*

los pleytos que vinieren ante ellos; señaladamente de los grandes yerros, que los omes (que non temen a Dios, nin han verguença de su Señor) fazen en la tierra soberuiosamente, por su poder que han (3); o encubiertamente, con locura, e por maldad conocida que han en si. E porque muchas vegadas acaece, que los fechos desaguisados destos atales, que los encubren de guisa, que por testigos que sean aduchos ante ellos en manera de juyzio, non se puede ende saber la verdad; porende fue menester, que los Reyes buscassen otra carrera de prueua, que dizen Pesquisa (4), porque la verdad de las cosas non les pudiesse ser encubierta por mengua de prueua. Onde pues que en el Titulo ante deste auemos fablado de los testigos que aduzen las partes en juyzio, para prouar sus intenciones; queremos dezir en este, de los Pesqueridores que han poderio de recebir prueuas por si de su officio, maguer que las partes non gelas aduxessen delante. E primeramente mostraremos, que quiere dezir Pesquisa, e a que tiene pro. E cuantas maneras son della. E quien la puede mandar fazer, e sobre que cosas. E cual deue ser el Pesqueridor, e que deue fazer, e guardar. E que pena merecen los Pesqueridores, si non fizieren lo que deuen lealmente.

LEY 1. *Que quiere dezir Pesquisa, e a que tiene pro: e en cuantas maneras se puede fazer la Pesquisa.*

Pesquisa en romance tanto quiere dezir en latin, como inquisitio, e tiene pro a muchas cosas; ca por ella se sabe la verdad de las cosas mal fechas, (a) ca de otra guisa non pueden ser prouadas, nin aueriguadas. E otrosi meten en carrera a los Reyes por ella, de saber en cierto los fechos de la su tierra; e de escarmentar los omes falsos, e atreuidos, que por mengua de prueua cuydan passar con sus maldades: e las pesquisas puedense fazer en tres maneras. La vna, quando fazen pesquisa comunalmente (5) sobre vna grand tierra, o sobre vna partida della, o sobre alguna Cibdad, o Villa, o otro lugar; que sea fecha pesquisa sobre todos los que y moraren, o sobre algunos dellos: tal pesquisa como esta puede el Rey mouerse a fazerla, por tres razones. Ca, o sera fecha, querellandose (6) alguno de males, o daños que recibio de aquellos lugares que de suso diximos, non sabiendo ciertamente quien los fizo; o la faran por mala fama (7) que venga antel Rey, o ante aquellos que

(a) que de otra quisa etc.

(3) *Vicina potentibus solet esse superbia, et pene semper rebus affluentibus elatio sociatur*: Gregor. 26. *Moralium* cap. 23. hácia el fin.

(4) La cual, es decir, la general puede definirse: «el derecho de proceder de oficio á la investigacion de cuales sean las personas criminales y dignas de castigo que se encuentren en el territorio del pesqueridor:» cuya definicion, empero, conviene tan solamente á la pesquisa que es general, así respecto de las personas, como respecto de los delitos: mas cuando lo es solo respecto de las primeras, inquiriendose cual sea el autor ó cuales los cómplices de un delito que ya consta cometido; entónces puede definirse; «el derecho de proceder de oficio á investigar cual sea la persona que ha perpetrado un delito ya descubierto» y cuando al contrario es general respecto de los delitos, pero especial en cuanto á las personas, como las que hacen los visitadores de las iglesias, ó se practican, cuando se inquiere algun delito cometido contra una ciudad ó sus habitantes, se definirá: «el derecho de proceder de oficio, para que sean condenados y castigados los criminales del territorio del pesquiridor, á quienes acusan no los malévolos, sino la fama á opinion comun:» y finalmente la pesquisa que es especial por razon de las personas y de los delitos inquiridos, se definirá; «el derecho de proceder de oficio, para que sean condenados y castigados ciertos sujetos á quienes se imputan determinados delitos.» Así se infiere de lo anotado por Bart. á la l. 2. §. 5. D. *de adult.* Bald. y Salic. á la l. 7. C. *de accusat.* y de lo que dice Ang. tratado *maleficior.* vers. *hæc est quædam inquisitio;* bien que, segun Bald. á la l. únic. col. 3. C. *ex delict. defunct.*. la pesquisa no es otra cosa que el imperio del juez, ó un oficio inherente al mismo y dirigido á castigar los delitos.— *V. la nota 1.

(5) Conc. l. 13. D. *de offic. præsid.* y añád. l. 5. 1. Part. 7. —*V. nota 1. de este tít.

(6) Esto es, á instancia de algun particular, ó en virtud de denuncia V. l. 3. D. *de custod. reor.* l. 7. C. *de accusat.* y cap. 2. *de accusat.* Y si la parte injuriada, escita al juez para que inquiera, y este de oficio castiga al injuriador, no podrá despues aquella entablar la accion de injurias, segun la l. 17. §. 6. y V. Ang. allí D. *de injur.* Ang. tratado *maleficior* vers. *fama publica* col. últ. donde aconseja que, por via de precaucion, se proteste siempre que, al escitar al juez, para que proceda de oficio, se hace esto sin perjuicio de poder accionar despues por el interes privado.

(7) Añád. l. 3. C. *de offic. rector. prov.* y cap. *qualiter et quando* 24. *de accusat.*

(8) Pues, para poderse proceder por pesquisa

han poder de lo mandar fazer en los lugares sobredichos; o la fara el Rey, andando por su tierra por saber el fecho della, maguer non se querelle ninguno, nin aya ende mala fama (8). Ca esto puedelo el Rey fazer por derecho: porque muchas vezes los omes non se quieren querellar, nin mostrar el estado de la tierra por querella, nin por fama. Ca esto podria ser por amor, o por miedo. Onde dezimos, que el Rey puede fazer pesquisa por parar mejor su tierra, e por castigar los omes, que non sean osados de fazer mal. La segunda manera de pesquisa es, quando la fazen sobre fechos de algunos que son mal enfamados, o sobre otros fechos señalados, que non saben quien los fizo; o sobre fechos señalados de omes conocidos. E esto podria ser, assi como sobre conducho (9) tomado. La tercera manera es, quando amas las partes se auienen (10), queriendo quel Rey, o aquel quel pleyto ha de judgar, mande fazer la pesquisa.

LEY 2. *Que cosas deuen guardar los Pesqueridores que fueren puestos para pesquerir.*

Menester es, que los Pesqueridores que fueren puestos para pesquerir en las comarcas de las tierras, o en las merindades, que guarden estas cosas que aqui diremos: primeramente, que non fagan pesquisa sobre el estado de aquella tierra, en que son puestos para pesquerir, nin sobre alguna partida della, a menos de mandado del Rey(11), o del Merino mayor, auiendogelo mandado el Rey por si, o por su carta. Mas si la pesquisa ouiessen de fazer sobre fecho de mala fama (12) que oyessen dezir de vn ome, o de muchos; bien pueden fazer tal pesquisa como esta por mandado del Merino mayor. Esso mismo dezimos de los Pesqueridores de las Cibdades, Villas, que non deuen fazer pesquisa sobre ninguna de las cosas que dicho auemos, en que han poder de pesquerir, si non por mandado de aquel que deue judgar, en aquel lugar do ellos son puestos por Pesqueridores. Otrosi dezimos, que los Pesqueridores deuen ser puestos mayormente por el Rey,

general, no es necesario que preceda infamia, segun d. l. 13. y cap. 1. *de offic. ord.* y cuando la pesquisa se practica por disposicion del Príncipe, tampoco debe preceder difamacion ni otro requisito alguno, segun se dispone aquí, y lo dice Bart. á la l. 4. C. *ad L. Jul. majest.* y V. Dec. consil. 170. y 175. y Specul. tít. *de inquisitione* §. 1. col. 3. vers. *porró.*

(9) Tal vez se refiere con esto nuestra ley al caso propuesto en la l. 3. C. *de naufrag.* ó á los de que hablan las ll. 24. 25. y siguientes tít. 11. lib. 4. Ordenam. Real. y l. 3. tít. 25. Partida 4.: pudiendo practicarse hoy lo mismo contra los magnates y señores de las tierras que exijan algo indebidamente de sus vasallos; V. lo sobre el particular anotado por Specul. tít. *de denuntiatione* §. 1. col. penúlt. vers. *quid si homines de domino suo* y añád. l. 22. tít. 13. Part. 2. con lo anotado allí.

(10) En cuyo caso no habrá verdaderamente pesquisa, no practicandose de oficio por el juez, sino á instancia de parte, segun se ha dicho en la nota 4.

(11) Conc. ll. 3. y 11. tít. 1. lib. 8. Ordenam. Real.; mas por derecho comun cualquier juez podia hacer semejantes pesquisas, segun se infiere de d. l. 13. D. *de offic. præsid.* y Salic. á la l. 7. col. 7. C. *de accus.* y Ang. tratad. *maleficior* vers. *hæc est quædam inquisitio* col. 4.: y, segun esplica Paris tratado *syndicatus* fol. 56. col. 4. hácia el fin, tambien en el Reino de Sicilia, se han abolido hoy las pesquisas generales, como no sean por mandato superior. Por lo demás, así la presente ley como la citada del Ordenamiento, al hablar de las pesquisas generales, se refieren á las que lo son por razon de las personas y de los delitos, á tenor de lo dicho en la nota 4.; pues, sin órden ó mandato del Rey, pueden los jueces practicar las que son generales solo respecto de las personas, pero sobre un delito especial y determinado, porque de estas no habla la presente ley; Specul. tít. *de notor. crim.* vers. *hæc autem*, Abb. al cap. *bonæ* col. 3. *de elect.* y al cap. 1. *de offic. ord.*: y añád. Specul. tít. *de inquisitione* §. 2. col. 2. vers. *unde si certum sit.*; y se declara en la l. prox. siguiente.

(12) Con razon se establece aquí que para proceder á la pesquisa, es necesario que lo exija la fama; la cual en semejantes casos hace las veces de acusador, l. 3. C. *de offic. rect. prov.* cap. *qualiter et quando* 24. y cap. *cum oporteat* 19. *de accusat.*. á menos que sea en alguno de los casos especiales que trae Specul. tít. *de inquisition.* §. 2. vers. *licet autem*, en los cuales puede procederse á la pesquisa, sin que preceda la difamacion; y pueden verse tambien en Ang. tratado *maleficior.* vers. *hæc est quædam inquisitio* col. 7. y adicion. allí: y lo mismo seria cuando hubiese indicios que designasen á alguno, como reo; en cuyo caso podria tambien prácticarse la pesquisa, sin preceder la infamia, Bart. á la l. 13. D. *de offic. præsid.* Ang. tratad. *maleficior.* vers. *fama publica* col. 1. y del propio modo cuando se procediese por denuncia de un oficial jurado.—* V. nota 1. de este tít.

(13) Sobre la inteligencia de esta palabra, V. lo anotado á la ley prox. antecedente; y parece prevenirse aquí que, en el caso á que el texto

quando quisieren fazer pesquisa general, o cuando quisieren saber el fecho, o el estado de la comarca, o de alguna otra tierra, do mandasse pesquerir por conducho tomado (13). Otrosi pueden poner Pesqueridores los Señores de algunos lugares (14) honrrados, si han poder de fazer justicia en aquel logar do quieren fazer pesquisa. Otrosi Pesqueridores y a, que deuen ser puestos para pesquerir (15) en las Cibdades, e en las Villas. E estos deuen poner aquellos que han poder de judgar, e de fazer justicia, con el Concejo, o con omes buenos señalados de cada collacion.

LEY 3. *Quales son dichos Pesqueridores, e que cosas deuen pesquerir.*

Pesqueridores son dichos aquellos que son puestos para escodriñar la verdad de las cosas mal fechas encubiertamente, assi como (16) de muerte de ome que matassen en yermo, o de noche, o en qual logar quier que fuesse muerto, e non supiessen quien lo matara; o de Eglesia quebran-

se refiere, no puede procederse á hacer pesquisa, sino por órden ó mandato del Rey: declarandose además en la ley que sigue, que, por razon de semejante delito *(conducho tomado)*, puede hacerse pesquisa, aunque se haya cometido publicamente y contra determinada persona, á diferencia de los demás delitos: por razon de los cuales tan solo pueden nombrarse pesqueridores, cuando se han cometido encubiertamente. V. lo dicho en las notas 5. y 9. de este tít.

(14) Añád. Specul. tít. *de inquisit.* §. 1. col. 1. vers. *item opponitur*; y tengase presente lo que, acerca los señores de los lugares, dispone nuestra ley aquí.

(15) Entiéndase, que habla nuestra ley aquí de los llamados síndicos, oficiales jurados ó testigos sinodales; acerca de los cuales V. B. art. á la l. 6. D. *de custod. reor.* Abb. al cap. *præterea*, *de testib. cog.* Ang. tratad. *maleficior* vers. *neque non ad denuntiandum* y Salicet. á la l. 7. col. 4. C. *de accusat.* y añád. l. 6. de este tít.

(16) La presente ley declara cuales son los casos en que tiene lugar la pesquisa; para lo cual requiere al parecer dos cosas; á saber, 1ª. que el delito se haya cometido ocultamente ó en despoblado; 2ª. que la pesquisa no se haga contra determinada persona, sino en general; en lo que se adhiere á la teoria de Inoc. al cap. *bonæ* el. 1. *de elect.* Mas creo deberia entenderse lo dispuesto aquí, para el caso en que se procediese á una pesquisa por el juez, obrando meramente de oficio, sin que precediese fama ni indicio de ninguna especie; pues concurriendo estas ó habiendo denuncia de un oficial jurado, podria procederse á hacer pesquisa contra determinadas personas y sobre cualesquiera delitos, como se ha dicho en la nota 12. y del mismo parecer es Salic. á la l. 7. vers. *quia propter denuntiationem* C. *de accusat.* col. 3. y Ang. tratad. *maleficior.* vers. *hæc est quædam inquisitio* col. 5. á quien puede verse para la mejor inteligencia de lo que acaba de decirse: y añád. l. 1. tít. 1. lib. 8. Ordenam. Real. en la que se manda proceder por via de pesquisa sobre los robos y algunos otros delitos [V. l. 7. tít. 34. lib. 12. Nov. Rev.] y añád. á d. l. las 9. y 10. del mismo tít. y V. el vol. de prac-maticas de Alcalá fol. 246. de la edicion que tengo á la vista, hácia el fin, donde dice: *si alguno denunciare de cualquier hurto, o robo*, y lo propio se lee en el cap. siguiente ó sea en el arancel de los Escribanos; á tenor de cuyas leyes del Reino no procede lo que opinan los DD.; á saber, que por razon de los delitos de gravedad, y no de los leves, es permitida la pesquisa, como pretendia tambien Specul. tít. *de inquisit.* §. 1. princ. y Gandin. tratad. *malefic.* charta 1. Bald. a la l. 7. col. 9. C. *de accus.* donde espresa que por razon de delitos privados raras veces se procede por pesquisa; y el mismo Bald. adicionando á Specul. tít. *de sentent.* col. antepen. vers. *et an absolutus*, donde afirma igualmente que por delitos privados no deben hacerse pesquisas, porque el Juez no representa á las personas particulares agraviadas ú ofendidas, sino á la vindicta pública ó á la sociedad: no obstante todo lo qué y conforme á las ll. antes citadas, procede el que se practiquen pesquisas por cualesquiera delitos; y así debia ser, apesar de lo dicho por Bald., pues todos los delitos producen dos acciones una á favor de la parte ofendida y otra á favor del fisco ó de la república, l. últ. D. *de privat. delict.* y l. últ. D. *de furt.*—* Lo que sí se disponia en la l. 10. tít. 34. lib. 12. Nov. Rec. era que solo por razon de delitos de gravedad pudiesen comisionarse pesqueridores especiales para proceder á la averiguacion de los mismos, y cuando se creyese y tuviese por cierto que las justicias ordinarias no tendrian poder para castigar y determinar los espresados delitos: pero, fuera de semejantes casos, establecia la citada ley que procediesen á averiguar y castigar los delitos los Jueces ordinarios; sin escluir, empero, por esto la via de pesquisa, por la cual se ha procedido siempre en las causas criminales, como se debe proceder en el dia, segun la disposicion 2ª. art. 51. Reglam. prov. para la admin. de just. siendo de notar que, si bien, como dice Bald., el juez representa á la sociedad y no á cada uno de los particulares; pero la sociedad entera se ofende en la persona de cualquier individuo á quien se agravia ó perjudica contra derecho; y por esto corresponde el que para vindicar aquella ofensa

tada, o robada de noche; o de muger forçada, que non fuesse fecha la fuerça en poblado; o de casa que quemassen, o quebrantassen foradandola, o entrandola por fuerça, o por otra manera; o de miesses que quemassen, o de viñas, o de arboles que cortassen; o de camino quebrantatado, en que fuessen omes robados, o feridos, o presos, o muertos: ca todas estas cosas, si fueren fechas encubiertamente, assi como diximos, quier sean fechas de dia, o de noche; porque vienen muchos males dellas, e grandes daños, e los omes non se pueden ende guardar; deuen ser pesqueridas, e sabidas por los Pesqueridores; solo que non sea fecha alguna destas querellas de personas ciertas, ca estonce non se podria fazer. Pero algunas cosas y a, en que pueden fazer pesquisa, maguer non sean fechas encubiertamente; assi como sobre conducho tomado (17); o sobre fuerças, o robos que sean fechos, e pidan merced al Rey (18), que lo mande pesquerir; o sobre otra cosa qualquier que se auengan (19) las partes antel Rey, o ante algunos de los otros que han poder de judgar.

LEY 4. *Quales omes deuen ser los Pesqueridores, e quien non lo puede ser.*

Buenos omes (20) que teman a Dios, e de buena fama, deuen ser los Pesqueridores, pues que por su pesquisa han muchos de morir (21), e de sofrir otra pena en los cuerpos, o daño en los aueres, segun el fecho que fallaren que fizieron aquellos contra quien fizieren la pesquisa: e deuen ser atales, que amen fazer seruicio lealmente al Rey, o a los otros que los y metieron, de aquellos que los pueden poner. E deuen querer pro del Pueblo, e non ser vanderos; por que aquellos contra quien ouiessen de fazer la pesquisa, pudiessen sospechar (22) contra ellos, que la fazian a su daño. Ca si vanderos fuessen, o non ouiessen en si los bienes que de suso diximos, non valdria la pesquisa (23) que fiziessen. Otrosi deuen ser acuciosos (24) para saber la verdad, cuanto mas ayna pudieren, e apercebidos de la demandar afincadamente en muchas maneras, fasta que la sepan toda, o lo mas que pudieren ende saber. Otrosi dezimos, que los Clerigos, nin ome de Orden (25), maguer sean de buena fama, non pueden ser Pesqueridores en pleyto que sea de justicia, porque ninguno por la su pesquisa ouiesse de rescebir pena en el cuerpo, nin en el auer; nin otra pesquisa, si non en aquellas cosas que manda el Derecho de Santa Eglesia (26): nin avn en pleyto seglar, si non en aquel que fuesse metido en su pesquisa por auenencia de ambas las partes (27). E si de otra guisa lo fiziessen, farian contra derecho de Santa Eglesia: por que podria caer en peligro de sus Ordenes (28); e demas embargarian el Derecho seglar. Ca si ellos non fiziessen la pesquisa derechamente, non podrian cumplir en ellos la justicia (29) que deuen,

se proceda de oficio y sin instancia de parte.

(17) V. lo dicho en la nota de este tít.

(18) El cual, aun sin preceder difamacion alguna, puede mandar que se haga una pesquisa hasta contra determinadas personas, segun lo dispuesto tambien en la l. 1. de este tít.

(19) Añád. l. 1. hácia el fin de este tít.

(20) Añád. Specul. tít. *de inquisit.* §. 1. col. 2. vers. *item opponat, quod est criminosus* no debiendo admitirse la delacion de los pesqueridores que hayan sido infames al tiempo de ser nombrados.

(21) Pues debe procederse con la mayor circunspeccion, cuando se trata de la vida del hombre, que, entre todas las demás cosas temporales, es la mas sagrada, l. 23. C. *de sacros. Eccles* l. 1. §. 10. D. *de Carbon. eclict.* cap. *ubi periculum* 3. *de elect.* cap. *quiescamus* 42. dist. cap. 1. y 2. 23. q. 5.

(22) Añád. Specul. tít. *de inquisit.* §. 1. col. 2. vers. *item, quod est certa ratione suspectus.*

(23) Nótese bien y téngase presente lo dispuesto aquí.

(24) Añád. l. 3. vers. *Solers inquisitor*, y lo anotado allí por Juan de Platea C. *de naufrag.*

(25) Conc. cap. *his á quibus* 23. q. 8. y cap. *sed neque* 4. y *sententiam sanguinis* 9. *ne cler. vel mon.* y añád. l. 4. tít. 4. de esta Partida.

(26) V. 35. q. 6. cap. *Episcopus in synodo* 7. y Glos. allí *de offic, ordin.* cap. *placuit* 10. q. 1. cap. *Romana* 1. §. *sané* 4. *de censib.*

(27) Conc. l. 7. C. *de Episcop. audient.* y l. 32. §. 4. D. *de recept. qui arbitr.*

(28) Esto es, en todos aquellos casos en que de las pesquisas que practicasen pudiese seguirse la muerte ó mutilacion de miembro de aquellos que de las mismas pesquisas resultasen reos, d. cap. *sententiam sanguinis* 9. *ne cleric. vel mon.* y Abb. y los DD. allí.

(29) Pues el que temerariamente procede por pesquisa contra alguno, y le veja condolo ó culpa lata, puede ser tambien por ello castigado criminalmente, l. 14. y Bald. allí C. *de excus. tut.* y authent. *generaliter* hácia el fin C. *de Episc. et cleric.*; y al contrario el que ha omitido hacer las pesquisas necesarias ó buscar las pruebas, por las cuales hubiera podido descubrirse algun delito, será castigado como prevaricador, segun

los que los ouiessen de judgar, assi como en otros cimes legos.

LEY 5. *Quantos deuen ser los Pesqueridores.*

Quantos Pesqueridores deuen ser en fazer la pesquisa, queremoslo aqui mostrar. E dezimos, que cuando alguna pesquisa fuere de fazer, quier la fagan por mandado del Rey, o de alguno de los otros que lo pueden mandar; que deuen fazerla dos Pesqueridores (30) a lo menos, e vn Escriuano. E esto dezimos, porque las pesquisas se fagan mejor, e mas lealmente, e non puedan sospechar contra aquellos que las fizieren. E porque ellos mejor se puedan acordar, en demandar aquellas cosas, que entendieren que son menester en las pesquisas, para saber mas ciertamente la verdad. Pero si contienda entre algunos acaeciere sobre terminos (31), o sobre otra cosa qualquier que non fuesse de los derechos del Rey, e se auinieren de meterlo en pesquisa, e cada vno del los (*b*) pidiere Pesqueridor por si, el Rey les deue dar el tercero. Mas si ambas las partes se auinieren en vn Pesqueridor (32), deuegelo el Rey otorgar.

LEY 6. *Que ninguno non pueda ser escusado de ser Pesqueridor, sino por las cosas que dizen en esta ley.*

Escusar (33) non se puede ninguno de ser Pesqueridor, mandandogelo el Rey, o alguno de aquellos que han poder de lo fazer. Onde dezimos, que aquellos que el Rey mandare que sean Pesqueridores, que lo deuen ser, e non puede ninguno auer escusa, si non por enfermedad, o se yendo mal ferido o por enemistad que aya, de que se deue temer con derecho. Ca estonce el Rey le deue dar consejo, a aquel que mandare fazer la pesquisa, o auiendo de ver otra cosa que tanxesse en fecho de la persona de su Señor (34) que si non lo fiziesse, que se tornaria en daño a aquel su Señor. Ca qualquier que lo non quisiesse ser, non auiendo alguna destas escusas sobredichas, mandamos que aya tal pena como manda la ley (35) deste nuevo libro, que fabla de los que non quieren yr en mandado del Rey, nin fazer lo que les mandan, podiendolo fazer, non auiendo escusa derecha. E otrosi dezimos, que los que fueren escogidos de los Concejos (36) de las Cib-

(*b*) diere Acad.

Ang. á la l. 4. §. 4. D. *de his qui not. infam.* y V. l. últ. de este tít.

(30) Oportunísima precaucion, si estuviese en observancia; pues se instruyen mejor las causas ante varios jueces, que ante uno solo; como dice Aristoteles *Politic.* lib. 3. cap. 11. *sicut convivium, ad quod plures conferunt, meliùs est, quam simplex mensa; sic judicia multorum sæpe meliora sunt, quam unius cujusque*; y despues añade: *multitudo minus subjacet corruptioni: quemadmodum aquæ magna congeries, sic etiam plures, quam pauci incorruptibiliores sunt: et cum unus judicum, si ira, vel alia hujusmodi perturbatione animi vincatur, necesarium est judicium corrumpi: sed in multitudine difficile esset omnes irasci, atque deviare*; y como dice la l. últ. C. *de fideic. per ampliores homines perfectissime veritas revelatur* V. cap. *de quibus* 20 dist. donde se dice que es mas facil encontrar, lo que por muchos es buscado.

(31) Sobre los cuales es antigua costumbre y práctica de la Curia Real el proceder por via de pesquisa, segun la l. 5. tít. 1. lib. 8. Ordenam. Real.

(32) Añád. l. 20. tít. 4. de esta Partida y lo anotado allí; debiendo tenerse presente lo que aqui dispone nuestra ley apróposito de la l. 47. D. *de judic.*

(33) El cargo de la judicatura es obligatorio, y todo particular puede ser compelido para ejercerla, l. 18. §. 14. D. *de numer. et honor.* l. 13. D. *de jurisd. omn. jud.* y l. 1. y Glos. allí C. *qui pro sua jurisd.*

(34) Entiéndase, de un Señor tal, como el de quien hablan las ll. 1. y 2. tít. 25. Partida 4.

(35) V. l. 11. tít. 13. Part. 2. y lo anotado allí.

(36) Acerca de estos pesqueridores nombrados por los concejos ó ciudades, pueden verse muchas cuestiones en Bart. á la l. 3. D. *de custod. reor.* y nótese que deben para serlo haber cumplido los 25 años, segun Bald. á la l. 12. col. 3. C. *de procurat.* y tambien las mujeres pueden ser obligadas á denunciar aquellos delitos que se cometen ocultamente entre las personas de su sexo, y no llegarian fácilmente á noticia de los varones, segun Juan de Plat. á la l. 9. C. *de munerib. patrim.* ¿Se escusará, empero, el pesquerido nombrado, de desempeñar el cargo de denunciar los delitos, haciendo prácticar pesquisa domiciliaria por el notario de la villa? No se escusará; antes está obligado á denunciar los delitos al juez, y no basta que recurra al escribano: V. Bald. á la l. 3. C. *de his quib. ut indign.* Y si, al denunciarse un delito, se hubiere omitido nombrar á alguno de los delincuentes, seria lo mismo que si no se hubiese denunciado, segun opina Bald. fundado en la l. 6. hácia el fin C. *de his quib. ut indign.* bien que el que haya hecho semejante denuncia se escusará presentando despues al reo á quien hubiere dejado de denunciar, Bald. á la l. 7. d. tít. Mas si dichos pesqueridores ó sindicos de las ciudades ó villas han sido prevenidos por alguna acusacion ó querella ó por pesquisa practicada de oficio por el

dades, e de las Villas para ser Pesqueridores, que non lo pueden refusar; si non si fueren enfermos, o mal feridos, o por grandes pleytos que ayan, o por otras cosas que deuen recabdar por mandado de sus Señores. E si alguno non lo quisiesse ser, non auiendo alguna de las escusas sobredichas, mandamos, que peche cient marauesid al Concejo, porque desprecio el mandamiento (c) del Rey e non quiso sofrir embargo por pro de su Concejo.

LEY 7. *Quien deue dar las despensas a los Pesqueridores.*

Onde deuen auer los Pesqueridores sus despensas, mientra que las pesquisas fizieren, queremoslo aqui mostrar. E dezimos, que quando la pesquisa fizieren por mandado del Rey sobre mal fecho de alguna tierra, o de alguna partida della, o sobre algun logar, o sobre fecho señalado, assi como dicho auemos en las leyes deste titulo (37), que el Rey gelas deue dar (38): mas si la fizieren por aueuencia de ambas las partes, dezimos, que las partes les deuen dar despensas. E si los Pesqueridores de los Concejos la fizieren, deuenles dar las despensas el Concejo. Esso mismo dezimos de los Pesqueridores, que el Rey diere para departir algunos terminos, o que sean veedores, como los apean (59) por juyzio de su Corte; que las partes les deuen dar las despensas guisadas, segun fuere el pleyto, el ome que la ouiere de fazer.

(c) de la ley Acad.

juez ¿estarán tambien dispensados de hacer la denuncia? V. Bart. á d. l. 3. y Bald. á la l. 10. C. *de his quib. ut indign.* el cual opina que aun en dicho caso tendrian aquellos obligacion de ausiliar al juez, si no se hubiesen presentado testigos sabedores del delito. Y los oficiales que tienen obligacion de denunciar y conminada alguna pena para el caso en que dejen de hacerlo, ¿se librarán de dicha pena, si habiendo retardado la denuncia, la hicieren despues escitados por el juez? V. Bart. á la l. 2. §. 24. D. *ad Tertil.* donde opina por la negativa. ¿Les escusará asimismo el no haber podido conocer á los malechores por la oscuridad de la noche ó por causa del tumulto? V. Bald. adicion. á Specul. tít. *de accusat.* col. pen. donde trata tambien de si será escusa suficiente la de haber procedido á una pesquisa domiciliaria y haber preguntado á todos las personas presentes, sin haber podido descubrir al reo col. últ. allí. Y cuando en un mismo territorio hubiere dos síndicos ¿aprovechará al uno la denuncia hecha por el otro? V. al mismo allí, donde trata asimismo de si podrá obligarse á que nombren un síndico para hacer las denuncias, á los vecinos de una villa, donde no le haya; y de si el juez puede obligar á cualquier particular á que denuncie el delito de que esté enterado, aun cuando no tenga obligacion de hacerlo por razon de su oficio: opinando en entrambos casos por la afirmativa. Otras varias cuestiones pueden verse en el lugar citado, dignas de notarse, por poder ocurrir fácilmente los casos á que se refieren, como la de si están los síndicos obligados á denunciar los delitos no punibles por la ley, y los hurtos calificados; y si la fama ó rumores de haberse cometido un delito escusarán al síndico que lo hubiere denunciado: y añád. Ang. tratad. *malefic.* vers. *neque non ad denuntiandum.*—* Los términos en que se espresa nuestro Glosador en la presente nota, hablando de los pesqueridores, á quienes llama tambien *síndicos*, indican que estos fueron introducidos para suplir al que, entre nosotros, se conoce por oficio ó ministerio fiscal: y que las pesquisas, que aquellos practicaban para pasarlas al juez competente se consideraban como unas verdaderas denuncias, al igual que las de los *curiosi*, *stationarii*, o *irenarchœ* de los romanos; V. el apéndice al tít. 1. Partida 7.

(37) Ll. 1. y 2.

(38) Así lo exige el derecho comun; esto es, que enviando el Rey un capitan á algun territorio, debe pagarle el salario por la Cámara y no puede obligar á que lo satisfagan los súbditos de dicho territorio, segun Luc. de Pen. fundándose en la l. 2. C. *de annon. et tribut.* pues por esto cobra el Rey las rentas del Reino, para que, á sus costas, haga que se administre en él la justicia *Novell.* 8. princ. collat. 2. Novell. 82. cap. 9. l. 2. §. 9. C. *de offic. præfect. prœtor. Africœ*: y lo mismo, segun la Glos. al cap. *statutum* §. *insuper*, *de rescript.*, puede aplicarse al juez ordinario que delega su jurisdiccion en general y para todas las causas. Acerca el salario de los oficiales de justicia de nuestro Reino, V. lo que dispone la l. 7. tít. 16. lib. 2. Ordenam. Real. y acerca los de los pesqueridores, V. la l. 2. de d. tít. y l. 2. tít. 1. lib. 8. d. Ordenam. Mas adviértase que lo dispuesto en esta nuestra ley procede únicamente cuando el Rey envia pesqueridores de oficio y sin instancia de parte; pues, mediando esta, debe hacerse la pesquisa á costas del que la pidiere, segun la presente ley y d. l. 2. tít. 1. lib. 8. Ordenam. Real, la que puede verse: y debe todo lo que se gaste, resarcirse con los bienes de los que resulten delincuentes, como se dispone allí; y añád. Specul. tít. *de salariis* §. 1. y Glos. á d. §. *insuper.*—* V. l. 6. tít. 34. lib. 12. Nov. Rec.

(39) Añád. l. 4. §. 1. D. *fin regund.*

LEY 8. *Como deuen ser honrrados, e guardados los Pesqueridores.*

Honrra merescen auer los Pesqueridores, que son puestos para saber la verdad de las cosas que diximos en las leyes ante desta. Otrosi dezimos, que deuen ser guardados, porque seguramente puedan fazer las pesquisas, segund que deuen, e les fuere mandado. E dezimos, que la honrra e la guarda deue ser desta manera: los que el Rey embiare (40) para fazer pesquisa en algun logar, o la fizieren alli do el fuere, deuen ser honrrados e guardados, assi como los Alcaldes de su Corte. E qualquier que los matasse, o los firiesse, o los desonrrasse, deue auer aquella misma pena (41). E los Pesqueridores que fiziere el Rey sobre (*d*) las comarcas, e Merindades de las Cibdades, deuen ser honrrados, como los (*e*) Adelnatados (42) mayores dessos mismos logares, e como los Alcaldes mayores de aquellas tierras. Otrosi dezimos, que los Pesqueridores de las Cibdades, e de las Villas, que deuen auer tal honrra e tal guarda, como los Alcaldes dessos logares mismos; e deue auer otra tal pena, quien desonrrasse, o firiesse, o matasse a qualquier destos sobredichos,

LEY 9. *Que es lo que deuen guardar, e fazer los Pesqueridores, e los Escriuanos.*

Las cosas que deuen fazer e guardar los Pesqueridores, son estas. Deuen jurar en las manos del Rey, si los el pusiere, por la naturaleza del Señorio que ha sobrellos; o sobre los Santos Euangelios, si los Pesqueridores mandare poner a otro, o si los pusieren algunos de los otros que los han poder de poner, assi como de suso diximos (43). E estos deuen jurar (44), que fagan la pesquisa lealmente, e que por amor, (*f*) nin por miedo, nin por don que les den, nin les prometan, que non cambien ninguna cosa, nin sobrepongan, nin menguen, de lo que fallaren en verdad; nin dexen de preguntar aquellas cosas, por que la mejor sabran, assi como diximos en el Titulo de los Testigos. E non deuen apercebir (45) a ninguno, que se guarde de las cosas que entendieren de la pesquisa, de que le podria nacer daño; nin deuen fazer la pesquisa (*g*) con omes que sean viles (46), o sospechosos, o enemigos de aquellos contra quien la fazen. Otrosi deuen los Pesqueridores fazer jurar a los Escriuanos, si al Rey non ouieren jurado sobre aquel fecho (47), que escriuan los dichos de aquellos que vienen a dezir la pesquisa, derechamente, non mudando y ninguna cosa de lo que dixeren; e deueles tomar la jura en la manera que ellos juraron, segund sobredicho es. Otrosi deuen fazer jurar a aquellos que vienen a dezir las pesquisas, assi como diximos en el Titulo de los Testigos. E despues que les ouieren tomado la jura, deuen preguntar a cada vno dellos apartadamente: e despues que le ouieren preguntado, e dixiere que non ha mas que dezir, deuenle defender, por la

(*d*) las comarcas de las merindades Acad.
(*e*) adelantados menores Tol. 1. y 2. Esc. 4.

(*f*) nin por desamor, nin por miedo, Acad.
(*g*) en homes que sean viles Acad.

(40) Nótese el grande honor que se debe á los pesqueridores de la Corte del Rey; y las penas que se conminan á los que les injuriaren, lo mismo que si lo hicieren con los jueces de la Corte; porque el delegado del Príncipe obtiene el supremo lugar entre los jueces, cap. *pastoralis* 11. §. *præterea*, *de offic. ordin.* cap. *si quando* 8. *de offic. deleg.*

(41) V. l. 1. y siguientes tít. 12. lib. 8. Ordenam. Real y l. 19. tít. 9. Partida 2.

(42) V. l. 22. tít. 9. Partida. 2.

(43) V. l. 2. de este tít.

(44) Acerca el juramento que deben prestar los pesqueridores enviados de la Corte, V. ll. 4. y 8. tít. 1. lib. 8. O. R.—*V. l. 11. tít. 34. lib. 12. Nov. Rec.

(45) Añád. l. últ. de este tít. siendo de notar que es considerado como falsario el juez, escribano ú otro cualquiera oficial que revela á la parte la resultancia de los autos ó las declaraciones de los testigos antes de ser publicadas, l. 1. princ. D. *ad Leg. Cornel. de fals.* y V. l. 6. §. 4. D. *de re milit.*

(46) Añád. cap. *cum oporteat* 19. *de accusat.* y cap. *pertuas* 32. *de simonia* cap. *præterea* 7. *de testib. cogend.* Esceptúase, empero, de lo dispuesto aquí el caso en que se haga la pesquisa en una iglesia ó parroquia, indagando la conducta del que es cabeza de la misma y de sus miembros, para lo cual se admiten cualesquiera testigos: V. Specul. tít. *de inquisit.* §. 1. col. 4. vers. *hoc etiam nota.*

(47) No basta, pues, el juramento general prestado por el escribano, cuando fué habilitado para ejercer el oficio, V. Glos. á la Clement. 1. §. *porró* vers. *jurabunt de hæretic.* En la práctica, sin embargo, no se acostumbra exijir ese especial juramento, y se tiene por bastante el general prestado al ingresar en el oficio: mas á pesar de esto no dejará de ser mas acertado atenerse á lo

jura que fizo, que non descubra (48) ninguna cosa, de las que dixo en la pesquisa, a ome del mundo, fasta que la pesquisa sea leyda. E esta pesquisa sea fecha fasta tercero dia, o a lo mas tardar, fasta nueue dias, desdel dia que recebiere la carta, o el mandado, e fueren en el logar do lo han de fazer; e de si deuenla dar (49) a aquellos que la ouieren de judgar. E esto se entiende de los Pesqueridores de las Cibdades e de las Villas. Mas si el Rey la mandare fazer, o embiare a alguno que la faga, deue ser fecha, fasta aquel plazo que les el pusiere por si, o por su carta. E deuengela embiar cerrada e sellada (50) con sus sellos. E la carta que les el rey embiare porque la fagan, dentro en la otra. E si la carta del Rey fuere abierta, deuengela otrosi embiar con la pesquisa con tal ome, e con tal recabdo, que seguramente venga a mano del Rey. E si la pesquisa fuere fecha a querella de alguno contra omes ciertos, o por auenencia de las partes, deuenlos emplazar (51), que la vengan a oyr,

LEY 10. *Quales Escriuanos deuen fazer las Pesquisas.*

Guarda deuen tomar en si mismos los Pesquisidores, quando pesquisas ouieren de fazer, que non las fagan con otros Escriuanos (52), si non con estos que aqui diremos; ca si desta guisa non lo fiziessen, podrian caer en yerro, de que serian sospechosos: e por auentura embargarse y a, que non podrian saber la verdad de aquello sobre que quisiessen fazer la pesquisa, descubriendoseles aquello que ellos querian tener en poridad. E porende dezimos, que quando el Rey embiare algunos de su casa, para fazer pesquisa, que non la deuen fazer con otros Escriuanos, si non con los de la Corte del Rey, pero que non sean naturales, nin moradores en aquellos logares do la ouieren a fazer. Mas si embiare carta a alguno que la faga, el deue tomar (53) tal Escriuano, que le ayude, porque bien, e lealmente la pueda fazer. E los que la fizieren por mandado del Me-

que aquí dispone nuestra ley en las causas muy árduas y que exijan gran secreto.

(48) Añád. l. 24. tít. 16. de esta Partida.

(49) No basta, pues, que los pesqueridores inquieran y examinen á los testigos, sino que es necesario remitan al juez las dilijencias que hayan instruido; á propósito de lo que, V. lo anotado á la l. 6. de este tít. nota 36. allí.

(50) Conc. cap. últ. *de accus.* viendose por lo dispuesto aquí que el receptor de testigos ha de remitir al juez cerradas y selladas las declaraciones de los que hubiere recibido: y añád. *Novell.* 90. cap. 5. *collat.* 7. y Bald. á la l. 18. C. *de fid. instrum.*

(51) Conc. cap. últ. *de accus.* y V. por Inoc. Juan Andr. y Abb. allí si es general á todos los jueces que lo son comisionados para un articulo ó un incidente determinado el poder informarse y citar á las partes para que comparezcan ante el juez á quien remiten las dilijencias que han practicado: y todos opinan por la afirmativa.

(52) Nótese bien lo dispuesto en esta ley respecto de los pesqueridores enviados de la Corte, á los cuales no se les prescribe que hayan de valerse de determinado escribano, sino que pueden elegir al que quisieren entre los de la Corte, llamados comunmente *Escribanos del Rey ó del Reino*, mientras no sea natural del lugar en donde ha de hacerse la pesquisa, porque esto le haria sospechoso, como se declara aquí, en la l. 3. D. *de offic. assessor.* y cap. 4. *instruccion de los Corregidores* disposicion útil y acertada, en lugar de lo que antes estaba prevenido, de tener que valerse los pesqueridores de un escribano del mismo territorio en que hacian la pesquisa, á tenor de la regla de que los escribanos que tienen á su cargo las actuaciones de los jueces ordinarios deben encargarse tambien de las de los delegados y percibir los salarios de las escrituras y documentos, segun la l. últ. y Bald. allí C. *ubi et apud quem.* Pero ¿podria un pesqueridor elegir á un escribano que fuese su doméstico ó consanguíneo? Pareceria que no; atendido lo que se lee en d. cap. *de los Corregidores* y en la l. 8. C. *de assessor.*: pero mas bien creo lo contrario, porque el ser el escribano pariente ó doméstico del pesqueridor, hará que le sea mas fiel y exento de toda sospecha, que es lo que debe buscarse, y V. sobre este particular un texto notable en la l. 4. C. *de princ. agent. in reb.*

(53) Segun esto, la eleccion del escribano compete al juez á quien se ha comisionado para hacer la pesquisa; y conc. cap. *quoniam contra* 11. *de probat.* y lo anotado por Felip. Dec. allí, donde dice que el juez es quien debe elegir al escribano actuario. V. cap. *satutum* 11. §. *notarium* 6. *de rescript.* y Domin. allí 2. notab. donde se dice lo mismo del juez delegado. Pero el escribano elegido debe ser exento de sospecha segun la Glos. á la *Novell.* 18. cap. 10. vers. *artificis*, *collat.* 3. pudiendo ser recusado y substituido por otro al libre arbitrio del juez, segun Ang. á la l. 6. C. *de sent.* lo cual, empero, en opinion de Dec. lugar antes citado, debe entenderse con tal que el negocio esté todavía integro, de suerte que, no estándolo, ya no pueda recusarse al escribano, segun lo anotado por Bald. á la l. 1. C. *de sportul.* ya la l. 2. col. últ. C. *quom. et quand. jud.* V. sobre dicha recusacion lo anotado á la l. 22. tít. 4. de esta Partida.-*Y la adic. á la nota 110. allí.

rino mayor, o de alguno de los otros que han poder de la mandar fazer, deuen tomar tales Escriuanos con que la fagan, como diximos en el Titulo de los Testigos (54).

LEY 11. *Que los nombres, e los dichos de los que dizen la Pesquisa, deuen ser mostrados a aquellos a quien tanxere.*

Seyendo la pesquisa fecha en qualquier de las maneras que de suso diximos, dar deue el Rey, o los Judgadores, traslado della a aquellos a quien tanxere la pesquisa, de los nombres de los testigos (55), e de los dichos dellos: porque se puedan defender a su derecho, diziendo contra las personas de la pesquisa, o en los dichos dellos; e ayan todas las defensiones que aurian contra otros testigos. Pero si el Rey, o otro alguno por el, que mandasse fazer pesquisa sobre conducho tomado (56), estonce non deuen ser mostrados los nomes, nin los dichos de las pesquisas, a aquellos contra quien fuere fecha la pesquisa. E esto mismo deue ser guardado, quando las partes se auienen (57) en tal manera, que se libre el pleyto por ella, e non sean mostrados los testigos, nin los dichos dellos.

LEY 12. *Que pena merecen los Pesqueridores, si non fizieren la Pesquisa derechamente.*

Las penas que merescen los Pesqueridores, si non fizieren las pesquisas leales, e derechas, assi como mandan las leyes, queremosla aqui mostrar. E esto dezimos, por muchos daños, e males que fallamos que acaecieron, e podrian ser, por las pesquisas que non fueron fechas como deuian. E porende mandamos, que los Pesqueridores, de qual manera quier que sean, que caten, que las pesquisas que las fagan lealmente, e sin vanderia, non catando amor, nin desamor (58), nin miedo de ninguno, nin ruego, nin precio que les

(54) ll. 26. y 35.

(55) Conc. cap. *qualiter et quando* 24. §. *debet*, *de accus.* y l. 12. tít. 20. lib. 4. *Fuero de las Leyes* ó sea la 11. tít. 1. lib. 8. *Ordenam. Real*, y lo dispuesto aquí debe prácticarse de oficio, como la misma ley lo indica; por mas que opinase lo contrario Ang. Aret. tratad. *maleficior.* vers. *mero officio*: porque los jueces pesqueridores siempre deben dár traslado de las pesquisas á aquellos que resultan indiciados por ellas; y obrarian mal, si no lo confiriesen, segun Bart. Fulgos. y Paul. á la l. 2. C. *de edend.* fundados en el texto de la misma. Socin. pretende allí que el conferir dicho traslado procede únicamente respecto de los indicios ó cargos resultantes de la pesquisa, que hayan sido negados por la parte, despues de habersela citado; pero no respecto de los que resultaren, antes de prácticarse la pesquisa, ó sea de las noticias ó informes recibidos por el tribunal con ocasion de los cuales se procede á instruir el sumario: y en este sentido dice haberlo entendido Ang. á la l. 7. D. *de quæst.* y Bart. á la l. últ. d.ᵒ tít. cuya opinion aprueba tambien Socin. por las razones que pueden verse en el mismo allí: y no deja de ser plausible, porque, como espresa Hostiens. á d. cap. *qualiter et quando*, se escluye por medio de dicha práctica, el temor de que se soborne á los testigos que deben ser examinados en el sumario, y que se ratifican despues en el juicio plenario: á instancia del acusado y añád. cap. *olim* 26. d. t.

(56) Nótese este caso especial en el que no se da traslado de los nombres ni de las declaraciones de los testigos á aquél contra quien se ha procedido á la pesquisa: como se practica en las causas de heregía, por temor del escándalo que de ellas podria originarse, cap. últ. *de hæret.* y tal vez por la propia razon se dispone lo mismo en el caso de que habla nuestra ley aquí: por tratarse de un abuso que generalmente cometen los nobles y poderosos contra sus súbditos pobres; de donde tal vez podria inferirse por regla general que en todos aquellos casos en que alguna de las partes teme la prepotencia de su adversario, pueden reservarse los nombres de los testigos, como lo pretende tambien Abb. al cap. *præterea*, *de sponsalit.* citando á Hostiens al cap. *quoniam frequenter*, *ut lite non contest.* donde dice, que si uno no se atreve á poner demanda contra otro, porque teme su prepotencia; pueden recibirse testigos á instancia del mismo, y aunque no haya litis contestacion, siempre que haya peligro de que aquellos mueran ó se ausenten; y los dichos de aquellos harán fé en el tiempo en que el actor pueda entablar su demanda.—* En el dia deben revelarse á los reos los nombres de los testigos que hayan declarado contra ellos en el sumario, en todas las causas criminales sin escepcion art. 9º. Reglam. prov. para la admin. de just.

(57) Lo contrario parecía deber decirse en las causas criminales, en las que no es lícito renunciar la defensa, segun la Glos. y DD. á la l. 46. D. *de pactis*: pero tal vez se pueda renunciar á ella en el caso de que se habla en esta ley; por ser de aquellos que versan sobre los ápices de derecho, segun observa Bald. al cap. *cum venissent*: hácia el fin, *de testib.*

(58) Añád. cap. *cum æterni tribunal*, *de re judic.* y Bald. á la l. últ. C. *de pœn. judic. qui mal. jud.* porque el ánimo del juez debe estar despojado de ira y de odio segun Salust. *in oratione Cæsaris*

deu, nin les prometan, porque la dexen de fazer assi como diximos (59), ca qualquier que fuesse fallado, que de otra guisa la fiziesse (60), cambiandola de otra manera, que non dixeron aquellos de que supieren la pesquisa; o consejandolos, que dixessen alguna cosa que non supiessen; o apercobiendo (61) a aquel, o aquellos contra quien la fiziessen; o embargandola de otra manera qualquier, por que complidamente non supiessen (62) por ella la verdad; sin la deslealtad, e el tuerto que fazen a Dios, y al Rey, e a quel contra quien fazen la pesquisa; dezimos, que deue auer(63) tal pena en el cuerpó, e en el auer, qual ouo, o deuia auer aquel contra quien fuesse fecha la pesquisa falsa.

TÍTULO XVIII.

DE LAS ESCRITURAS, POR QUE SE PRUEUAN LOS PLEYTOS.

El antiguedad de los tiempos, es cosa que faze a los omes oluidar los fechos pasados. E porende fue menester, que fuesse fallada Scritura(1), porque lo que ante fuere fecho, non se oluidasse, e supiessen los omes por ella las cosas, que eran establescidas, bien como si de nueuo fuessen fechas. E mayormente, porque los pleytos, e las posturas, e las otras cosas que fazen, e ponen los omes cada dia entre si, los vnos con los otros, non pudiessen venir en dubda, e fuessen guardadas en la manera que fuessen puestas. E pues que de las Scrituras tanto bien viene, que en todos los tiempos tiene pro, que faze membrar lo oluidado, e afirmar lo que es de nueuo fecho, e muestra carreras por do se endereçar, lo que ha de ser; derecho es, que se fagan lealmente, e sin engaño, de manera que se puedan, e entiendan bien, e sean cumplidas, e señaladamente aquello, de que podria nascer contienda entre los omes. Onde pues que en los Titulos ante deste fablamos de los testigos, e de las pesquisas, que es vna de las maneras de prueua, que se faze por boz biua, queremos aqui dezir de todas las Escrituras, de qual manera quier que sean, de que pueda nascer prueua, o aueriguamiento en juizio; que es otra manera de prueua, a que llaman boz muer-

y Andr. de Yser. *de prohib. feud. alien. per Freder.* §. *pen. in addit.* col. antepen; y añád. cap. *quatuor* 78. 11. quest. 3.

(59) L. 9. de este tít.

(60) Pero mientras no lo hiciese con dolo, no podria imputarsele á calumnia; de la cual se escusaria por la necesidad de hacer la pesquisa y denuncia en que le constituye su oficio, Glos. á la l. 4. §. 4. y Aug. allí D. *de his qui not. infam.*

(61) Añád. d. l. 9. de este tít.

(62) Añád. l. 6. hácia el fin D. *de custod. reor.*

(63) Véase aquí, como al juez que procede dolosamente á hacer la pesquisa se le castiga con la misma pena, ó sea, la del talion, ya se haya hecho reo simplemente de calumnia, ó de prevaricacion; y dicha pena es la que por derecho comun se imponia al acusador falso ó calumniador, l. últ. C, *de accus.* y l. 3. D. *ad Turpil.* y Glos. á la l. 4. §. 4. *de his qui not. inf.* Cuando era el acusador el que prevaricaba, se le imponia una pena estraordinaria, l. 1. §. 6. D. *ad Turpil.* y por la prevaricacion, incurre en mayor pena el juez que el acusador, como se ve por esta ley. Pero no se declara en la misma, si el pesqueridor que ha procedido calumniosamente contra alguno deberá ser condenado á resarcir á este los daños y perjuicios que le haya ocasionado. Alberic. á d. l. 4. §. 4. dice, hablando del acusador, que tampoco lo encuentra bien determinado por la ley; y añade que, por esta misma razon, opinan comunmente los DD. que no debe condenarse á aquél al resarcimiento de los daños y perjuicios. Mas creo que es preferible la opinion contraria; porque nuestra ley aquí no ha querido perjudicar al interes privado; y lo comprueba así el cap. 1. *de re judic.* l. últ. C. *de pœn. jud.* y l. 14. C. *de excus. tut.* Mas en el caso de ser distinta la calidad personal del pesqueridor y la del reo, ó de ser aquél noble y este plebeyo ¿deberá atenderse para graduar la pena á la calidad del pesqueridor ó á la del reo? ó en otros términos, ¿deberá imponerse al pesqueridor por la calumnia ó prevaricacion, la pena que corresponderia al acusado como á plebeyo por razon del delito de que se le acusaba, ó la pena que por razon de este mismo delito corresponde á los nobles? V. Alberic. Bald. y Ang. despues de Guillelm. y Jacob. de Aret. á d. l. 4. §. 4. siendo la opinion comun la de que en semejante caso se atienda á la calidad del acusado; bien que el citado Jacob. de Aret. y Paul. de Castr. pretendian deber mirarse la calidad del acusador, fundados en que este último era el que debia sufrir la pena: pero la opinion comun es la mas conforme con el texto de la presente ley.

(1) *Usus scripturarum repertus est propter memoriam rerum; et no oblivione fugiant, litteris alligantur: in tanta enim rerum varietate, neque audiendo disci poterant omnia, neque memoria retineri*: Ysidor. lib. 1. *Etymologiarum* cap. 3. Pero la institucion de los escribanos no es de derecho de gentes, sino de derecho civil, segun Inoc. al cap. *cum P. tabellio, de fid. instrum.* Bald. á la l. 6. col. 2. D. *de just. et jur.* y á la l. 18. D. *de adopt.*.

ta (2). E primeramente mostraremos, que cosa es tal Escriptura. E que pro nace della. E en quantas maneras se departe. E como deuen ser fechas. E quien las puede dar e judgar. E que fuerça han. E quales deuen valer, e quales non.

LEY 1. *Que cosa es Escriptura, e que pro nace della, e en quantas maneras se departe.*

Escriptura (3), de que nace aueriguamiento de prueua, es toda carta que sea fecha por mano (*h*) de Escriuano publico de Concejo, o sellada con sello de Rey, o de otra persona autentica (4), que sea de creer nace della muy grand pro. Ca es testimonio de las cosas passadas, e aueriguamiento del pleyto sobre que es fecha. E son muchas maneras della. Ca o sera priuilejo de Papa, o de Emperador, o de Rey, sellada con su sello (5) de oro, o de plomo, o firmado con signo antiguo que ayan acostumbrado en aquella sazon, o carta destos Señores, o de alguna otra persona que aya dignidad, con sello de cera. E aun ay otra manera de cartas, que cada vn otro ome puede mandar fazer sellar con su sello: e tales como estas valen contra aquellos cuyas son; solamente, que por su mandado sean fechas e selladas. E otra Escriptura y a, que cada vno faze con su mano, e sin sello; que es como ma-

(*h*) de escribano publico, o sellada etc. c. Acad.

(2) Así la llama Azon *in summa C. de fid. instrum*: y, segun Inoc. al cap. *cum P. tabellio*, ha sido contraria al derecho de gentes la invencion de dar crédito al pellejo de un animal muerto, introducida por el derecho civil. V., sin embargo lo que se lee en el cap. 32. v. 9. 10. y 11. *Hieremiæ. Et emi agrum Hanameel, filio patrui mei, qui est in Anathoth: et appendi ei argentum septem stateras, et decem argenteos. Et scripsi in libro, et signavi, et adhibui testes, et appendi argentum in statera. Et accepi librum possessionis signatum, et stipulationes, et rata, et signa forinsecus*: y mas abajo en el vers. 14. se añade: *Sume libros istos, librum hunc emptionis signatum, et librum hunc qui apertus est: et pone illos in vase fictili, ut permanere possint diebus multis.* Y nótese que es siempre mas digna y estimable autoridad la de la viva voz, que la de la que aquí se llama *voz muerta*, segun Bald. á quien puede verse alegando muchas razones y autoridades.

(3) Lo dispuesto aquí trae su origen de lo anotado por la Glos. al cap. 1. y por Inoc. al cap. 2. *de fid. instrum.* y por Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *nunc dicendum*: pudiendo verse aquí las tres especies de documentos ó escrituras que se conocen; á saber, las auténticas, públicas y privadas. Las primeras hacen fé por sí solas, y no requieren otro adminículo alguno para su validez: y se llaman auténticas por la aposicion del sello auténtico del Rey ó de alguna otra de las personas espresadas en la l. 114. de este tít. y que pueden verse tambien en Inoc. cap. 2. y en el cap. *post cessionem* 7. *de probat.* Son tambien auténticos los documentos librados por algun oficial público, sobre cosas ó negociados pertenecientes al oficio para el cual ha sido constituido por la pública autoridad, segun Bart. á la l. 9. §. 2. D. *de edend.* y Abb. á d. cap. 1.; y los sacados de archivos públicos, segun la authent. *ad hæc.* y Glos. allí C. *de fid. instrum.* lo cual, empero, segun Juan Andr. adiciones al Specul. d. §. *nunc dicendum* vers. *quintum supplementum*, debe entenderse únicamente respecto de las escrituras que han sido archivadas por la autoridad en alguno de los archivos públicos, tenidos públicamente por tales y en esta calidad judicialmente reconocidos, como los libros del censo, de los apeos, de los estatutos, etc. los cuales en estos términos hacen fé entre los particulares de aquel territorio, en el que está el archivo de donde han sido sacados, mas no entre los demás, ó fuera del territorio, segun Florian. despues de Nicol. de Matare. á la l. 10. D. *de probat.* y Juan And. en la citada adicion vers. *sextum supplementum* y Socin. consil. 187. col. 7. vol. 2. Llamase tambien escritura autentica la que ha sido considerada y reconocida como tal, larguísimo tiempo, como los libros del antiguo y nuevo Testamento, los de Aristóteles y otros semejantes, Juan Andr. en la citada adicion, versic. *sextum est*; y tambien la que por costumbre especial de algun lugar, ha sido considerada como tal, segun el cap. *cum dilectus* 9. *de fid. instrum.* Juan Andr. adic. citada, versic. *septimum supplementum* á la cual se da fé en cualquier lugar en donde se produzca: [pero únicamente, en nuestro concepto, contra los de aquel lugar en donde dicha costumbre haya prevalecido.] Escrituras públicas se llaman las que son hechas por mano de escribano público, como se espresa al fin de la presente ley y en el cap. 2. y Glos. allí vers. *pública manu, de fid. instrum.* y finalmente son documentos privados los que no son públicos ni auténticos, como escritos por quien no es persona pública, ni en oficio público constituida. Por lo que hace á los documentos librados por los escribientes de las naves, V. l. 2. tít. 9. Partida. 5ª.

(4) O sea, *persona honrada.*

(5) Por el sello se distinguen las letras del Rey segun Andr. de Iser. *de prohib. feud. alien. per Lothar* cap. *quoniam*, donde cita la l. 2. C. *de reb. alien. non alienand.* y añade allí mismo que en las escrituras ó documentos librados por el Rey ó

nera de prueua, assi como adelante se muestra (6). E ay otra Escriptura, que llaman Instrumento publico, que es fecho por mano (*i*) de Escriuano público de Concejo.

LEY 2. *Que quier dezir Priuilejio e como se faze.*

Preuilejio tanto quiere dezir, como ley que es dada, o otorgada del Rey apartadamente (7) a algun lugar, o algun ome, para fazerle bien, e merced. E deuese fazer en esta manera, segund costumbre de España. Primeramente deuese començar en el nombre de Dios (8). E despues poner palabras buenas, e apuestas (9), segund conuiene a la razon sobre que fuere dado. E de si deue dezir, como aquel Rey que lo manda fazer en vno con su muger de bendicion, e con sus fijos que aya della, o de otra que aya auido que fuesse velada; nombrando primeramente el mayor que deue ser heredero, e despues los otros fijos varones, vno en pos de otro, segun que fuere mayor de dias; e si varon non ouiesse, la fija mayor, e despues las otras, assi como diximos de los fijos; e si non ouiesse fijo, nin fija, nombrando sus hermanos, primeramente el mayor, e de si los otros, assi como diximos de los fijos. E si hermano non ouiere, nombrando el pariente mas cercano, assi como dize en el Titulo de los heredamientos. E por esso pone y los fijos, e los hermanos (10), e los otros parientes que son mas de cerca, porque como quier que todos son tenudos de lo guardar, que lo sean mas por esta razon. E despues que esto ouiere nombrado, deue dezir, como da a aquel, o a aquellos que en el priuilejo fueren nombrados, aquel donadio de heredamiento, o de otra cosa, e otorga aquella franqueza, o da aquel fuero, o faze aquel quitamiento, o parte aquellos terminos (11), o confirma algunas cosas de las que los otros dieron que fueron ante que el, o que mantouieron en sus tiempos. E si fuere donadio del heredamiento, deue nombrar todos los terminos de aquel donadio, o de aquel heredamiento, assi como lo diere. E si fuere de otra franqueza, deue nombrar, como le quita aquella cosa que le fazian, o le deuian fazer por derecho. E si fuere de fuero, deue nombrar la razon por que gelo da, e por que gelo cambia. E si fuere de quitamiento; deue nombrar, en qual guisa lo faze, e por que razon; e deue dezir en el, como le quita (12) por fazerle bien, e mer-

(*i*) de escribano publico. Acad. de escribano de seello. Esc. 4.

por el Papa no se requieren las firmas de testigos.

(6) L. 114. de este tít.

(7) Conc. cap. *privilegia* 3. dist. y l. 1. D. *de constit. princip.* por donde se ve que es propiamente privilegio el que está concedido especial y privadamente; y así no podria llamarse tal el que estuviese incluido en el cuerpo del derecho comun, ni se consideraria comprehendido en la revocacion general de todos los privilegios. Glos. á la 19. D. *de judic.* yá la authent. *qua in provincia C. ubi de crim. agi oport.* sobre lo cual V. á Felin cap. 1. col. 10. y 11. *de rescript.*

(8) *Omnia bené et competenter geruntur, si principium sit decens et amabile Deo, Novell.* 6. princ. *collat.* 2. y, como dice S. Pablo *ad Coloss.* cap. 3. vers. 17., *omne quodcumque facitis in verbo, aut opere, omnia in nomine Domini nostri Jesu Christi*, 26. quest. 5. cap. *non liceat* 3. y segun Specul. tít. *de instrum. edit.* §. 1. siempre deben empezarse los escrituras arduas y perpetuas con semejante invocacion; la cual, empero, aunque conveniente y decoroso el que se ponga, mas no es necesaria para la validez de los documentos, segun Bald. rubr. C. *de fid. instrum.*, lo mismo que la señal de la Cruz en los inventarios, que espresan los DD. ser una solemnidad estrinseca, pero no substancial, l. últ. §. 2. C. *de jur. delib.* y Abb. al cap. 1. *de fid. instr.* col. 3. á menos que otramente lo hubiese establecido la costumbre, V. al citado Abb. y á Felin mas estensamente allí col. 2.

(9) Lo dicho aquí tampoco pertenece á la substancia de los documentos; pues no hay ley alguna que lo declare: pero bueno es siempre poner algun preambulo tratándose de negocios arduos y complicados, l. 1. y Bald. allí D. *de orig. jur. civil.*

(10) Por los términos con que se espresa aquí nuestra ley se ve que esto tampoco es de esencia: y solo se aconseja para mayor abundamiento y á fin de que haciendose mencion espresa y nominal de los hijos y hermanos del que otorga la escritura, vean aquellos mejor que tambien están obligadosá cumplirla: pues es siempre mas obligatorio lo que se ha convenido especialmente, que lo que se indica solo en términos generales, cap. *si adversús* 11. *de hæret.* cap. últ. hácia el fin *de excess. prælat.*

(11) Tampoco es este requisito substancial, sino muy útil para que conste en lo sucesivo cual es el predio á que la escritura se refiere, bien que habiendose bien exáctamente designado aquél, ya viene á ser inútil especificar los linderos, l. 63. §. 1. D. *de contrahend. empt.* l. 48. D. *de act. emp.* Bald. á la rubr. C. *de contr. empt.* col. 6. añád. l. 4. princ. y Glos. allí D. *de cens.* y l. 77. §. últ. y Bart. allí D. *de leg.* 2.

(12) Y debe añadir que deroga las leyes, á

ced. E si fuere departir terminos, deue nombrar los lugares sobre que era la contienda, e por do los parte (13) el de alli adelante. E si fuere de confirmamiento, deue dezir, como vio preuilejo de tal Rey, o de tal ome, cuyo fuesse el priuilejo que quisiesse confirmar, e deue todo ser escrito (14), en aquel que da del confirmamiento. E despues que qualquier destos preuilejos sobredichos fuere escrito en la manera que diximos, deue dezir, como el sobredicho Rey, en vno con su muger, e con sus fijos, assi como diximos de suso, otorga aquel priuilejo, e lo confirma; e manda que vala, e que sea firme e estable para siempre. E despues desto puede poner qual maldicion (15) quisiere, a aquellos que fueren contra aquel preuilejo, o le quebrantaren, e que le pechen en coto tanto quanto aquel Rey que que le diere, o le confirmare, touiere por bien, e mandare escreuir señaladamente en el priuilejo. E esta maldicion puede fazer Emperador, o Rey, quanto en los fechos seglares que a ellos pertenescen: porque tienen logar de Dios en tierra, para fazer justicia. Pero si fuere de confirmamiento de algun priuilejo, que el Rey non quisiere confirmar a sabiendas, o de que non supiere la razon sobre que fuera dado, o confirmado, deue dezir, que confirma (16) lo que los otros fizieron, e que manda que vala, assi como valio

tenor de las cuales pudiera declararse lesiva al fisco ó patrimonio del Rey la condonacion ó quita, V. Glos. al cap. *rescripta* 25. quest. 2. Bald. á la l. 3. C. *de præc. Imp. offer.* l. 1. y Juan de Plat. allí C. *de his qui á princ. vacat. accep.*

(13) Los linderos suelen determinarse por medio de los rios, ó torrentes, castillos, villas y montes de diferentes territorios, ó tambien por medio de las cumbres de los montes, segun Juan Andr. al cap. *cum causam, de probat.* debiendo siempre atenderse en este particular á los caminos públicos y reales, mas bien que á los vecinales ó privados que están sujetos á continuas variaciones, Bald allí: y el mismo espresa en otra parte que los términos ó linderos consisten generalmente en aquellos objetos que la misma naturaleza no puede variar, como los montes, peñascos y algunas veces los caminos públicos, cap 2. *de paroch.* Bald. al §. *si quis de manso* col. 3. *de controv. invest.* y Paul de Castr. á la l. 5. D. *de just. et jure*, primera lectura, donde dice bellamente que en caso de duda debe presumirse hecha la division ó amojonamiento por medio de los rios, sino consta haberse practicado de otra manera. Adviértase, empero, que el confin ó lindero nunca pertenece al predio ó territorio limitado ó confinado, sobre lo cual V. á Archid. al cap. *Ecclesias*, 13. queæst. 1., donde dice que en las divisiones de los Reynos, bien sean generales ó bien parciales ó interiores, en provincias, diócesis ó parroquias, los rios y caminos públicos y las orillas del mar se consideran comprendidas en la division, aun que no se entienda así en las contratos privados; porque los particulares no tienen jurisdiccion, y de dichas cosas solamente el uso es público ó comun.

(14) Adviértase que tampoco esto se exige para la validéz del instrumento ó privilegio, sino para que no pueda impugnarse la confirmacion ó ratificacion de este, bajo el pretesto de no constar su primitiva concesion por el Príncipe, segun Specul. tit. *de instrum edit.* §. *nunc autem. princip.* y se infiere tambien del cap. *inter dilectos* 6. *de fid instrum.*; ó bien se exije aquel requisito para que por él aparezca hecha la confirmacion con cierta ciencia y plena voluntad, segun el cap. penúlt. y lo anotado por Abb. allí 1. notab. *de confirm. utili. vel inutili* consiguiéndose además con la insercion de aquel documento ó privilegio que se trata de confirmar el que quede confirmado aun en aquella parte en que tal vez adoleciera de nulidad, Glos. al cap. 1. *de transact.* y el cap. *veniens* d. tít. Bart. á la l. 12. C. *de sacros. Ecles.* y Abb. al cap. 1. *de confirm util. vel inut.* siendo de advertir que si en la escritura de confirmacion ó ratificacion se ha hecho una prolija y detallada relacion del privilegio que se trata de confirmar, no será necesario presentar con ella la escritura de primitiva concesion, segun Abb. despues de Inoc. y Juan Andr. á d. cap. *inter dilectos* col. 7. y lo mismo seria cuando el Príncipe quisiese que el contenido del primitivo privilegio se tuviese por espresamente reproducido; en cuyo caso se consideraria que lo ha sido verdaderamente, segun Fred. consil. 47. Bald. al cap. *cum dilecta* col. últ. de *de rescrip.* Dec. consil. 341. col. 1.

(15) Tambien acostumbra el Papa en las letras apostólicas conminar á aquellos aquienes van dirijidas con que incurrirán en la indignacion de S. Pedro y S. Pablo; cuya cláusula equivale á un apercibimiento de privacion de beneficios, segun Bald. fundado en el texto del cap. 1. §. *porró, quæ fuit prima caus. benefic. amit.* y V. allí mismo Andr. Sicul. en sus adiciones. Y acerca si el que ha incurrido en aquel apercibimiento debe considerarse que habrá perdido tambien, además de los beneficios, los feudos que hubiere adquirido del Príncipe, V. Alex. consil. 105. vol. 1. donde opina por la negativa, y alega la opinion de Bart. á la extravag. *qui sint rebelles* vers. *indignationem* esto es, la de que la espresada cláusula ó apercibimiento haria tan sola mente que el Príncipe no admitiese en su gracia al que hubiese incurrido en él.

(16) Y esta es la que se llama confirmacion he-

en el tiempo de los otros que lo dieron. E de si deuen escreuir en el, como es fecho por mandado del Rey, e el lugar (17), e el dia, e el mes, e la era en que lo fizieron. E si algun fecho señalado (18) que sea a honrra del Rey, e de su Señorio, acaeciere en aquel año, deuenlo y fazer escreuir. E despues de todo esto deuen y otrosi escreuir los nomes de los Reyes, e de los Infantes, e de los Condes que fueren sus vassallos, que lo confirman, tambien (19) de otro Señorio como del suyo. E de si deuen fazer la rueda (20) del signo, e de escreuir en medio el nombre del Rey aquel quel da, e en el cerco mayor de la rueda deuen escreuir el nome del Alferez, e del Mayordomo, como le confirman. E de la vna parte, e de la otra, deuen escreuir los nombres de los Arçobispos, e de los Obispos, e de los Ricos omes de los Reynos. E despues destos sobredichos deuen escreuir los nomes de los Merinos Mayores, e de aquellos que deuen fazer la justicia. E de los Notarios que son en las reglas, que son de yuso de la rueda. E en cabo de todo el preuilejo, el nombre del Escriuano (21) que lo fizo. E el año en que aquel Rey reyno, que manda fazer o confimar aquel preuillejo.

LEY 3. *Que deuen fazer despues que el Preuilejo fuere escrito.*

Cumplir deue el Escriuano lo que diximos en la ley ante desta, e despues que lo ouiere cumplido, assi como en essa misma ley mostramos, deuelo lleuar al Notario, que lo vea, si es fecho segun la nota que le dió el Rey, o el Notario, o le dixeron por palabra. E si fallare el Notario, que es assi fecho como le dixeron, o le mandaron, delo al Escriuano que lo fizo, que lo registre (22) en su libro, e lleuenlo a la Canceleria, (*j*) e pon-

(*j*) quel scellen, et el que le hobiere de seellar fagal escrebir en el registro dé la Chanceleria, et pongal cuerda etc. c. Acad.

cha en la forma comun; sobre la cual V. á Specul. tít. *de rescript. præsentati* §. *ratione formæ* col. 8. vers. *sequitur videre* cap. *quia diversitatem* y Glos. allí, vers. *communi, de concess prebend.* Abb. al cap. *examinata, de confirm. util. vel inut.* y añád. l. 27. de este tít. á cuyo propósito puede recordarse lo de que, habiéndose fundado un mayorazgo sin Real licencia, si el Príncipe lo confirma simplemente y en la forma comun; no por esto se entiende suplido el defecto de dicha licencia, á ménos que el Príncipe estuviese ya enterado de él, en cuyo único caso se presumiria la intencion de suplirlo. Bald. á la l. 4. D. *de legat. præst.*

(17) Pues la espresion del lugar es esencial en la otorgacion de todos instrumento Glos. á la l. 3. C. *de tabular*. Specul. tít. *de instrum edit*, §. 1. Abb. al cap. 1. *de fid. instrum.* siendo de advertir que en la presente ley se habla de la escritúra de confirmacion de un privilegio hecho por un notario, en la cual no es de estrañar que se exija la espresion del lugar; mas si el mismo Príncipe concediese el privilegio por medio de escritura firmada por él y sellada con su sello, no se requeriria la espresion del lugar por ser ya auténtica semejante escritura por el mero hecho de ser sellada, sin que en ninguna ley se encuentre prevenido que en semejantes documentos haya de hacerse espresion del lugar donde el Príncipe los haya otorgado, sino que solo debe atenderse para su exámen á si aparecen otorgados segun el uso y costumbre de la época en que reinaba el Príncipe otorgante, á tenor de lo dispuesto en la l. 114. de este tít. la l. 4. *de divers. rescrip.* y 25. quæst. 2. cap. 16. §. *siqua* 7. y Glos. allí exijen que se esprese en semejantes documentos la fecha ó el dia en que hayan sido otorgados y el nombre de los cónsules qne se hallen serlo en aquella sazon: mas en cuanto al lugar en ninguna parte que yo recuerde, se previene que haya de espresarse, fuera de la presente ley y l. 4. de este tít. en las que se habla de las escrituras de privilegio hechas por escribano. Por mi parte he tenido ocasion de ver muchas letras espedidas por el Rey D. Juan II. y en ninguna de ellas se espresa el lugar donde fueron hechas: ¡y en confirmacion de cuanto acaba de decirse V. la l. 44. de este tít. y lo anotado á la misma.

(18) Lo cual se previene tal vez para que se conserve la memoria de aquel hecho, haciéndose mencion de él en muchos documentos: pero tambien esto es de utilidad y conveniencia, y no pertenece á la esencia de la escritura.

(19) Bueno es tambien que se observe lo dispuesto aquí: mas no es semejante requisito substancial, ni la omision del mismo perjudicaria la validéz del documento.

(20) He aquí la forma en que se otorgaban las escrituras de concesion de privilegio llamadas *rodadas*, que hoy van dejando de estar en uso; y por consiguiente tampoco es ecencial y ménos en nuestros dias lo que aquí se dispone.

(21) De estas últimas palabras se infiere lo que antes llevo dicho, esto es, que la presente ley habla de las escrituras de concesion de privilegio hechas por escribano.

(22) Nótese que todo privilegio debe ser registrado y que este requisito es esencial. Añád.

galé cuerda de seda, e sellado (23) con el sello de plomo. E por esso dezimos, que pone cuerda de seda en preuillejo, e sellanlo con plomo, por dar a entender (24) que es dado para ser firme e estable por siempre, non se perdiendo por alguna razon derecha, assi como adelante mostramos (25).

LEY 4. *En que manera deuen ser fechas las Cartas plomadas.*

Sello de plomo, e cuerda de seda pueden poñer en otras cartas, que non llaman Preuillejos (26). E estas deuen ser fechas en esta manera. Primeramente deuen dezir: En el nombre de Dios: e despues, que conozcan, o que sepan los que aquella carta vieren, como aquel Rey que la manda fazer, da tal heredamiento, o otorga tal cosa, o que faze tal quitamiento, o franqueza; o si fiziere postura, o auenencia, deuen nombrar con quien la faze, e de si poner todas las otras cosas, assi como en preuillejo que pertenesciere a cada vna destas maneras que dezimos de suso. Empero non deue y mentar su muger, nin sus fijos, nin deuen y poner maldicion ninguna, nin confirmamiento de ninguno, de quantos diximos en la ley que fabla de los Preuillejos; si non fuere carta (*k*) de auenencia, que faga con el Rey, o con algun alto ome. Ca en tales cartas deuen poner aquellas cosas que en vno acordaren, segund el auenencia, o la postura fuere. Otrosi en ninguna destas cartas sobredichas non deuen fazer rueda con signo, nin otra señal ninguna; mas deuen y poner coto, qual quisiere el Rey. Pero si la carta fuere de auenencia, o de postura, segund que diximos de suso, non deue y poner coto (27), si non segund se auenieren: e deue dezir en cada vna destas cartas, como lo faze por mandado del Rey, e el logar (28), e el dia, e el mes, e la A-Era en que es fecha, e el nombre del Escriuano, e el año en que reyno aquel Rey que la manda fazer. E deue ser registrada, segund diximos (29) de los priuillejos, e dada al Rey, que la de por su mano (30) a aquel que la deue dar.

(*k*) de avenencia o de postura que que faga con otro rey Acad.

LEY 5. *Quales Cartas deuen ser fechas en pargamino (l) de cuero, e cuales en pargamino de paño.*

De cera deuen ser otras cartas selladas con sello colgado. E estas son de muchas maneras; que las vnas fazen en pergamino (31) de cuero, e las otras en pergamino de paño. Pero departimiento ha entre las vnas e las otras: ca las vnas deuen

(*l*) de paper B. R. 2. de papel Tol. 2. Esc. 4.

l. 1. tít. 7. lib. 2. Ordenam. Real, l. prox. sig. y l. 8. tít. 19. de esta Part. V. Rodr. Suarez, alegacion 27. vers *præsupposita*.

(23) El sello es tambien esencial, como se previene aquí y en la l. 1. de este tít. cap. *inter dilectos* 6. *de fid. instrum.* y V. Ordenanzas dadas por el Rey Enrique en Toro: siendo de advertir que, segun la presente ley y las demás que hablan del sello, parece exigirse que sean selladas las escrituras de privilegio, aunque sean hechas por persona pública: pero lo contrario sostienen Inoc. d. cap. *inter dilectos* y Abb. allí col. 7. y al cap. *innostuit* col. penúlt. *de elect.* diciendo que la falta del sello no causa la nulidad de semejantes escrituras hechas por persona pública.

(24) El sello de plomo, pues, se exije tan solo para mayor perpetuidad; de donde se infiere que no dejaria de ser válida la escritura aunque estuviese sellada con cera, d. cap. *inter dilectos* 6. *de fid. instrum.* y l. 6. de este tít.

(25) ll. 42 y 43. de este tít.

(26) Trátase, pues, aquí de las escrituras que que se otorgan con el nombre y la forma de privilegios, aunque de hecho no sean tales; pues como se vé por lo dispuesto en la presente ley se exijen los mismos requisitos para la validéz de las concesiones de que se habla en ella, que exije para la concesion de privilegios la ley, 2. de este tít. y así podrán otorgarse semejantes instrumentos de dos maneras, ó bien en forma de privilegio, ó por medio de escritura sellada con el sello de plomo, ó espresando el Príncipe que concede un privilegio, y usando las fórmulas que para concederlos se acostumbra; con lo cual dará á entender por el mismo hecho que trata de separarse del derecho comun, l. 57. D. *de re judic.* sin necesidad de continuar la cláusula de: *en nada obstantes las leyes que en contrario hicieren*: porque bien claro es que ha querido derogarlas, como he dicho; y esta es la opinion de Bald á la l. 3. col. 3. D. *de ver. divis.* y Felin. á la rubr. *de rescript.* col. 2. en cuyos términos no dejan de ser muy notables las disposiciones de la presente ley.

(27) De lo dispuesto aquí puede inferirse que en la sentencia que profiera el juez por convencion de las partes, á tenor de la l. 26. D. *de re judic.* no debe conminar otra pena, que la que las partes mismas hubieren convenido.

(28) V. lo dicho en la nota 17. de este tít.

(29) L. 3. de este tít.

(30) Hoy no está esto en uso.

(31) Véase por la presente ley cuales escrituras otorgadas por el Príncipe deben estenderse

ser fechas en pergamino de cuero, assi como quando el Rey da alguna Merindad, o Alcaldia, o Alguaziladgo, o Judgado, o Juraderia; o quita de pecho, o de portadgo para en su vida; o si perdona el Rey a alguno, que le aya de dar carta; o de arrendamiento que faga con el, o con otro por su mandado; o de cuenta que le ayan dada; (*ll*) o de postura de pleytos, o de auenencias de contiendas, o de otras cosas que han los Ricos omes entre si, o otros omes, de pleytos que fazen algunos con el Rey, de lauores, o de otras cosas que le ayan de guardar en su tierra, o en su Señorio; o de las cartas que da el Rey a algunos, que anden saluos, e seguros por su tierra con sus ganados, e con sus cosas; o de peticiones que anden por sus Reynos: todas estas, o otras que les semejen, deuen ser escritas en pergamino de cuero, assi como diximos. E las que deuen ser de pergamino de paño, son estas: assi como las que dan para sacar cosas vedadas del Reyno; o las otras que van de mandamientos a muchos Concejos, que les embia mandar el Rey, o de recabdar algunos omes, o de cosechas de marauedis del Rey, o de guiamiento: todas estas deuen ser en pergamino de paño, o otras, de qual manera quier que sean, semejantes dellas.

LEY 6. *En que manera deue ser fecha la Carta, quando el Rey faze a algund Adelantado, o Juez.*

Adelantado mayor, o Merino (32), o Almirante, o Alcalde, o Juez, o Jurado, quando fiziere el Rey a alguno dellos, la carta que le diere, deue ser fecha en esta manera. Como sepan todos los Concejos, e todos los omes que esta carta vieren, que el Rey que la mando fazer, faze en toda su tierra, o en algunos logares, o en algund Concejo señaladamente, a Fulano su Adelantado, o su Merino; o le da alguno de los otros logares sobredichos; (*m*) o que les mande que fagan por el, assi como por ome a quien da aquel poder señalado. E porque esto non venga en dubda, que le mando dar aquella carta abierta, e sellada, con su sello de cera colgado.

LEY 7. *En que manera deue ser fecha la Carta, quando el Rey embia a algund Adelantado, o Judgador a alguna tierra.*

Don Alfonso por la gracia de Dios, Rey de Castilla, etc. Al Concejo, e a los Alcaldes, e a los omes buenos de Seuilla, salud gracia. Sepades, que yo vos embio por vuestro Alcalde a Ferrand Matheos, que es buen ome e sabidor, de que entiendo, que es para vos, e otorguele libre poderio para oyr, e deliberar, e judgar, segun fuere derecho, todos los pleytos, e las contiendas que acaescieren entre los omes en Seuilla, e en su termino, quier sean pleytos de justicia de sangre (33), o de otra razon qualquier que sea. Ondo vos mando, que vos que los recibades por vuestro Juez, e que le obedezcades en todas las

(*ll*) o de posturas, o de pleitos, Acad.

(*m*) et que les manda Acad.

en pergamino y cuales en papel: y en efecto, se requiere en la misma que se hagan en pergamino todos los instrumentos sobre negocios de algun peso ó que requieran mucha perpetuidad, pudiéndose hacer en papel todas las demás: pero tampoco es esto, en mi concepto, esencial en dichas escrituras, sino un símple consejo; sin que fuesen estas menos valederas haciéndose en papel que en pergamino, aun en los casos de que se habla aquí, segun Bald. á la l. 15. C. *de testam* y l. 25. C. *de donat.* donde dice que en cierto Reyno que nombra está establecido por espresa Constitucion del Emperador que todas las escrituras de algun peso hayan de estenderse en pergamino, y otramente sean nulas; pero añade que no dispone lo mismo el derecho comun. En órden á si son ó no válidas las escrituras estendidas en tablas de madera ó en cera, V. Bart, á la l. 27. D. *de furtis*, y V., sobre lo dicho en esta nota, la l. 6. C. *de divers rescript.* y Abb. al cap. *cum dilecta* 6. notab. *de confirm. util vel inut.*

(32) Acerca el oficio y potestad de los *Adelantados y Merinos,* V. ll. 22. 23. 24. tít. 9. Part. 2. [y V. cap. 23. parte 2.ª Teoría de las Córtes por Martinez Marina] y la fórmula contenida en la presente ley no deja, aunque en breves palabras de comprender muchas de las cosas que pertenecen á los espresados oficios; pues la concesion de la dignidad importa consigo la administacion, y la administracion importa la jurisdiccion, por ser estas tres cosas dependientes una de otra, y en cierto modo inseparables, segun Bald. á la l. 2. col. 9. C. *de servit.* V. l. 1. D. *de offic. præfect. urb.* siendo consiguiente que aquel á quien el Rey haya nombrado en los términos que aquí se espresan podrá ejercer no solamente la potestad que la ley declara inherente el oficio, sino tambien la que ha unido al mismo la costumbre, l. 25. y Bart. allí, *ad municipal.*

(33) Es necesario que esto se esprese en la escritura, porque otramente no viene comprendido en la misma, lo que pertenece al mero imperio, á menos que se haya hecho de ello mencion especial, l. 1. D. *de offic. ejus cui mand est ju-*

cosas que fueren a su oficio (34), e non fagades ende al. Ca qualquier que contra esto fiziesse, al cuerpo, e a quanto ouiesse, me tornaria por ello. E porque esto sea firme, e non venga en dubda, dile esta mi carta sellada con mi sello.

LEY 8. *Como deuen fazer la Carta, quando el Rey otorga a alguno por Escriuano publico de alguna Villa.*

Sepan quantos esta carta vieren, como Nos Don Alfonso por la gracia de Dios Rey de Castilla, etc, otorgamos a Velasco Iuañez por Escriuano publico de Segouia (35): e auiendonos el jurado (36) de fazer, e de cumplir este oficio bien, e lealmente, tambien en las posturas que los omes fiziessen entre si, como en los testamentos, e en los actos de los pleytos que ouiesse a fazer ante algun Juez, e en todas las otras cosas que pertenecen a este oficio, e otrosi en guardar nuestro seruicio, e Señorio sobre todas las cosas del mundo. E enuestimoslo (37) en este oficio publico con la escriuania, e la peñola; e demas le damos poderio, para vsar del publicamente. E mandamos, que las cartas que escriuiere de aqui adelante en publica forma, que sean valederas, e creydas por todo nuestro Señorio (38), assi como deuen ser cartas fechas por manos de Escriuano publico. E porque esto non venga en dubda, dimosle esta carta sellada con nuestro sello de cera.

LEY 9. *Como deuen fazer la Carta de legitimacion.*

Legitiman los Reyes los fijos de los omes buenos, para fazerles merced. E la carta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Remon Perez vino ante Nos Don Alfonso por la gracia de Dios Rey de Castilla, etc. e pidionos merced, que legitimassemos a Remondo su fijo: el qual auia de Doña Perona, que non auia marido (39). Onde Nos, queriendole fazer bien e

risd. l. 6. princ. D. *de offic procons.* cap. *licet.* 2. *de offic. vicar.*

(34) En esta cláusula general viene comprehendido todo lo que pertenece al oficio del juez ordinario: siendo de notar, por lo que se espresa en esta ley, que en la época en que se publicaron las Partidas los jueces ordinarios de las villas y ciudades del Reyno eran elegidos y nombrados por el Rey, y no por las municipalidades ó concejos de las mismas ciudades, V. l. 2. y lo anotado allí tít. 1. Part. 2.ª

(35) Y fuera de su territorio no puede el escribano autorizar escrituras, así como el arzobispo no puede usar del palio fuera de su provincia ó arzobispado, cap. *contra morem.* 100 dist. cap. 1. y penúlt. *de autor. et usu pallii:* y lo mismo sostiene Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *restat* col. 8. versic. *si autem dicatur.*

(36) Acerca del juramento que deben prestar los escribanos, añad. l. 4. tít. 19. de esta Part. y l. tít. 8. lib. 1. Fuero de las Leyes y Glos. allí Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *restat.* col. 11. vers. *item jurat;* Siendo tan esencial la prestacion de dicho juramento, que al que no la ha cumplido se le considera como persona particular y no se le dá fe; V. Glos. y Jas. á la l. 9. §. 2. hácia al fin *de edend.*

(37) Sobre la investidura del escribano, V. Specul. tít. *de instrum. edit. restat.* col. 8. versc. *si autem dicatur* donde pone tambien una fórmula de lo mismo.

(38) Y respecto de los que sean del territorio del escribano, harán fé las escrituras autorisadas por este, aunque estén fuera del Reyno, y aun contra los de otros territorios, con tal que el escribano las haya autorizado dentro el que le está señalado para funcionar, segun Specul. d. §. *restat.* col. 12. *de instrum. edit.* vers. *quid de his* Abb. al cap. *cum. P. tabelio* col. últ. *de fid. instrum.* arg. l. 1. C. *de emancip. liber.* y cap. *cum dilectus* 9. *de fid. instrum.* y con las palabras de esta ley: *mandamos.... que sean.... creydas por todo nuestro Señorio*, se obliga á todos los súbditos á pasar por lo que resulte de dichas escrituras; pero no se escluye el que aquellas hagan fé tambien fuera del Reyno: debiendo decirse lo mismo con los documentos autorizados por persona pública de alguna nacion estrangera, los cuales harán fe tambien en España y tendrán fuerza ejecutiva lo mismo que las del reyno, segun Bald. á la l. 1. col. 2. vers. *quartó juxta hoc C. né filius pro patre* y nuestro Doctor de Palac. Rub. repet. cap. *per vestras* introduccion versic. *ex quo infertur.*

(39) Esto es, que era hijo de soltera; de donde parece inferirse que, al impetrar la legitimacion, debe espresarse la calidad ó clase de ilegitimidad del hijo que se trata de legitimar. Bald. §. *naturales, si de feud.. fuerit controv. inter dom. et aguat.* pretende que bastaria que se espresara ser el hijo espúreo ó ilegítimo sin especificar si es de punible ayuntamiento, como si fuere hijo de adúltera ó monja, y cita á Juan Andr. quien, segun dice, sostiene lo mismo en el cap. últ. *de filiis presb.* hácia el fin repitiendo lo propio d. Bald. á la l. 11. hácia el fin D. *de statuhom.* y l. 5. C. *ad Orfician.* versic. *item nota.* Pero, como el citado Bald. lo esplica á d. §. *naturales*, debe entenderse que no es necesario determinar espresamente la ilegítimidad, cuando

merced, cumplimos su ruego, e legitimamos por esta nuestra carta al sobredicho Remondo su fijo (40), e otorgamosle poderio de heredar los bienes de Remon Perez su padre de suso nombrado, quantos ha oy en este dia, e aura de aqui adelante, quando quier que muera Remon Perez con testamento, o sin testamento (41). Otrosi otorgamos a Remondo el sobredicho, que pueda ser recebido en toda honrra, que fijo legitimo deua, e pueda auer: e non le empezca (42) en ninguna manera, porque non fue nascido de muger legitima, nin vala porende menos. E porque esta legitimacion sea firme, e estable, e non venga en dubda, dimosle esta carta sellada con nuestro sello de plomo.

LEY 10. *Como deue ser fecha la Carta, quando el Rey quita a alguno de pecho.*

Quitamiento de pecho faze el Rey a algunos, e las cartas que les ende diere, deuen ser fechas en esta manera: como sepan los que la carta vieren, que tal Rey quita a Fulano del pecho del Março, e de la Martiniega, o de todo pecho, o de toda (*m*) fazendera, o de moneda, para en toda su vida, e quita a el, e a su muger, e a sus fijos, o a tales parientes, segun fuere la merced de que el Rey le quisiere fazer: e deue y fazer mencion, como le faze aquel quitamiento, por fazerle bien e merced, o por seruicio que le fizo, o por ruego de Fulano que rogo por el. E porque esto sea firme, e non venga en dubda, que le manda dar aquella carta sellada con su sello de cera. Empero tal carta como esta, deue ser sellada con cuerda de seda. E por esso diximos, que deue ser y nombrada la moneda señaladamente, si el Rey le fiziere aquella merced que le quiera quitar della, porque maguer diga que lo quita de todo pecho, non se podria escusar della, si señaladamente (43) non la y nombrasse. Nin otrosi non es quito de la moneda por tal carta, fueras en vida de aquel

(*m*) fonsadera Esc. l. 2.

el Príncipe concede el rescripto especialmente y por *su cierta ciencia*, y lo espresa así en las letras espedidas, ó como añade á la l. 14. col. 10. vers. *sed pone quidam* C. *de fideicom.* siempre que de los términos en que esté concebida la cláusula de: *en nada obstantes las leyes en contrario*, aparezca haber sido la intencion del Príncipe dispensar cualquiera especie de ilegítimidad. Mas cuando la referida cláusula estuviere concedida en general y vagamente, y el hijo que se quiere legitimar fuere de muy punible procedencia, como de sacrílego ó adulterino ayuntamiento, no bastarian aquellas palabras generales, que no comprenden aquellos casos tan odiosos. Así advertia notablemente Juan Andr. adic. á Specul. rubr. *qui filii sunt legitimi* que no sería válida la legitimacion del hijo, que se hubiese impetrado, diciendo ser espúreo y callando que era nacido de doble adulterio, ó sea de hombre casado y muger casada, Abb. al cap. *per venerabilem* col. 8. *qui filii sunt legitimi*, debiendo decirse lo mismo del que fuese hijo de una muger ilustre. Por lo demás, bien claramente se infiere del texto de esta ley que se ha de espresar la calidad del hijo que se quiere legitimar, como si es puramente natural, espureo ó incestuoso, y esta es tambien la doctrina mas comun, segun Anton. al cap. *per venerabilem* col. 15. versic. *nunc venio ad secundum*, *qui filii sunt legitimi*.

(40) Y el hijo debe tambien consentir la legitimacion, la que otramente sería nula, *Novell.* 89. cap. 11. *collat.* 7. ó en caso de no haberla consentido, es necesario que á lo menos la ratifique: V. Alex. consil. 139. vol. 1. y Dec. consil. 338. col. últ. cons. 343 y añád. lo anotado á la l. 4 tít. 15 Part. 4.

(41) Lo qué se espresa á fin de que pueda el hijo legítimado impugnar el testamento de su padre por la querella de inoficioso ó cualquiera otro de los remedios que competen á los hijos legítimos. Glos. y Bart. á la *Novell.* 89. princ. y §. *nullum collat.* 7. y Bald. al cap. *de causis* col. pen. *de elect.* Mas lo dicho debe entenderse respecto de las legitimaciones que se hacen simplemente y en términos generales, no de las que se hacen limitadamente y para el efecto de que el padre pueda dejar al hijo legitimado lo que bien le parezca, que son las mas comunes en el dia, segun Alex. á la l. 3. C. *de collation.* y Dec. consil. 264. ¿Qué deberia decirse empero, cuando, además del legitimado, tuviese el padre hijos de legítimo matrimonio? V. la l. 12. de las Ordenanzas de Toro y lo anotado á la l. últ. tít. 15. Part. 4.—*D. l. 12. de Toro es la 7. tít. 20. lib. 10. Nov. Recop.

(42) Añádase que es tambien conveniente continuar en el rescripto de la legitimacion la cláusula: *restituo de primis natalibus*. Pero la presente ley demuestra no ser necesaria dicha cláusula para la validéz de la legitimacion, por estar ya esencialmente contenida en dicho acto el cual no es de suyo otra cosa que la restitucion ó reposicion al tiempo del nacimiento *Novell.* 74. tít. 3. *collat.* 6.

(43) Véase aquí como la exencion general de tributos no exime del de la moneda forera; la que se paga en reconocimiento del dominio, l. 6. C. *de præscriptt. 30. vel 40. annor.* cap. *omnis anima* 2. *de censibus*. Y en el dia está mandado por los Ordenamientos del Rey D. Juan I, Henrique III. del hijo de este Juan II y de los Reyes Católicos

Rey (44) que le faze aquel quitamiento, si non dize en ella que le quita por siempre. Ca moneda es pecho que toma el Rey en su tierra apartadamente en señal de Señorio conocido.

LEY 11. *En que guisa deue ser fecha la Carta de quitamiento del portadgo.*

Portadgo puede quitar el Rey a alguno, de que deue ser fecha la carta desta guisa. De Nos, tal Rey, a todos los Portadgueros, e a todos los omes del Reino, que la carta vieren, salud. Sepades, que Nos quitamos a Fulano de portadgo en todos nuestros Reinos de las sus cosas propias. E deue y otrosi dezir la razon porque le faze aquel quitamiento, segun diximos en la ley ante desta, o por cuyo ruego. Onde mandamos, que ninguno non sea osado de le embargar, nin contrallar por ello; si non que le pecharia tanto en coto, e la otra pena que pusiere y el Rey. Mas por tal quitamiento como este non se entiende y, que deue sacar cosas vedadas (45) del Reino, si non si lo dixesse señaladamente en aquella carta; nin se entiende quel escusa el Rey de portadgos en otros logares, si non en aquellos do lo el deue auer (46); nin otrosi non se puede escusar ninguno por

que el que ha sido declarado exento de tributos no se entienda serlo sino de las *monedas*, si se ha hablado de estas en el privilegio ó exencion, quedando obligado á prestar los demás servicios y tributos, como largamente se establece en la l. 2. tít. 4. lib. 4. de los Ordenamientos y en la coleccion de Prágmaticas.

(44) Si, pues, la inmunidad ó exencion de tributos ha sido concedida simplemente, solo tendrá fuerza durante la vida del Rey que la ha otorgado y no despues, como se declara aquí y en la l. 34. de este tít. y V. l. 20. *de legat.* Mas si se hubiere concedido la exencion perpetua, durará aun despues de la muerte del concedente; y mientras viva aquel á quien se ha hecho la concesion, sino se ha hecho espresa mencion de sus descendientes: pues perpetuo se entiende lo que dura toda la vida de algun sugeto, l. 1. D. *pro socio*, Glos. á la la Clenment. *litteras* vers. *per electionem*, *de rescriptis*, Bald. á la l. últ. D. *de constit. princ.* y tambien porque, siendo aquel privilegio personal, debe acabar con la persona á quien se ha concedido, l. 13. C. *de excus muner.* Cuando la exencion se concede á alguno y á sus hijos y nietos, pero sin espresar que haya de ser perpétua, entónces disfrutarán todos de la gracia ó inmunidad, pero tan solo en vida del concedente, como se infiere del texto de esta ley; lo que debe tenerse presente. Mas cuando la execucion se ha otorgado tan latamente, que se ha dicho concederla á alguno y á sus descendientes perpetuamente, en tal caso puede haber dificultad acerca la fuerza que debe darse á semejante privilegio, pues la presente ley parece establecer que haya de durar aun despues de la vida del concedente; y lo contrario se dispone en d. l. 34. de este tít. y mas claramente todavía en la l. 4. tít. 26. Part. 2. en la cual se previene que á pesar de pertenecer al Rey la quinta parte del botin ó presa tomado á los enemigos no puede aquel donarla perpetuamente, sino tan solo por durante su vida, por no poder enagenar las regalías, en perjuicio de sus sucesores, por contrato, ni en otra manera alguna, y porque así como no puede destruir los derechos de sus sucesores, así tampoco puede disminuirlos, Bald. *de pace Constantiæ* vers. *ampliis consueverunt*: lo propio que sucede con los prelados, quienes tampoco pueden hacer concesiones para lo futuro en perjuicio del sucesor en la prelacía, segun Bald. al cap. únic. *qui succesor. fend. dar. ten.* y V. lo anotado á la l. 28. tít. 11. de esta Part. En lo que parece debe distinguirse para aclarar la referida duda es entre el caso de conceder el Rey la imunidad ó privilegio por mera liberalidad, sin consideracion á los servicios prestados por el concedente, y el de concederse la gracia en la remuneracion de servicios prestados á la Corona ó por otro motivo tal, que requiera, para ser proporcionado el premio, que aquella exencion sea perpétua. En el primer caso cesará la inmunidad con la vida del Rey que la hubiere concedido, aunque se haya espresado que fuese perpétua, mas no en el segundo, pues la importancia de los servicios requiere la perpetuidad de la recompensa, cap. 1. §. últ. y lo anotado por Bald. allí, *de his qui fend dare poss.* ll. 27, y 34. D. *de donat.* pues los premios, sobre todo por los Reyes, no deben concederse sino á los beneméritos, l. 51. de este tít. y l. 4. C. *de statuis et imag.* y cuando los méritos del agraciado no sean de tanta consideracion, debe graduarse la recompensa segun la calidad de los servicios, cap. *relatum* 12. *de testam.* l. 11. tít. 9. lib. 5. Ordenam. Real. y Alex. consil. 55. vol. 1. pudiendo añadirse á lo dicho la l. penult. tít. 15. hácia al fin Part. 2. donde dice: *E aun estonce.* etc.

(45) Deberá, pues, atenderse á los términos con que se hubiere otorgado el privilegio, para que, á tenor de ellas, pueda conocerse, si se trata de hacerle estensivo á otras cosas no comprendidas en él, cap. *porró* 7. y cap. *recepimus* 8. *de privileg.* y añád. Bald. al cap. 1. *quib. mod. feud, amitt.*

(46) Nótese esto, pues el privilegio de no pagar portazgos, no exime de pagar aquellos que no percibe el Rey, sino otros que por privilegio tambien ó por costumbre, tienen derecho de

tal carta (47), de non dar su derecho al Rey de las cosas vedadas, que non han a sacar del Reino, a menos de dar aquella postura (48) que el Rey pusiere: e deue ser sellada la carta, segun que diximos de la otra del quitamiento del pecho.

LEY 12. *En que manera deue ser fecha la Carta, quando el Rey perdona a alguno de malfetria que aya fecho.*

De perdon que el Rey faga a alguno, por malfetria que aya fecho, porque yaga en pena de cuerpo, o de auer, deue ser fecha la carta en esta manera. Sepan los que la carta vieren, que tal Rey perdona a aquel, o aquella, que fuere nombrado en aquella carta, de tal culpa en que yaze, e que le da por quito, saluo ende aleue, o traycion (49). E que manda, que ninguno non sea osado de demandarle ninguna cosa por esta razon. Mas por tal carta como esta non se entiende, que se pueda escusar de fazer derecho por el fuero, a los que querella ouieren del. Ca el Rey non quita (50) en tal carta como esta, si non tan solamente la su justicia; nin otrosi non es quito, si non de aquella cosa que señaladamente (51) fuere nombrada en la carta, de que el Rey le perdona: e deue dezir en ella, si le perdona por ruego de alguno, o por seruicio que aquel, o aquellos que le auian fecho, a quien faze perdon. E esta carta deue ser sellada, assi como diximos en la ley ante desta.

exigirlos y cobrarlos en algunos lugares, los cuales no están obligados á observar la inmunidad de pagar portazgos que el Rey haya concedido á alguno; pues semejante concesion se entiende unicamente valedera contra aquél que la ha otorgado y no en perjuicio de los demás que tengan ya derechos adquiridos, que el Rey no intentó perjudicar, V. cap. *super eo* y siguientes, *de offic. deleg.* todo lo cual debe tenerse presente, por ocurrir con frecuencia casos de esta naturaleza, de los cuales he visto uno en cierta causa.

(47) Esto es, por la *carta*, en la cual se concediese el privilegio de exportar cosas prohibidas.

(48) Pues ya es suficiente gracia la de poder estraer las cosas, cuya estraccion está á todos prohibida; y por consiguiente no es razon que dejen de pagarse á lo menos los derechos que, por el Rey ó por las leyes del Reino están señalados para la referida estraccion; porque los privilegios siempre deben interpretarse de manera, que no importen muchas y diversas gracias especiales, Bald. á la l. últ. col. 2. D. *de const. princip.* y añád. l. 20. de este tít.

(49) Estos y otros semejantes delitos se esceptuan hoy en todos indultos que acostumbran concederse por el Rey; y puede verse cuales son los esceptuados en las ll. 1. y 2. tít. 11. lib. 1. Ordenam. Real. y añád. l. 4. hácia el fin tít. 24. de esta Partida.—* V. l. 1. tít. 42. lib. 12. Nov. Rec. donde se esceptuan en efecto de los indultos ó perdones generales ó especiales los delitos de *aleve ó traicion* y *muerte segura*, esplicándose allí mismo que es lo que debe entenderse por esta y en la l. 2. de dd. tít. y lib. se espresan los requisitos y formalidades con que los indultos deben concederse. V. tambien sobre esta materia la Real. Orden de 22. Abril 1819, Real. Decreto de 6 Abril 1836. Real Orden de 22 Marzo 1838, la de 2. Abril 1839. Real. Decreto de 18 Julio 1840 y Orden de la Regencia provisional de 5. Marzo 1841.

(50) Indicase en esta ley que puede el Príncipe conceder indulto por un delito, aunque el particular á quien se ha agraviado no lo haya perdonado, salvo, empero, el derecho que á este le competa por razon del agravio. Y aun se entiende que semejantes indultos concedidos por el Rey llevan siempre la condicion de que el delincuente obtenga tambien el perdon de los agraviados, y no de otra manera, como se infiere de esta ley y se espresa en la del Ordenamiento [l. 1. tít. 42. lib. 12. Nov. Recop.] Lo demás que debe notarse acerca esta materia V. en el tít. *de los perdones* Partida 7ª.

(51) Nótese esto, y añád. l. 2. tít. 11. lib. 1. Ordenam. Real [l. 2. d. tít. 42. lib. 12. Nov. Rec.] Así, no será válido el indulto general que se conceda de todos los delitos, sino que deben especialmente designarse los que se indultan, y no siendo así ninguno se entiende comprendido en la Real gracia. Pero ¿se entenderá espresamente designado el que venga comprendido en la generalidad de las palabras con que el indulto se ha concedido? V. á Bart. y Alex. y á Jas. quien exámina latamente esta cuestion y esplica como debe resolverse á la l. 20. princ. D. *de nov. oper. nunc.* Y si el Rey, para pacificar alguna provincia, ha dado especial comision á alguno, con facultad de indultar hasta á los reos de lesa magestad á quien le pareciere, como de hecho algunas veces ha sucedido, por haberse rebelado ó insurreccionado los naturales de aquella provincia; si en uso de aquella facultad ha concedido el comisionado indulto general á todos los rebeldes que dejando al gefe de la rebelion se presentasen á los piés del Rey, ¿será válido el espresado indulto, aunque general y no espresivo de los delitos que comprende en la comision dada por el Rey, ni en los edictos del comisionado que lo ha concedido? Parece que no por esto dejará de serlo, porque cuando las leyes exijen que se especifiquen los delitos se entiende que se refieren á los indultos concedidos á ciertas y determinadas personas, mas no á los

LEY 13. *Como deue ser fecha la Carta de los arrendamientos, que el Rey faze.*

Arrendamiento que el Rey faga de Almoxarifadgos, o de Puertos, o de Salinas, o de algunos otros sus derechos, deue ser fecha la carta en esta manera: como conozcan los que la carta vieren, que aquel Rey que la mando fazer, arrendo a Fulano tales Almoxarifadgos, o tales Puertos, o tales Salinas, o tales derechos que ha en tal logar, o de tales cosas, por tantos marauedis cada año, o por (ñ) todo tiempo: e deue dezir aquellos plazos a que han a dar los marauedis, (o) o que es, o quanto deue tomar el arrendador: pero esto non se entiende de otras cosas, si non de aquellas que son de los derechos que el Rey deue auer, que pertenescen al arrendamiento, segund la postura de aquel que arrienda. Mas si otras auenturas (52) acaescieren de otras cosas granadas, que non fueren de aquellas rentas (53), deuen ser del Rey, si non fueren nombradas en la carta del arrendamiento señaladamente. E deue dezir, que aquel arrendador aya aquellos derechos saluos e seguros, en aquel tiempo en que la carta dixere, cumpliendo (p) los marauedis, o los pleytos, segund pusiere con el Rey.

LEY 14. *En que guisa deue ser fecha la Carta de pagamiento, de aquellos que dieron cuenta al Rey de las cosas que touieron del.*

Cuentas dan al Rey muchas vezes aquellos que lo suyo han de auer, o de recabdar, de que quieren auer carta de pagamiento. E si el Rey gela mandare dar, deue ser fecha en esta guisa: como sepan, e conozcan los que la carta vieren, que tal Rey rescibio cuenta de Fulan ome, de tantos marauedis, de tal (q) Martiniega, o de tal moneda, o de tal pecho, o de tal renta que cogio, e que es ende pagado. E porque ninguno non le pueda mas demandar esta cuenta, nin el non sea tenudo de recudir con ella, que le da aquella carta abierta. E como quier que tal carta tengan, non se pueden escusar, si alguna cosa tomaron (54) que non deuian, o se cogieron marauedis (55) demas que non dieron en cuenta, que non gelos pidan, e que el non aya de recudir por ello. Ca esta carta non le quita, si non de quanto nombra en ella señaladamente, e de lo que dio verdadera cuenta.

LEY 15. *En que manera deue ser fecha la Carta de auenencia que alguno fiziere, e quien la deue fazer.*

De auenencias que fazen muchas vegadas Ri-

(ñ) tanto tiempo: Acad.
(o) et que es, Acad.
(p) los maravedis a los plazos, Acad.
(q) marzadga Acad.

que se conceden indeterminadamente y á todos los que, verificándose algun hecho, vendrán á ser comprendidos en él, como en el caso propuesto, arg. cap. *qui contra* 20 *de elect.* y lo dicho por la Glos. y los DD. allí; pues ignorándose quienes serian los que se presentarian á las plantas del Rey, era imposible espresar sus nombres en el indulto. Fuera de esto y en el mismo caso de qué se trata, el indulto viene á ser una especie de contrato de *hago para que hagas*, y prometido el perdon bajo condicion y llenada esta por el reo, está el Rey obligado á concederselo conforme á derecho, y lo estaría, si fuese necesario, á otorgar á cada uno de los que se presentasen, un indulto especial en que se designasen particularmente los delitos; y así se vendria á parar en un círculo vicioso que debe evitarse, bastando siempre el primer indulto general l. 53. D. *de condict. indeb.* Clement. *auditor* 3. *de rescript.* y añád. á lo dicho lo anotado á la l. 1. glos. últ. tít. 32. Partida 7ª.

(52) V. l. 9. §. 1. D. *de usufruct.* y Alb. allí, pareciendo que se indica en nuestra ley aquí un caso semejante al en que, segun Ang. á la *Novell.* 3. tít. 3. *collat.* 1. debe aumentarse el precio al arrendatario de las alcabalas, por haberse aumentado el territorio.

(53) Es muy justo que se garantize el cumplimiento del contrato á favor del arrendatario, porque tambien á este se le aplican penas y multas si deja de cumplir: V. l. 52. D. *de act. empt.* Bald. á la l. 1. col. 3. C. *de fruct. et lit. expens.* y á la rubr. D. *de rer. divis.* col. 2. ¿Qué deberia, empero, decirse, si por alguna causa que hubiese sobrevenido despues de otorgado el arriendo, se hubiesen aumentado ó duplicado las alcabalas? V. lo anotado por Bald. á la l. 23. D. *de petit. hæred.* y lo dicho en la nota que precede.

(54) Conc. l. 12. D. *de liberat. leg.* y l. 22. D. *de manumis. testam.* y V. Bart. á la l. 20. §. 1. D. *de liberat. leg.*

(55) Nótese que si no se han rendido las cuentas legitimamente, deben rendirse otra vez, en nada obstante la quita ó remision: añád. l. 30. tit. 11. Partida 5ª. y l. 82. D. *de condit. et demonst.* y Juan Andr. y Dominic. al cap. 1. *de cleric. ægrot.*

cos omes, o Caualleros, o otros omes entre si, sobre contiendas que ouieren, o de otros pleytos que ponen para ayudarse, que sean a seruicio del Rey, si ellos vinieren auenidos, epidieren merced al Rey, que le plega, e que lo otorgue, e que mande poner en la carta que ellos fizieren de esta auenencia su sello, deue dezir en cabo della, como lo otorga (56), e que manda poner en ella su sello por ruego dellos. E esto deue escreuir alguno de los Escriuanos del Rey. Mas si aquellos que fizieren el auenencia, pidieren merced al Rey, que mande el fazer la carta, deuela otrosi fazer el su Escriuano, en esta manera: como sepan los que esta carta vieren, e oyeren, que antel Rey vinieron aquellos que fueron nombrados en la carta, sobre contienda que auian de tal heredamiento o demanda entre si, o sobre tal pleyto que pusieron vnos con otros, que le pidieran merced, que les otorgasse aquella auenencia, o aquel pleyto. E deue y ser escrito todo aquel fecho, segun el auenencia, o el pleyto que fizieron: e de si deue y dezir, como el sobredicho Rey otorga e confirma aquella auenencia, o aquel pleyto, e manda, que vala assi como sobredicho fuera en la carta. E porque non venga en dubda, que manda y poner su sello.

LEY 16. *Como deuen fazer las Cartas de las lauores que el Rey manda fazer.*

Si lauores mandare el Rey fazer, de castillos, o puentes, o de nauios, o de otras cosas qualesquier, por precio señalado, deue y auer dos cartas, partidas por a b c. La vna, que tenga el Rey, e la otra, aquel que ouiere de fazer la lauor (57), porque el Rey sepa lo que ha a dar, e el otro, lo que ha de fazer: e deuen ser fechas en esta guisa: como sepan los que la carta vieren, que tal Rey pone con tal maestro, o con tal ome, que le faga tal lauor, e en tal lugar, e en tal manera: e deuese y todo escreuir como se ha de fazer, e fasta que tiempo: e el Rey que ha de dar tanto auer, o tal galardon en precio de aquella obra. E si aquel que la lauor ha de fazer, o de cumplir, pusiere alguna pena (58) sobre si, deue ser puesta en la carta: e deuese parar a ella, si non cumpliere la obra, assi como en la carta dize; cumpliendo el Rey el auer, o el gualardon, assi como fuere puesto. E estas cartas deue fazer Escriuano del Rey, o Escriuano de Concejo, e con testigos, e deuen ser selladas con el sello del Rey. E si Escriuano de Concejo escriuiere la carta, si alguna cosa otorgare en ella el Rey, deue ser escrito por mano de alguno de sus Escriuanos (59).

LEY 17. *En que manera deuen ser fechas las Cartas de los que pusieren pleyto con el Rey, para guardar los puertos.*

Mandan los Reyes muchas vegadas guardar puertos de mar (60), porque non saquen cosas vedadas del Reino, o porque non vengan por y nauios, de que viniesse daño a su Senorio. E otrosi otros lugares temerosos que son en la tierra,

y Socion. consil. 159. col. 3. col. 2.

(56) Añád. cap. 1. *de transac.* y cap. 1. *de confirm. util vel inut.* y la aposicion del sello Real hará que semejantes contratos sean válidos, aunque, de otra parte, hubiesen sido nulos, segun la Glos. á d. cap. 1. *de transac.* glos. últ. é Inoc. allí; lo cual, no obstante, debe entenderse en el caso de proceder la nulidad de falta de solemnidad en la otorgacion del contrato; mas no si procediese de otro defecto proveniente de derecho natural, como la inhabilidad de los contratantes, ó la falta de potestad, como lo esplica Juan de Imol. allí notabl. 4. hácia el fin: y además debe limitarse tambien lo dicho al caso en que el Príncipe autorize el contrato con cierta ciencia y conocimiento de causa, segun Inoc. lugar citado y Socin. consil. 164. col. 4. vol. 2. y añád. Specul. tít. *de leg.* §. *nunc ostendendum* vers. 18. ó sea cuando todo el contrato haya sido referido y esplicado al Príncipe, segun Abb. al cap. 1. col. 1. *de confirm. util. vel inut.* ó cuando se ha leido en su presencia la escritura, l. 20. §. 1. D. *de testam. milit.* Bald. y Juan de Imol. á la l. 19. D. *de legat.* 1. ó cuando al otorgarse la confirmacion se transcribe el contenido del contrato confirmado, cap. penúlt. y Abb. allí *de confirm. util vel inut.* y añád. Alex. consil. 1. col. 14. vol. 5. y consil. 39. vol. 4.

(57) El que ha prometido hacer una obra ó edificio debe hacerla por sí, si es artífice ó arquitecto, valiendose de los operarios que requiera la calidad y grandor de la obra. Mas si no es arquitecto, debe hacerla por medio de otro, V. Bart. á la l. 8. D. *de pollicit.*

(58) V. l. 84. y lo anotado allí D. *de verb. oblig.*

(59) Véase aquí y lo mismo en la ley precedente que las escrituras otorgadas por el Rey sobre concesiones hechas por el mismo deben ser autorizadas por sus secretarios: lo que tal vez se ha establecido por la dignidad del Príncipe, la que parece se estiende tambien á sus secretarios, l. 1. C. *de mand. princip.* Bart. á la l. 3. D. *ad leg. Jul. repetund.*

(60) Deben ponerse vigilantes en las orillas del mar y de los rios y en los caminos públicos, por los cuales pueden transportarse géneros ilícitos,

porque puedan los omes andar seguros (61). E si aquellos que han de fazer esta guarda, la fazen por precio sabido, deue y auer carta, e el Escriuano la ha de fazer en esta guisa. Como sepan los que la carta vieren, e oyeren, que tal Rey pone a Fulan, ome que guarde tal puerto de mar, o de tierra, segund qual fuere, que non dexe por y sacar cosa vedada, nin passar por y nauio, de que pudiesse venir daño a la tierra. E otrosi el puerto de la tierra que lo tenga guardado, en guisa que los omes que por y passaren, vayan saluos, e seguros con todas sus cosas, si non fueren vedadas del Rey, dando y aquellos derechos que deuieren dar. E por esta guarda que ha de fazer, quel da el Rey en precio tal auer, o tal renta. E dandole el Rey lo que con el pusiere, si por culpa, o por negligencia, o engaño de aquel Guardador algun daño y viniere, que sea tenudo de lo pechar (62).

LEY 18. *Como deuen ser fechas las Cartas de encomienda, que manda el Rey dar.*

A omes de otros Reinos da el Rey (63) a las vegadas cartas de encomienda, e defendimiento, e tal carta deue assi ser fecha. Como sepan quantos esta carta vieren, que el Rey recibe en su encomienda, e en su defendimiento a tal ome, e a todo quanto que ha: e que manda que ande saluo, e seguro por todas las partes de su Reino con mercadurias, e con todo quanto traxere; dando sus derechos do los ouiere de dar, e non sacando cosas vedadas del Reino: que ninguno non sea osado de fazerle tuerto (64), nin fuerça, nin demas, nin de contrallarle, nin de prendarle, si non fuesse por su debda misma, o por fiadura que el mismo ouiesse fecho. Ca qualquier que lo fiziesse, que pecharia la pena que en la carta mandasse poner, e al que el tuerto recibiesse, todo el daño doblado. E aun y a otra manera de carta de encomienda, que da el Rey a las vezes a los omes de otro Reino, que son de mayor guisa; de como el Rey los recibe en su encomienda, e en su defendimiento, a ellos, (r) e a sus heredades (65), e a quanto que han. E quien quier que les fiziesse tuerto, o fuerça, o demas (66), que gelo caloñaria (67) quanto pudiesse. Otras cartas y ha, que

(r) e a sus herederos Acad.

l. únic. y Juan de Plat. allí C. *de litt. et itiner. custod.*

(61) V. Andr. de Iser. al cap. únic. *quæ sunt regaliæ* vers. *vectigalia* donde dice, depues de S. Tomas, que el Rey que cobra las rentas del Reino está obligado á guardar y librar á los subditos de incursiones de ladrones ó bandidos: y añád. al mismo, *de statut. et consuet cont. libert. Eccles* vers. *provinciæ*, y, como espresa Bald. citando á Archid. al § *conventiculas*, *de pace juram. firm.* el que percibe los tributos debe procurar y mantener la seguridad de los caminos y está obligado á presentar á los malechores, y á restituir los tributos, si en el lugar donde estos se pagan, se comete algun robo, l. 7. D. *de incend. ruin. et naufrag.*

(62) Los mismos guardas, pues, y aun el que los ha nombrado están obligados á indemnizar los perjuicios, segun la glos. 4. á la l. 7. D. *de incend. ruin. et naufrag.* y mas espresamente Ang. allí. Pero la responsabilidad del que ha puesto los guardas parece que solo tendrá lugar, cuando por su parte haya habido culpa, sea por la mala eleccion de dichos guardas, ó por otro cualquier motivo, arg. l. 11. princ. D. *locat.* y no estará obligado, cuando hubiese elegido guardas leales é idóneos, como se indica en nuestra ley aquí y en el propio sentido lo entiende Ang. á d. l. 7. donde dice que es responsable el que ha puesto los guardas ó vigilantes, si, pudiendo impedir el robo, no lo ha hecho; como si no ha apostado dichos guardas en los puntos en que habia peligro, y V. lo anotado á la l. 4. tít. 7. Partida 5ª.

(63) Nadie mas que el Rey podrá otorgar semejantes cartas de encomienda ó proteccion Glos. y Ang. á la l. 1. D. *ad Leg. Jul. majest.*

(64) Sobre la fuerza que deba darse á estas palabras, V. Bart. y Juan de Plat. á la l. 1. C. *de navicul.* debiendo, empero, advertirse que la formula de d. ley romana es mas lata que la de la presente limitada por estas otras palabras: *si non fuesse por su debda misma, ó por fiadura que el mismo ouiesse fecho.*

(65) No se declara aquí si vendrán tambien comprendidos en la encomienda ó proteccion los que se acompañen con el que la hubiere obtenido: y tal vez deberia estarse por la afirmativa respecto de aquellos que con determinado propósito hubiesen ya salido con el que obtiene la encomienda; mas no respecto de los que casualmente se han acompañado con él, como sucede con frecuencia, l. 15. §. 16. D. *de injur.* ni respecto de los que hubiesen salido desde el principio en compañía del mismo, pero no con el objeto de formar parte de su comitiva, sino para sus negocios particulares, l. 1. C. *de navib. non excus.* y Ang. á la l. 1. D. *ad Leg. Jul. majest.*

(66) Podria, no obstante, convenirsele por razon de deudas ó delitos; pues no se estiende á ellos el salvoconducto, como se ha dicho en la nota 64, y sobre todo si las deudas hubiesen sido contraidas con juramento, segun Alex. consil. 205. vol. 2.

(67) Acerca de la pena en que incurre el que

da el Rey a las vegadas a omes de sus Reynos en esta razon misma; sacado que non manda poner y encomienda (68), nin defendimiento.

LEY 19. *En que manera deuen ser fechas las Cartas que manda el Rey dar, porque anden los ganados seguros.*

Merced piden al Rey algunos de los que han ganados (69), que les de sus cartas, porque anden mas seguros, e pazcan por su tierra, e que ninguno non les faga daño. E tales cartas deuen ser fechas en esta manera. Como sepan todos los que la carta vieren, e que la oyeren, que manda el Rey, que los ganados de aquel, o de aquellos a quien diere la carta, que anden saluos, e seguros por todas las partes de sus Reynos, e pazcan las yeruas (70), e beuan las aguas; e non faziendo daño en miesses, nin en viñas, nin en otros lugares acotados; e dando sus derechos, do los deuieren dar, que ninguno non sea osado de gelos embargar, nin gelos contrallar: ca qualquier que lo fiziesse pecharia tanto en coto al Rey, e al querelloso el daño doblado.

LEY 20. *Como deuen ser fechas las cartas que el Rey manda dar, para sacar cauallos del Reyno, e cosas de las vedadas.*

En pergamino de paño deuen ser fechas las cartas que el Rey da, para sacar cauallos, o otras cosas vedadas del Reyno, por quanto tiempo quier que sean: e hanse de fazer en esta manera. Del Rey a los (*s*) Portadgueros, e a todos quantos la carta vieren, como les faze saber, que el manda a Fulan, que saque del Reyno tantos cauallos, o otras cosas de las vedadas, e que ninguno non sea osado de contrallarlos por su sacamiento del Reyno: ca qualquier que lo fiziesse, a el, e a quanto que ouiesse, se tornaria por ello. E deue y dezir; si fuere la carta para vna vegada, que non vala mas de aquella vez, e en cabo del Reyno sea rota; y si fuere para mayor tiempo, deuelo dezir en la carta (71), e que de aquel tiempo en adelante non vala: e en tales cartas como estas, algunas vezes, por fazer mayor merced a

(*s*) porteros Acad.

infringe el salvo conducto otorgado por el Rey, V. l. 1. tít. 2. Part. 7. y lo anotado allí.

(68) Pero tambien en las encomiendas que se otorgan á los naturales de estos Reinos acostumbra poner el Rey que los toma bajo su proteccion: y se las conoce vulgarmente por *Cartas de amparo*.

(69) Los comunmente llamados *hombres del concejo de la Mesta* tienen concedido el seguro de que se habla aquí á favor de sus rebaños y animales: y algunas veces lo he visto tambien concedido á otros, especialmente á Monasterios. — Véase la Real Orden de 16 febrero de 1835.

(70) ¿Debe, empero, entenderse que puedan apacentar aun en las tierras por donde van de tránsito? Así parece inferirse del §. *quicumque terrarum, de pace tenen da et ejus viol.* donde Andr. de Iser. citando una constitucion del Reyno de Sicilia que empieza *cum per partes Apuliæ*, pretende que los ganados transhumantes pueden apacentar en tierras agenas, y mientras no perjudiquen á los frutos, por un dia y una noche, en las comarcas por donde pasan: y la concesion de que se habla aquí hará que el que la obtenga pueda pasar con sus rebaños, aun fuera de los caminos públicos, ateniéndose, empero, á lo dispuesto en la presente ley, á pesar de que por punto general, no puede salirse de los caminos públicos, conforme á lo dicho en el versic. 22. cap. 1. *Numeror.* y versic. 27. cap. 2. *Deuter.* Mas fuera de los ganados que van de tránsito, no debe entenderse que los demás hayan querido comprenderse en la referida concesion; porque el permitir que cada uno pudiese apacentar libremente sus rebaños, en la propiedad agena saliendo para ello de su territorio, seria en grave perjuicio de los mismos naturales de cada territorio que tienen derecho de apacentar cada uno en el suyo. Así, pues, el privilegio debe interpretarse siempre de modo que, en cuanto sea posible no ceda en perjuicio de tercero, segun Inoc. al cap. *cúmdilecti*, *de donation.* V. cap. *pastoralis* 19. *de privileg.* pues, siendo el Príncipe que lo concede el padre comun, claro es que al beneficiar á uno no querrá perjudicar á los demas. segun Andr. de Iser. *quæ sunt regaliæ.* princ. col. 1. vers. *flumina navigabilia*, de suerte que aun cuando en el privilegio se espresase que el privilegiado pudiese apacentar sus ganados aun no yendo de tránsito, seria con todo escluido por los naturales, si estos necesitasen los pastos de su territorio, conforme á lo dicho por Juan Andr. y DD. al cap. *dilecti*, *de arbitr.* pues siempre se entiende tácitamente impuesta la condicion de no necesitar los pastos para si los naturales de cada comarca, como advierte notablemente Juan de Plat. á quien puede verse á la l. 5. hácia el fin C. *de aquæduct.*

(71) Pues si no lo espresara, se entenderia para una sola vez, segun se previene aquí y en la l. 89. §. 1. D. *de verb. signif.* y lo advierte Juan de Plat. á la l. 1. C. *de navicul.* Debe tambien anotarse en la licencia el dia en que esta se concede y el tiempo por el cual ha de valer l. 3. y Juan de Plat. allí C. *de curs. pubb.* y puede hacer

aquellos que las demandan, e otorgangelas, que non den portadgo (72).

LEY 21. *En que manera deuen ser fechas las cartas que el Rey manda dar, porque anden las peticiones por su tierra.*

Peticiones fazen los omes con cartas del Apostólico, o del Arçobispo, o del Obispo, para Iglesias, o para Ospitales, o para sacar catiuos, o para otras cosas de merced; e demandan al Rey cartas (73), que les otorgue que pidan por sus Reynos: e estas deuen ser fechas assi. Como sepan que el Rey manda, que tal Obispo, o tal Abad, o tal Ministro, o tal Prior, o otro qualquier que pidió merced al Rey, que tal peticion anduuiesse por sus Reynos. E el por fazer bien, e merced a aquel que la demanda, o aquel lugar, que tiene por bien, e que manda que ande; e aquellos que dar y quisieren sus limosnas, que gelas den. E que defiende, que ninguno non gelas embargue, nin gelas contralle. Ca qualquier que lo fiziesse, que le pesaria: e que a el, e a lo que ha, se tornaria por ello. E si por auentura por Cruzada (74), o por otra cosa, o otra razon, ouiere ante defendido que aquella peticion non ande, deue dezir en la carta, que por aquella razon non se embargue.

uso de ella no solo aquel á favor de quien está concedida, sino otro por él, l. 4. y Juan de Plat. allí C. d. tít. Mas ¿qué deberá decirse, sino se ha prefijado tiempo, pasado el cual debiese espirar la licencia? En tal caso valdrá tan solo por espacio de siete dias, l. 1. y Juan de Plat. allí C. *de tractator. et stat.*; ó mejor, parece que quedará al arbitrio del juez el declarar si ha caducado ó no dicha licencia, supuesto que en la presente ley no se le prefija tiempo, antes puede inferirse de ella que, siendo concedida por una vez, podrá hacerse uso de ella en la ocasion que se quiera.

(72) Declárase esto último apropósito de lo establecido en la l. 11. de este tít. y V. lo anotado allí.

(73) Parecia que para las cuestaciones de que se habla en esta ley habian de ser suficientes las letras del Papa, revisadas por el Diocesano, segun la Clementina 2ª. princ. *de pœnit. et rem.* Pero muy oportunamente se previene aquí que sea necesaria tambien la provision Real, para obviar así los fraudes, que, de otra manera, cometian dichos cuestadores; y para que el Consejo Real pueda enterarse primero de cual sea la necesidad de pedir limosnas á los naturales del Reino; pudiendo añadirse á lo dicho lo que se establece en la l. 2. tít. 8. lib. 1. Ordenam. Real.

(74) He aquí un caso en que es necesario continuar la cláusula de *sin perjuicio* ó de *no obstante lo anteriormente mandado*: y nótese lo que se dice en esta ley á propósito de la Cruzada que todos los años se concede á los Reyes de España; siendo lo dispuesto aquí análogo á lo que dice Baldo, vers. *libellariæ de pace Constantiæ*, hablando de un caso en que el rescripto del Príncipe, aun que concedido contra un estatuto publicado por el mismo, y por consiguiente con cierta ciencia ó conocimiento de causa, requiere con todo, para ser válido, la cláusula de *no obstante*, por aprobarse en él un hecho dañoso ó perjudicial.

LEY 22. *Como deue ser fecha la carta, en que mandare el Rey a algunos Concejos, que fagan alguna cosa señaladamente.*

A Concejos algunos embia el Rey muchas vezes sus cartas, en razon que reciban bien algun ome honrrado, quando viniere a su tierra (75), e que le fagan honrra, o que le den conducho (76) a algun su hermano, quando le embiare a alguna parte sobre fecho señalado; o que tengan algunas posturas, o que vengan a su Corte, o que vayan en hueste, o sobre algunas otras cosas que acaescen. E tales cartas como estas deuen assi dezir: como el Rey les faze saber, que tales cosas le acaecieron; e deue dezir todo el fecho en la carta: e de si, que les manda el Rey aquello que tiene por bien, segun que el fecho fuere. E qualquier que lo non fiziere, ponga y el Rey su pena, qual el quisiere.

LEY 23. *Como quando el Rey mandare a alguno coger Marçadga, o moneda, o otras cosechas, o fazer padron; en que guisa deuen ser fechas las cartas que les mandare dar.*

Marçadga (77), o moneda, o Martiniega (78),

(75) Semejantes letras se envian principalmente, cuando vienen legados ó embajadores de otros Reyes, los cuales deben ser bien tratados por los pueblos del tránsito, y hasta pueden pedir bagages, l. 16. C. *de curs. publ.* y V. l. últ. d. tít. y lo que dice allí Juan de Plat. acerca la urbanidad y cortesía que debe observarse para con los enviados de algun soberano, por los subditos de aquél á quien se les envia.

(76) V. lo anotado á la l. últ. tít. 20. Partida 2ª.

(77) En algunos lugares, segun he oido, se paga con este nombre un tributo, llamado tam-

o fonsadera (79), o otras cosechas (80), manda el Rey coger a algunos muchas vezes, e fazer padron: e las cartas que han menester los cogedores, o el fazedor del padron, dezimos que deuen ser fechas en esta manera. Del Rey a algun Concejo, o a los que la carta vieren, como les faze saber, que el manda a tal ome, o a tales, que fagan atal cosecha, o que recabden tales marauedis, o que fagan tal padron (81) de tal lugar: e que manda que recudan con el pecho, e con los marauedis, a aquel ome (82), e que gelos den fasta plazo señalado, que en la carta dixere: o que le ayuden a fazer el padron, segun que la carta mandare. E aquellos que lo non fiziessen, que manda que los prenden (83), e los afinquen: e quien peños le amparare, que aya la pena (84) que el Rey tuuiere por bien, e por derecho: e pueden poner algunas vegadas en las cartas, si el Rey lo mandare (85), que quando non quisieren recudir sobre la prenda, que la vendan. E si por aquella carta non lo (*t*) cumplieren, bien pueden fazer otras cartas para omes señalados que la compren, e de como les vala (86) a aquellos que la compraren.

(t) compraren Acad.

LEY 24. *Como deuen ser fechas las cartas que el Rey embia a algunos, quando les manda fazer pesquisa, o que recabden algunos malfechores.*

Desaguisadas cosas fazen los omes muchas vegadas, sobre que ha el Rey de mandar fazer pesquisas; assi como quando roban, o quebrantan Iglesias, o caminos, o fuerçan mugeres, o fazen algunas de las otras cosas que dizen en el Titulo de las Pesquisas, sobre que manda el Rey por sus cartas que los pesquieran; o que manda que recabden aquellos de quien querellaren, de guisa que parezcan antel: mas si fuere para fazer pesquisa, deue ser fecha en esta guisa. Del Rey a aquellos que manda fazer la pesquisa: como les faze saber, que sobre querella que le fizo tal ome de tal fecho malo quel fizieron, o de contienda que aurian entre si, de que pide merced al Rey que sepa la verdad por pesquisa, o sobre algunas otras cosas que fizieron al Rey entender, que lo mande el pesquerir de suso: e como el Rey manda que aquellos a quien los Pesqueridores demandaren la verdad, que gela digan: e los que dixeren que lo vieron, que digan como lo vieron: e los que lo oyeron, que digan como lo oyeron (87): e los que lo creen, que digan como

bien *Marzadgo ó buey de Marzo*; porque se pagaba en dicho mes.

(78) Todavia está hoy en uso este tributo, así llamado porque se pagaba el dia de la fiesta de S. Martin.

(79) Tal vez se llamaba así porque se pagaba para los trabajos de los fosos de los castillos ó ejércitos. Mas no está hoy en uso que yo sepa.

(80) En el dia debe todo esto aplicarse á los servicios ó tributos ordinarios, que se recaudan en los lugares donde han acordado los Procuradores del Reino, y se pagan en forma de subsidio voluntario, á tenor de lo dicho en la l. 8. tít. 1. Partida 2ª.; ó tambien pueda quizás entenderse de otros tributos impuestos para acudir á necesidades estraordinarias l. 1. C. *de superindict.*

(81) El cual toma el nombre de la contribucion que en él se anota, ó se llama, en general, libro de las contribuciones, y, por derecho comun, debe entregarlo al colector el escribano destinado á autorizar las escrituras referentes á cada tributo, l. 1. y Juan de Plat. allí C. *de exactor tribut.*

(82) El cual debe hacer ostension del mandato autorizado por persona pública; y no haciendolo, no se le reconoce por tal, *Novell.* 128. §. 1. *collat.* 9. Bart. á la l. 22. §. 1. D. *rem ratam haberi* y Juan de Plat. á la l. *licet* C. *de annon et tribut.*—* En el título del Código citado aquí por el Glosador no encontramos ley alguna que empiece por la palabra *licet*.

(83) No puede, pues, el colector apremiar á los morosos de su propia autoridad, sino que debe acudir al Presidente ó Adelantado, l. 6. C. *de exactor. trib.* y Juan de Plat. allí: y ni aun puede delegarse por dicho Adelantado la facultad de hacer apremios; de suerte que al que obrase en virtud de semejante delegacion podria acusarsele de robo. l. 7. y Bart. y Juan de Plat. allí C. d. tít.

(84) Hoy está dicha pena tasada por las ll. 3. y 5. tít. 12. lib. 5. Ordenam. Real. y añád. l. 32. tít. 26. Partida 2.

(85) De esto se infiere que lo dispuesto en la l. 52. tít. 5. Partida 5ª. ó sea el que el colector de tributos pueda vender las prendas cogidas á los morosos deberá entenderse únicamente para el caso en que se le haya concedido en los Reales despachos especial facultad para hacerlo.

(86) De estas palabras se ha tomado la fórmula que se usa para garantizar á los compradores en las escrituras de venta de las cosas subastadas en pago de deudas fiscales; y no usandose aquella, no quedaria el fisco obligado á eviccionar á los compradores de las cosas referidas, sino que deberia hacerlo el dueño de los bienes vendidos.

(87) De aquí tiene orígen la formula de las receptorías que se usa en las Reales Audiencias.

e por que lo creen: e que les digan tal verdad, que el Rey non falle despues y el contrario. E que si de otra guisa fiziessen, que a ellos se tornaria por ello: e la pesquisa que fizieren, que manda el Rey que gela embien escrita en su carta cerrada, e sellada con sus sellos: e quel embien la su carta (88), por que les mando fazer aquella pesquisa. E si carta fuere para recabdar aquellos de que querellaren, que manda el Rey a los Alcaldes, o a los que la carta vieren, e oyeren, o quien quier que la carta lleuare, e les mostrare, a aquel, o aquellos malfechores, que los recabden fasta que den buenos fiadores, o buen recabdo, que parezcan antel Rey. Pero si en la carta (89) non dixere que los den por fiadores, non los deuen dar.

LEY 25. *Como deue ser fecha la Carta del guiamiento.*

Mensageros (90) del Rey, o otros omes van algunas vezes a otras partes fueras de sus Reynos, e han menester cartas de como vayan guiados. E estas deuen ser fechas en latin, porque las entiendan (91) los omes de las otras tierras, en esta manera. A los Reyes, e a los Condes, o a otros grandes omes de fuera de los Reynos, que la carta vieren: como les faze saber que el embia a tal ome en su mandado, e que les ruega, que quando passare por sus tierras, o por sus lugares, que ellos le den seguro guiamiento a yda, e a venida, a el, e a sus omes con todas sus cosas: e que quier de bien, e de honrra que le fagan, que gelo gradecera mucho.

LEY 26. *Quien puede dar Carta, o Preuilegio en Casa del Rey.*

En Casa del Rey (92), nin en su Corte ninguno non deue dar cartas, si non estas que aqui diremos luego. Primeramente dezimos, que carta ninguna, que sea de gracia, o de merced (93) que el Rey faga a alguno, que otro non la pueda dar si non el Rey, o otro por su mandado, de aquellos que lo deuen fazer; assi como Chanceller, o Notario, o alguno de los otros que han de judgar en la Corte, assi como Adelantados, o Alcaldes. Otrosi los priuilegios, dezimos, que ninguno non los deue mandar fazer de nueuo, nin confirmar, si non el Rey mismo: nin aunque sean fechos por su mandado, non los deue otro dar, si non el Rey de su mano (94). E esto tuuieron por bien los Sabios antiguos, porque non pudiesse y ser fecho yerro ninguno: e otrosi porque los que recibiessen los preuilegios, e las gracias del Rey, lo agradeciessen a aquel que es poderoso de los dar, e de cuyas manos los resciben. Las cartas foreras (95), e los juyzios que juzgaren, dezimos otrosi, que las pueden dar los Adelantados, o los Alcaldes de Casa del Rey. E las otras cartas que son en razon de las cosas que el Rey manda fazer, o recabdar, tambien en fecho de Justicia, como de rentas, o de cosechas, o de cuentas; e otrosi de mandaderias, o en las otras cosas que

(88) Añád. l. 9. tít. 17. de esta Partida.

(89) Téngase presente lo dispuesto aquí, á saber, que los presos por órden del Rey, no pueden ser escarcelados mediante fianza, á no ser, que se haya concedido espresa licencia para ello en el mandato de prision: y lo mismo, en mi concepto, debe decirse respecto de cualquiera que haya sido capturado por un Juez en virtud de letras requisitorias espedidas por otro; pues el decidir si corresponde ó no conceder la escarcelacion compete esclusivamente al Juez originario de la causa.

(90) Estos son inviolables por derecho de gentes, segun la l. últ. D. *de legation.* cap. *jus gentum* 9. 1. dist. l. 2. §. 3. D *de judic.* y Glos. allí vers. *destinati*, atenor de lo cual no deben los legados sufrir incomodidad alguna: pudiendo verse el cap. *si qui legationem* 2. 94. dist. y l. 9. tít. 25. Part. 7. y conviene tambien que anden con el mismo decoro y honorificencia que los embajadores, á fin de que se les tenga mas respeto, Bald. á l. 1. 19. quest. D. *de offic. consul.*

(91) Nótese que para mejor intelijencia se manda usar de la lengua latina, como la mas vulgarizada por otras regiones del mundo.

(92) Lo dispuesto en esta ley trae su orígen de lo anotado por la Glos. á la *Novell.* 114. vers. *jussionem* cap. 2. *collat.* 8. y añád. l. 13. tít. 18. Part. 4.

(93) Semejantes rescriptos ó concesiones los firma en el dia el mismo Rey y no se despachan sin que los haya firmado, segun la l. 24. tít. 3. lib. 2. Ordenam. Real y l. 9 y últ. C. *de divers offic.*

(94) Añád. l. 4. de este tít.

(95) Los demás despachos ó letras sobre negocios judiciales ú otros que no requieren la firma del Rey segun d. l. 24. tít. 3. lib. 2. Ordenam. Real, las espiden los Consejeros Reales ó los Oidores de las Chancillerías y otros oficiales del Rey, cada uno en lo que concierne á sus atribuciones; y tienen dichas letras la misma fuerza, aunque el Rey no las vea, segun Inoc. al cap. 2. hácia el fin *de fid. instrum.* donde se espresa en los formales términos siguientes: *Confitemur tamen, quod ipse potest committe personæ fidediquæ sigillum suum, et ille poterit sigilla-*

tengan en fecho del Rey, o de su Corte, o de su Casa, o de las otras cosas que son suyas conoscidamente por el Reyno; non las deue mandar dar si non el Rey, o aquellos Officiales a que las el mandare dar señaladamente. Onde dezimos, que qualquier que fiziesse contra lo que esta ley manda, dando priuilegio, o carta de otra manera, que es falsario: e mandamos, que aya la pena (96) que dize en el Titulo de los Falsarios.

LEY 27. *Quien puede judgar los priuilegios e las Cartas: e como se deuen judgar, e emendar.*

Quien deue judgar los preuilegios, e las cartas, si alguna dubda y acaeciere, queremoslo mostrar por esta ley. Onde dezimos, que preuilegio de donadio de Rey (97) non lo deue ninguno judgar si non el mismo, o los otros que reynaren despues del: los otros preuilegios de confirmacion (98) en que diga, valan assi como valieron fasta aquel tiempo en que fueron confirmados, o fasta otro tiempo señalado, o como valieron en tiempo de los otros Reyes; o en los que dize, saluo los derechos de (u) los priuilegios de los otros Reyes; bien los pueden judgar aquellos que son puestos para judgar aquellas tierras, do los preuilegios fueren mostrados, en tal manera, que si aquellos contra quien los aduzen, negaren que non valieron assi, que lo manden prouar a aquellos que los muestran, e lo libren por juyzio, segun fuere prouado. E si fueren preuilegios en que diga la confirmacion, saluos los derechos de los preuilegios de los otros, e dixeren aquellos contra quien los aduzen, que tienen los preuilegios que fueron dados ante que aquellos; deuenlos fazer aduzir tambien los vnos como los otros, e catar quales fueron dados primero (99). E los que fallaren que fueron dados primero, mandamos que valan, si fueron vsados, como deuian. E si

(u) los previllejos de los otros; Acad.

re scripturas de his, *quæ pertinent ad Episcopum etiamsi Episcopus non videat litteras, sicut Papam et alios Prælatos et Principes Cancellariis suis committere videmus*, y segun se infiere tambien de lo establecido en la presente ley. Bald. á la l. 2. C. *de reb. alien. non alien.* dice que el sello puede confiarse á otro, pero que debe mirarse mucho á quien se confia; porque todos los documentos sellados se presume que lo son por la voluntad de aquél cuyo es el sello, segun Anton. al cap. *tertio loco, de probat.* segund. notab. y añád. las citadas ll. del Ordenam. en las cuales se previene que á las letras ó despachos espedidos por el Consejo Real ó por los Oidores de Chancillerías se dé la misma fé, que si fuesen firmadas por el Rey.

(96) He aquí un texto que confirma lo dicho por Abb. despues de Inoc. al cap. 2. col. últ. *de fid instrum.* esto es, que si el depositario del sello, ha sellado un documento distinto del que se le habia encargado, incurre en la pena de falsario.

(97) Conc. cap. *cum vanissent* 12. *de judic.* l. 43. D. *de vulg. et pupil.* y l. 2. tít. 1. Part. 2. sosteniendo los DD. á d. cap. que ó bien se disputa sobre la validez del privilegio ó sobre la inteligencia é interpretacion del mismo en lo sustancial, y entónces el Príncipe es el único que puede decidir la cuestion promovida; ó bien se disputa incidentalmente entre las partes acerca el privilegio, por el perjuicio que puede causarles relativamente al negocio de que se trata, y entónces el mismo juez inferior puede decidir la cuestion, é interpretar el privilegio, cuando sean oscuras las palabras en que esté concebido, á menos que fuese muy árdua y difícil la duda á que dieren lugar, en cuyo caso deberia recurrirse al Príncipe, á menos que este no residiese en el territorio donde pudiese fácilmente consultarsele, ó que pudiese el juez y quisiese hacer la declaracion. Así se colige de lo dicho por Juan Andr. Anton. Abb. é Imol. Felin y Dec. á d. cap. *cum venissent* y añád. lo que notablemente espresa Bald. al cap. 1. *apud quem, vel quos controv. feud. decid. oport.* y l. 8. tít. 1. lib. 3. Ordenam. Real.

(98) Difieren esencialmente los privilegios, de las cartas de confirmacion ó ratificacion de los mismos, segun la Glos. 25. q. 2. *in summa*, porque en estas últimas ningun derecho nuevo se establece, cap. *cum dilecta 4. de confirm. util. vel inutil.* y nada se dispone ni afirma, sino que todo en ellas se dice condicionalmente. Al contrario en los privilegios, en los que se usan palabras absolutas é imperativas y se afirma lo que en ellos se contiene.

(99) No es válida la concesion de un segundo privilegio, sino se hace en ella mencion del primero, ó no se entiende este derogado, á menos que se diga en aquél espresamente, cap. *veniens* 19. *de præscript.* y l. 2. y Bald. allí C. *de legib.* Glos. y todos los DD. al cap. 1. *de rescript.* y Glos. *in regulas generi, de regul. jur.* Glos. 25. q. 2. *in summa* y l. 39. de este tít. lo cual tiene lugar, tanto si es general como especial el primer privilegio concedido, segun estensamente esplican los DD. á d. cap. 1. y aun en el supuesto de ser dicho primer privilegio conforme al derecho comun, una vez que por el se ha radicado y adquirido algun derecho especial, es necesario para dero-

tal dubda y fallaren que ellos non la puedan librar (100) por si, deuen embiar amas las partes con sus preuilegios al Rey, que la libre el. E si en las otras cartas foreras, o de gracia (101) que el Rey faga, nasciere contienda sobre ellas, deuenlas otrosi judgar los Juezes ante quien parescieren, tomando el entendimiento dellas (102) a la mejor parte, e a la mas derecha, e a la mas prouechosa, e a la mas verdadera segun derecho. E si alguno de los que lo ouieren de judgar, fiziere contra lo que en esta ley dize, judgando alguna dellas maliciosamente, e a mala parte, non deue valer (103) lo que judgare. E deue el ser (v) dado por malo, e por enfamador (104): e las partes deuen yr al Rey, que les libre aquella dubda como el touiere por bien.

(v) dado por enfamado, Acad.

garlo hacer mencion espresa del mismo, segun Abb. y comunmente los DD. á d. cap. 1. donde ponen por ejemplo la concesion de diezmos. Pero V., sobre el particular, á Dec. consil. 147. y á d. cap. 1. col. 6. segun el cual se entiende lo dicho, cuando en el primer privilegio, aunque conforme al derecho comun, se contiene alguna alteracion del mismo, la que por pequeña é insignificante que sea, hace necesario para que sea derogado que en el segundo privilegio se haga mencion especial, segun Inoc. á d. cap. *veniens*, Anton. y otros, opinando todos que ni aun en tal caso bastaria la cláusula de *no obstantes las leyes en contrario*, para que con ella se entendiese el segundo privilegio derogatorio del primero: amenos que se diga así espresamente cuando se concede aquél á instancia de algun particular, segun elegantemente espresa Paul. de Castr. consil. 357. 1. vol. donde empieza: *dicendum videtur probabiliter*; sobre lo cual, empero, V. á Abb. al cap. *cum instantia, de censib.*

(100) Pues en este caso se deja comunmente á la decision del Príncipe; á menos que se trate de un derecho cierto é indubitado, para eludir el cual se eleve al Príncipe una consulta, en cuyo caso se castiga al Juez que la haya elevado, segun la l. 2. C. *de legib.* y V. Bald. despues de Pedro allí, esceptuando el caso en que el Juez hubiere consultado para evitar un peligro inminente que hubiese habido de ocasionar fallando, á lo qué nunca debe el juez esponerse.

(101) Esto parece contrario á lo dispuesto en el principio de esta ley, esto es, que de los privilegios de donacion otorgados por el Rey solamente este pueda conocer, á pesar de lo que se previene aquí que conozcan los jueces de las gracias que el Rey otorgare; y sin embargo tambien las gracias se llaman dones y privilegios l. 51. de este tít. y en general á toda gracia se da el nombre de privilegio, segun Bald. al cap. *investitura, de nova forma fidelit.* Tal vez pueda todo conciliarse diciendo que en el principio de esta ley se trata del privilegio, por el cual haya el Rey donado cosas del Real patrimonio, como algun castillo, ú otra cosa semejante, pues estos privilegios son los que en el lenguaje de las partidas se llaman *donadios de Rey*, segun las ll. 22. y 23. tít. 13. Part. 2. y otras varias: de suerte que de semejantes privilegios pueda tan solo conocer el Rey donador ó sus sucesores: pero de los demás privilegios por los que se conceden gracias ó concesiones sobre otras cosas no pertenecientes al patrimonio Real, puedan conocer los jueces ordinarios, ya se dispute sobre la validez del privilegio ó de su interpretacion en cuanto á lo substancial, ó ya se haya promovido sobre el mismo una cuestion incidental, limitando se así la disposicion del derecho comun, como he dicho en la nota 97. O podria quizás decirse que ó bien el Rey concede gracias ó cosas de aquellas que no acostumbran concederse, como si da en feudo cosas que no son susceptibles de él ó si da un feudo á una muger contra el rigor de las leyes que rigen en la materia; y en tales casos tan solo el Rey puede conocer de las cuestiones que se promuevan sobre semejantes privilegios, aunque no se dispute sobre la substancia y validez de los mismos; ó bien la concesion otorgada por el Príncipe es conforme al derecho y á la costumbre, y entónces no se llama propiamente privilegio, sino gracia ó beneficio, como notablemente opina Bald. *in præludiis feudorum* col. 5. hácia el fin, pretendiendo que en este último caso cualquiera Juez puede conocer; y añád. lo anotado por Bald. al cap. 1. *apud quem vel quos controv. feud. decid. oportet*, vers. *sed numquid ea.*

(102) Nótense bien estas bellas palabras de nuestra ley; y adviértase que la intencion del Príncipe debe presumirse ser la mas conforme á la ley escrita y á la razon natural, l. 4. C. *de emancip. liber.* l. 43. princ. D. *de vulg. et pupill. subst.*

(103) Entiéndase, empero, que no valdrá con tal que se apele; pues otramente la declaracion contraria al derecho del litigante no dejará de pasar en autoridad de cosa juzgada, cap. *cum inter* 13. *de re judic.*

(104) Conc. l. 2. C. *de legib.* pero se haria infame el juez en el caso aquí propuesto, no *ipso jure*, sino por sentencia en que se le declarase tal segun la Glos. y Bald. á d. l. 2. y lo confirma tambien la espresion de nuestra ley aquí: *deue el ser dado por malo, é por enfamador.*

LEY 28. *Que fuerça han las Cartas, e los Preuilegios: e en quantas maneras se deuen guardar.*

La fuerça que han los preuilegios, e las cartas, de qual manera quier que sean, queremosla mostrar por estas leyes; e departir en quantas guisas son, e en que manera se ganan. Onde dezimos assi: que las vnas se ganan segun fuero, e las otras contra fuero. E la tercera manera es, de otras cartas que non se ganan segun fuero, pero non son contra el. E Nos queremos fablar en esta ley, de las primeras cartas que se ganan segun fuero, e dezimos, que estas que assi son ganadas, son aquellas en que manda el Rey, o los otros que dan las cartas por el, por cumplir alguna cosa señalada segun fuero: e porende tales cartas, dezimos, que han fuerça de ley (105), e deuense entender, e judgar sin escatima, e sin engaño, assi como ley: e los preuilegios, dezimos otrosi, que han fuerça de ley, sobre aquellas cosas en que son dados. Ca preuilejo tanto quiere dezir, como ley apartada, e dada señaladamente a pro de algunos, assi como de suso mostramos (106).

LEY 29. *Que las Cartas que fueren ganadas contra la Fe, que non valan: e como se deuen cumplir las Cartas que fueren ganadas contra los derechos del Rey.*

Cartas, o preuilegios y a de otra manera, que son contra fuero, e contra derecho: estas pueden ser ganadas en muchas guisas. Ca o son contra derecho de nuestra Fe (107), de que fablamos en en el primero libro, o contra los derechos del Rey (108), o son contra derecho del Pueblo comunalmente, o contra derecho de algun ome señalado. E de cada vna destas diremos que fuerça han, e quales deuen valer, e quales non. E dezimos, que si son contra la nuestra Fe, non han fuerça ninguna, nin deuen ser recebidas en ninguna manera, nin deuen valer. E si fueren contra los derechos del Rey, non deuen luego ser las primeras cumplidas. Ca non han fuerça ninguna, porque pueden ser dadas con priessa

(105) Esto es entre aquellas personas, para quienes se hayan espedido; no que formen derecho general, l. 2. C. *de legib.* que concuerda con la presente, y l. 1. D. *de constit. Princip.*

(106) L. 2. princ. de este tít.

(107) Lo dispuesto aquí trae orígen de lo anotado por Azon C. *si contra jus vel utilit. publ. in summa* y Glos. á la l. últ. d. tít. y cap. *sunt quidam* 25. q. 1. Y por lo que hace á si los estatutos del Príncipe pueden distinguir y limitar lo dispuesto por derecho divino, V. Abb. y DD. al cap. *quæ in Ecclesiarum, de constit.* Alber. á la l. 2. col. 3. y 4. C. *de precib. Imperat. offer.* y Bart. al proemio *Digestorum* y á la l. 9. quest. princip. D. *de just. et jur.*

(108) Conc. l. 3. C. *de precib. imper. offer.* y *Novell.* 134. cap. 6. *collat.* 9. y *Novell.* 17. cap. 4. collat. 3. Pero ¿tendrá lugar lo establecido en esta ley, cuando los privilegios concedidos por el Rey contra el derecho por él mismo estatuido, lo hubieren sido espontaneamente y de su propio movimiento? Parece que nó, pues se habla en esta ley de los privilegios concedidos á instancia de algun particular, segun las palabras: *estas pueden ser ganadas*, las que se refieren á las letras impetradas, no á las que de motu propio se hubieren otorgado. Así lo confirma tambien el texto de la l. 1. C. *de petition. bonor. sublat.* segun la cual es válida la donacion hecha por el Príncipe de bienes ya incorporados al fisco, con tal que haya sido otorgada por mera liberalidad. Lo contrario, empero, parece inferirse del citado cap. 6. *Novell.* 134. el cual habla generalmente; y tambien de las palabras de nuestra ley: *con priesa de afincamiento ó con gran cuyta* etc. *ó auiendo de ver otras cosas*, de las cuales parece deducirse que, aun cuando hayan sido las letras concedidas de motu propio, debe esperarse que sean confirmadas ó ratificadas. En el propio sentido se espresa Felin. al cap. *si quando, de rescript.* vers. *supersederi* col. 2. diciendo que los rescriptos concedidos en beneficio de un particular no derogan á los que lo son para la utilidad general, á menos que en ellos se haga mencion espresa de estos últimos. Tal vez podria decirse que si la concesion del Príncipe fuere hecha en perjuicio de los tributos reales, que se han establecido para la pública utilidad, como si se ha eximido á algunos de pagarlos, ó en otra manera, no debe cumplirse desde luego semejante concesion, aunque otorgada de motu propio, sino que ha de esperarse á que sea confirmada: de donde sin duda ha procedido la práctica que observan en las Audiencias los llamados *Contadores mayores*, los cuales nunca cumplen los primeros despachos ó letras de concesion de gracias ó privilegios, sino que esperan los espedidos en fuerza de aquellos, en los que se limitan muchas veces las concesiones otorgadas generalmente en los primeros, para evitar así los grandes perjuicios que podrian seguirse para lo sucesivo. Pero cuando el privilegio contiene concesiones de las que acostumbran otorgarse, como el conceder á algunos ciertas gracias de los bienes confiscados, entónces procede lo establecido por d. l. 1. C. *de petit. bo-*

de afincamiento (109), o con gran cuyta, non podiendo al fazer, por desuiar grand su daño; o auiendo de ver otras cosas, por que non pudiesse y parar mientes: mas aquellos a quien las embiare, deuenlo fazer saber al Rey, como recibieron tales cartas que eran contra sus derechos o amenguamiento dellos, que les embie dezir como fagan; e si les embiare las segundas cartas en aquella misma razon, deuenlas cumplir. Empero deuen despues embiar dezir al Rey, que las cumplieron; mas que eran a su daño, e contra su derecho. E esto han de fazer, porque el Rey entienda que fizieron lo que el mando.

LEY 30. *Como non deue valer Carta que sea ganada contra derecho.*

Si contra derecho comunal de algun Pueblo (110), o a daño del fueren dadas algunas cartas, non deuen ser cumplidas las primeras. Ca non han fuerça, porque son a daño de muchos; mas deuenlo mostrar al Rey, rogandole, e pidiendo merced, sobre aquello que les embia mandar en aquella carta. Empero si despues el Rey quisiere, en todas guisas, que sea, deuen cumplir lo que el mandare. E si son contra derecho de alguno señaladamente, assi como que le tomen lo suyo (111) sin razon, e sin derecho, o que le fagan otro tuerto conocidamente (112) en el cuerpo (113), o en el auer; tales cartas non han fuerça ninguna, nin se deuen cumplir, fasta que lo fagan saber al Rey aquellos a quien fueron embiadas, que les embie dezir la razon por que lo manda fazer. Ca todo ome deue sospechar, que pues que el Rey entendiere (x) el fecho, que les non mandara cumplir la carta.

LEY 31. *Como non deue valer Carta que sea contra derecho natural.*

Contra derecho natural non deue dar preuillejo, nin carta, Emperador, nin Rey, ni otro Señor. E si la diere, non deue valer: e contra derecho natural seria (114), si diessen por priuillejo las

(x) el fecho cual es, non les mandara complir la carta Acad.

nor. sublat. esto es que se ha de cumplir el privilegio concedido de motu propio, sin esperar á que sea confirmado: añád. Card. consil. 142. *videtur dicendum* col. últ. vers. *et si dicatur*, donde pretende que lo dispuesto en el cap. *si quando*, *de rescript.* tiene tambien lugar en el rescripto concedido de propio motu, cuya opinion es adoptada por los DD. modernos: bien que Dec. allí sostiene lo contrario, citando á Bald. á la l. 3. C. *de precib. imper. offer.* donde equipara el ser un privilegio confirmado á ser concedido de motu propio; y V. al mismo Bald. al cap. *cum adeo*, *de rescript.* col. últ. y V. tambien lo que se dirá en la nota 123 de este tít. siendo de advertir que en caso de duda mas bien se presumen los privilegios obtenidos á instancia del agraciado, que no concedidos de motu propio, cap. *si motu proprio* 23 *de præbend.* Bart. á d. l. 1.

(109) Establécese así, en pena de los importunos; y añád. d. l. 1. C. *de petit. bonor. sublat.* y cap. últ. *de rescript.* porque las gracias concedidas á fuerza de importunidad se presume que lo son contra la voluntad del concedente V. Glos. al cap. *audacter* 8. q. 1. y añád. lo que se lee en el cap. 11. vers. 8. de S. Lucas: *Propter improbitatem ejus surget, dabit illi quot quot habet necessarios.*

(110) Conc. d. cap. 4. *Novell.* 17. *collat.* 3. y añád. Azon *in summa* C. *si contra jus vel util. publ.* y V. lo anotado á la ley que antecede.

(111) Conc. l. 7. C. *de precib. imper. offer.* canon. 25. q. 2. cap. *rescripta*, d. cap. 4. *Novell.* 17. y ll. 4. y 5. tít. 12. y l. 3. tít. 14. lib. 3. y ll. 8. 12. 13. 25. y siguientes tít. 4. lib. 2. Ordenam. l. 3. C. *de pagan. et templ. eor.* y cap. *si quando* 5. *de rescript.*

(112) Tal vez se requiere por esta palabra *conocidamente* que el tuerto ó perjuicio sea manifiesto; porque en caso de duda, siempre se presumiria que el Príncipe ha obrado rectamente, segun Inoc. Abb. y DD. al cap. *quæ in Ecclesiarum*, *de constit.* Glos. y Bartol. á la l. 4. D. *de pœnis*, Cin. y otros á la l. últ. C. *si contra jus vel utilit. publ.* y á la 7. q. 3. y 4. C. *de precib. imper. offer.*

(113) Añád. las mismas leyes citadas en la nota 111 y cap. *cum apud Thesalonicam*, 11. quest. 3. y Glos. á d. cap. *rescripta*.

(114) Esto es, contra el derecho de gentes por el cual ha sido constituido el dominio ó propiedad de las cosas, l. 5. D. *de just. et jur.* y el espresado derecho de gentes llamase tambien natural, porque está imbuido por la misma razon, l. 7. §. 7. D. *de adquir. rer. dom.* y tambien porque es comun á todas las naciones, l. últ. C. *si contra jus vel util. publ.* y §. 2. vers. *jus gentium*, *de jur. natur. gent. et civil.* Inoc. al cap. *quæ in Ecclesiarum*, *de const.* Y adviértase á propósito de lo dicho que el poder adquirir el dominio sobre los hombres, no es de derecho natural, pues todos nacemos igualmente libres, cap. *jus naturale* 1. dist. y al primer hombre le dijo Dios que le concedia la preeminencia sobre los peces del mar y sobre todo lo que se mueve en la tierra, mas no sobre los demás hombres, V. S. Agustin *de civitate Dei*, lib. 19. cap. 15. y

cosas de vn ome a otro (115), non auiendo fecho cosa (116), por que las deuiesse perder aquel cuyas eran. Fueras ende, si el Rey las ouiesse menester, por fazer dellas, o en ellas alguna lauor, o alguna cosa, que fuesse a pro comunal del Reyno; assi como si fuesse alguna heredad, en que ouiessen a fazer castillo, o torre, o puente, o alguna otra cosa semejante destas, que tornasse a pro, o a amparamiento de todos (117), o de algun lugar señaladamente. Pero esto deuen fazer en vna destas dos maneras: dandole cambio (118) por ello primeramente, o comprandogelo segun que valiere.

LEY 32. *Como non deue valer Carta que alguno ganasse, que nunca fuesse tenudo de dar, nin de responder por la cosa que deuia.*

Van afincadamente, e demandan omes y ha, a las vegadas a los Reyes, que les den preuillejo, e cartas, sobre cosas que les piden, que gelas han otorgar; maguer que entiendan, que son contra derecho: e esto han a fazer, mas por enojo grande que dellos resciben, que por sabor que han de lo fazer. E los que estas cartas ganan, mueuense maliciosamente, a demandar su pro a daño de otro. Ca tales y ha que le piden cartas, en que les otorgue, que el debdo que deuen a otro, que nunca sean tenudos de gelo dar, nin de les responder por ello: e porque tal carta como esta es contra el derecho natural (119), tenemos por bien, e mandamos, que el Judgador ante quien pareciere, non consienta que sea creyda, nin vala.

LEY 33. *Como deue valer la Carta en que el Rey alongasse plazo de debda a alguno.*

Agrauiados son omes a las vegadas de pobreza, de manera, que non pueden pagar lo que deuen, a los plazos a que lo han a dar. E piden merced al Rey, que les de cartas, e que les aluengue el plazo a que deuian pagar. E porque acaesce a las vegadas, que el Rey ha menester su seruicio destos atales en hueste, o de otra manera, o por sabor que ha de les fazer bien, e merced,

l. 5. D. *de just. et jur.* y añád. l. últ. §. 1. y Bart. allí D. *de pign. act.* Nótese tambien que puede el Príncipe en tiempo de guerra apostar su gente en mi fortaleza, aun contra mi voluntad: V. Bald. á la l. 7. D. *de offic. procons.*

(115) Añád. l. 2. tít. 1. Part. 2. y lo anotado allí: y tendrá lugar lo que aquí se declara lo mismo respecto del dominio útil, que de la plena propiedad, Alex. consil. 3. col. 2. vol. 5. aunque Dec. sostiene lo contrario al cap. *quæ in Ecclesiarum* col. 9. *de constit.* donde dice tambien que cuando el dominio se haya adquirido puramente por derecho civil, como por prescripcion ó por sentencia, puede el Príncipe privar de él sin causa al que lo hubiere adquirido: mas lo contrario sostienen los modernos, y aun el mismo lo limita esceptuando el caso en que se hubiese adquirido el dominio por medio de un contrato, pues entónces opina que á nadie puede privarse de el sin justa causa; por donde se ve que lo propio deberá decirse respecto del enfiteuta que tiene [tambien por contrato] el dominio útil. V. al mismo allí, y á Felin. col. 18. y 19.

(116) Como, si hubiese cometido algun delito: y lo que se añade en seguida acerca el caso de pública utilidad lo trae tambien Azon *in summa C. si contra jus vel utilit. publ.*—* He aquí consignado en la presente ley el principio de la espropiacion forzosa por causa de utilidad pública, previa la competente indemnizacion. V. art. 10. Constitucion de 1837. En el dia están regularizadas las formalidades que deben observarse para proceder á dicha espropiacion, y pueden verse estas en la ley de 14 Julio 1836, la cual exige, á mas de la previa indemnizacion, la declaracion formal de ser de utilidad pública la obra para la cual se exige la expropiacion, y de ser necesaria para su ejecucion que se enagene el todo ó parte de una propiedad; y el justiprecio de la que haya de cederse ó enagenarse.

(117) V. l. 5. tít. 26. Part. 2. y Socin. vol. 2. consil. 164. col. 7. y l. 2. tít. 1. Part. 2. y Socin. consil. 4. vol. 3.

(118) V. cap. 2. versic. *sed et permutare* 10. q. 2. y l. 13. §. 1. D. *comun. prœdior.* y Paul. de Castr. allí y V. Bald. á la l. 2. C. *proquib. caus. serv. pro prœm. libert.* y d. l. últ. §. 1. y Bart. allí *de pign. act.*

(119) O mas bien parece ser contra el derecho civil, por el cual han sido introducidas las acciones l. 2. D. *de origin. jur.* y como pretende la Glos. á la l. 3. §. 3. D. *quod quisg. jur.* le es lícito al Príncipe por la plenitud de su poder privar á uno de su defensa; y luego añade que cuando el Príncipe quiere privar a alguno de la accion que tiene adquirida, contra lo dispuesto en la l. 2. C. *de precib. Imper. offer.* es necesario que en el rescripto continue la cláusula de: *no obstante toda ley que lo contrario disponga*; la cual, empero, tampoco es bastante cuando en el rescripto se dispone alguna cosa contra el derecho natural; pues todo lo que procede de este es inmutable, §. penúlt. Instit. *de jur. nat. gent. et civil.* y l. prox. antecedente, á lo menos, mientras no haya justa causa para variarlo, la que no se presume á favor de dicho rescripto,

dales cartas, en que les aluenga el plazo (120). E tal carta como esta mandamos que vala. Ca como quier que reciba por ella algun agrauiamento, aquel a quien deuen el debdo; por todo esso en saluo finca lo suyo, e tenemos por bien, que lo cobre, e lo aya. E porque sea mas seguro ende, dezimos, que quando tal carta fuere ganada contra el, e gela mostraren; estonce puede demandar fiador (121) a aquel que quisiere vsar della, quel pague al plazo que el Rey le otorgo. E si el que gano la carta non le quisiesse dar fiador, mandamos que non vala la carta, nin empezca a aquel contra quien fue ganada.

como no aparezca claramente, segun los modernos DD. y señaladamente Dec. cap. *quæ in Ecclesiarum, de const.* col. antepen. A pesar de todo lo dicho es de advertir que si bien las acciones han sido introducidas por derecho civil, pero la deuda ú obligacion de que proceden es de derecho natural: y aun cuando el Príncipe quiera privar al acreedor de la accion meramente civil, no puede sin embargo hacer que deje de administrarsele justicia; y entónces se viene á parar otra vez al derecho primitivo, á tenor del cual el Rey por si mismo amparaba á cada uno en la posesion de lo suyo, Inoc. y Abb. á d. cap. *quæ in Ecclesiar.* y así lo que, segun se ha dicho, sostiene la Glosa á d. l. 3. §. 3. de poder el Príncipe privar á los particulares su accion ó defensa tendrá lugar únicamente, cuando mediare alguna justa causa y previa indemnizacion, ó cuando se hiciere en pena de algun delito cometido, á tenor de lo establecido en la l. que antecede.

(120) Conc. ll. 2. y 4. C. *de precib. Imper. offer.* y segun Cin. allí, no debe concederse el plazo que esceda de diez años, sino por menos tiempo, para que no sea demasiado gravoso al acreedor, y si la deuda que se proroga ha sido contraida con juramento, debe hacerse mencion de él, segun Alber. á d. l. 2. y V. cap. *constitutus* 19. *de rescript.* Y ¿qué deberia decirse cuando se hubiese hecho con juramento la promesa de pagar dentro de cierto tiempo, y despues se hubiese obtenido del Príncipe una espera ó moratoria? ¿Cometerá perjurio el deudor que en dicho caso no pagare dentro el término prometido? V. Luc. de Pen. á la l. 1. C. *qui mil. non poss.* donde opina que no habrá perjurio, cuando la espera hubiere sido concedida por el Príncipe de motu propio, pero si, cuando el mismo deudor la hubiere solicitado. Mas en mi concepto perjuraria este en uno y otro caso, á menos que le hubiesen sobrevenido apuros, por los cuales le fuese imposible pagar dentro del plazo, pues entónces, no podria considerarsele perjuro, aun cuando no hubiese obtenido la moratoria á tenor de lo establecido en el cap. *brevi* 17. *de jurejur.*

(121) Apruébase aquí la opinion de la Glos. á d. l. 4. C. *de precib. Imper. offer.* donde dice que, solo pidiendolo el acreedor, debe afianzar ó asegurar la deuda aquél á quien se ha concedido espera, sobre lo cual V. Alex consil 205. vol. 2. Pero ¿podrá el Príncipe, al conceder la moratoria, dispensar tambien al deudor de prestar aquella fianza? La Glos. á d. l. 4. está por la negativa; y al contrario los DD. allí, mientras al conceder aquella gracia se haya continuado la cláusula de: *no obstante toda ley en contrario.* Mas yo creo que ni aun con esta cláusula podrá el Príncipe dispensar de la fianza, cuando por dejarse esta de prestar, hubiese de perderse el crédito, porque esto seria ya cancelar enteramente la deuda ú obligacion, para lo cual no tiene el Príncipe facultades, segun se declara en la presente ley, á menos que medie justa causa, segun la l. precedente. ¿Qué sucederá, empero, cuando la fianza dejare de prestarse por imposibilidad de hacerlo de parte del deudor? En tal caso no valdrá la proroga ó plazo concedido, segun Salic. á d. l. 4. y apesar de opinar lo contrario Cin. Es verdad que en el final de la presente ley solamente se declara que no valga cuando el que la hubiese obtenido *non quisiesse* dar fiador; pero lo mismo parece deberia decirse *si no pudiese*, entendiéndose siempre concedida la moratoria bajo la condicion de prestarse la fianza; lo cual indudablemente procede á lo menos en el caso de haberse hecho la concesion por cualquiera otra causa que no sea la pobreza. Mas cuando por la miserabilidad del deudor se le hubiese otorgado la próroga, no es verosímil que la intencion del Príncipe haya sido la de obligarle á afianzar, lo que en tal caso le seria imposible y así vendria á ser del todo ilusoria la gracia concedida; por lo que tal vez bastaria entónces la caucion juratoria, ó la real y general de todos los bienes, sujetándose además, el deudor á una pena para el caso de incumplimiento, segun el nuevo Bald. tratado *de dote fol.* 44. *espec.* 12. Pero esta opinion no deja en cierto modo de ser rechazado por los términos en que se espresa la presente ley, exigiendo el afianzamiento aun en el caso de haberse concedido la espera por causa de la pobreza del deudor, á menos que el mismo Príncipe hubiese espresado en el rescripto que le dispensaba de afianzar, por su miserabilidad, para lo que no carece de facultades, segun la comun opinion de los DD. ó tambien si notoriamente se viese que no ha de perderse el crédito por haberse omitido el afianzamiento, como se ha dicho antes, lo que sucederia siempre que hubiese notoria insolvencia, porque en este caso aunque no se hubiese concedido la espera, no por eso habria el acreedor cobrado ni

LEY 34. *Como deuen valer las Cartas, que non son segun Fuero, nin contra el.*

Pueden ser ganadas otras cartas que non son segun fuero, e non son contra el. E estas son las que da el Rey queriendo fazer gracia, e merced a los omes; assi como en darles heredamientos, o quitarlos de pecho, o de hueste, o de fonsadera, o de otras cosas señaladas, por fazerles bien e merced. E dezimos, que tales cartas como estas han fuerça de ley, e deuen ser guardadas segun ley. Pero la carta que fuesse dada de quitamiento de hueste, o de fonsadera, non deue valer si non en vida de aquel Rey (122) que la dio: porque estas son cosas que estan ayuntadas siempre al Señorio del Reyno. E destas cartas que el Rey diere, non se deue ninguno agrauiar; ca maguer el Rey mande fazer alguna cosa que sea graue a algunos, todavia deuenlo obedecer, e cumplir, pues que el Rey lo faze por merced, e por fazer pro a otros. Ca otrosi deuen tener aquellos, que el Rey les puede fazer merced quando quisiere, como a los otros que dio las cartas. E ademas, es razon e derecho, que pues el Rey es tenudo, e poder ha de fazer (123) merced, que ninguno non gela contralle, nin gela embargue que la non faga alli, do el entendiere que conuiene. Empero bien pueden tanto fazer aquellos a quien el Rey embiare tales cartas como estas, en fazerle saber por si o por otri, que es graue de fazer; e faziendolo assi, non lo deue el Rey tener por mal: mas con todo esso si el Rey touiere por bien, que sea, deuen obedecer lo que el mandare: ca esto non es en conoscencia dellos, si es derecho, o non, mas es en la del Rey.

LEY 35. *Por que cosas se pierden las cartas del Rey.*

Quanto tiempo duran las cartas foreras, queremoslo mostrar por esta ley, e dezimos, que las cartas foreras que son dadas para mouer pleyto, assi como demanda que quiera alguno fazer de nuevo, o de otra que sea començada, de que non pueda auer derecho, que tales cartas como estas han tiempo de durar fasta (y) vn año, seyendo biuo el que la mando dar (124), e el que la gano, e aquel contra quien fue ganada (125). Ca muriendo algunos destos non deue valer la carta, si el pleyto non es començado, a lo menos por emplazamiento; mas pues que començado fuere desta manera, deue valer la carta, para delibrarse el pleyto dende adelante por ella, entre aquellos cuyo es el pleyto, o sus herederos. Empero si el contendor de aquel contra quien fue ganada la carta, ganare otra (126) sobre aquel mismo pleyto, contra aquel su contendor que gano la primera, e non quisiere de aquella carta vsar fasta vn año, podiendolo fazer; dezimos, que la (z) primera carta que se pierde, porque non vso della en aquel tiempo del año, segund que diximos, e deuen judgar por la (a) segunda. Mas si fuere carta que sea ganada sobre el pleyto de alçada (127), o sobre juyzio afinado (128), tal

(y) diez años, Acad.
(z) postrimera Tol. 2.
(a) primera Tol. 2.

conseguido que se le afianzase. En el dia, empero, se acostumbran conceder semejantes rescriptos siempre con la condicion de que se preste la fianza, esceptuándose solo algunos casos que se espresan en el mismo rescripto, y pueden verse en la fórmula que para concederlos ha prevalecido en el Consejo Real.

(122) V. lo anotado á la l. 10. de este tít.

(123) Y lo dicho aquí es aplicable aun al caso en que el privilegio haya sido concedido por el Príncipe de motu propio: pues si, por ej., de la exencion de tributos otorgada á algunas universidades resulta otra universidad muy considerablemente perjudicada, podrá esta acudir al Príncipe implorando el remedio; mas nó, si el perjuicio fuese de poco momento, en cuyo caso debería sufrirlo con resignacion, segun se establece en nuestra ley aquí, y elegantemente lo enseña Juan Andr. cap. *pervenit, de inmun. eccles.*

(124) Conc. l. 6. D. *de jurisd. omn. jud.* cap. *gratam* 20. y cap. *relatum* 19. *de offic. de leg.*

(125) Añád. cap. *significavit* 36. *de rescript.* y Glos. allí.

(126) Mas no habiendose impetrado un segundo rescripto, conserva el primero toda la fuerza aun despues de transcurrido un año, l. 2. C. *de divers. rescript.* Glos. Abb. y DD. al cap. *si autem, de rescript.*

(127) Parece establecerse con esto una disposion que difiere de lo que, distinguiendo de casos, opina Juan de Imol. al cap. 1. col. 3. hácia el fin, *de rescript.* previniéndose en esta ley que en las causas de apelacion no caducan por el decurso de un año las letras impetradas por el apelante, pero si por el hecho de no hacer aquél ostension de las mismas, siendo prevenido por el apelado.

(128) Las letras ejecutoriales, pues, son perpetuas, segun se declara aquí, y V. l. 63. de Toro [l. 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Recop.] en la que se declara que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos; y así dicha ejecutoria dura tanto co-

carta deue valer por todavia, para poderse defender por ella. Pero si le demandaren, e non la quisiere mostrar para defenderse con ella, si entrare en pleyto, e se defendiere por otra razon, e dieren juyzio contra el, pierdese la carta (129), e dalli adelante non se puede defender por ella, porque non fue mostrada en el tiempo que deuia.

LEY 36. *De las Cartas que son ganadas por engaño.*

Perderse podrian las cartas, de que diximos, en muchas maneras, de guisa que non valdrian; e Nos queremoslo mostrar en esta ley, e dezimos assi: que si carta fuere ganada diziendo mentira (130), e encubriendo la verdad (131),

mo la misma accion.

(129) No hay acerca de esto dificultad alguna con tal que se entienda limitadamente á las letras ejecutoriales impetradas en causa de apelacion admitida en un solo efecto; mas si se tratase de una ejecutoria obtenida en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada la cual tambien va comprendida en la presente ley, por aquellas palabras *ó sobre juizio afinado*, parece que obstaria á esto la ley de Toro citada en la nota que antecede, á tenor de la cual las espresadas ejecutorias son perpetuas lo mismo que las acciones de donde proceden; y no dejaria de obstar asimismo el que, hablándose, como se habla, en esta ley de las letras ejecutoriales espedidas á favor del reo segun se infiere de las palabras: *Pero si le demandaren*; parece no puede sostenerse que semejantes letras prescriban y pierdan su valor por el hecho de no haber el que las ha obtenido usado de ellas inmediatamente despues de habersele convenido en juicio como se espresa en nuestra ley aquí: de suerte que mas bien parece que ni aun valdria contra dicha ejecutoria la segunda sentencia que tal vez se profiriese contraria á la primera de la cual dicha ejecutoria procediese, á tenor de la l. 13. tít. 22. de esta Partida y V. lo anotado allí. Para conciliar estas dificultades puede decirse que la intencion de esta ley no ha sido privar al que obtiene la ejecutoria del derecho que en virtud de ella le compete, el cual es legalmente perpétuo para el mismo y para sus herederos, y siempre por medio de él puede defenderse, conforme á la l. 19. hácia el fin tít. 22. de esta Partida, l. 6. §. últ. D. *de re judic.* y l. 8. C. *de reb. cred.* sino que le quede siempre salva la escepcion perentoria que en fuerza de dicha ejecutoria puede oponer: de suerte que por la presente ley tan solo se entienda privado el que ha obtenido el rescripto, del derecho de oponerlo en fuerza de escepcion dilatoria y para impedir conella el ingreso y progreso del juicio, sin perjuicio de que se haga mérito de dicho rescripto en la sentencia definitiva; y en este sentido al usarse en esta nuestra ley de las palabras *non se pueda defender por ella*, es lo mismo que si se hubiese dicho, no se puede defender para el efecto de impedir el pleito, esto es, cuando el reo, despues de haber sido absuelto, en un juicio, hubiese consentido entrar en otro promovido sobre lo mismo con el actor y hubiese dejado de producir las letras ejecutoriales, en el momento mismo de verse nuevamente convenido, y de escepcionar con ellas de cosa juzgada y pleito acabado, como podia haberlo hecho, á tenor de lo dispuesto en el cap. *de lit. contest.* Y V. acerca de todo lo que acaba de decirse lo anotado á las ll. 10. tít. 3. 5. tít. 6 y 7. tít. 16. de esta Partida. Quizás pudiera decirse tambien que en la presente ley no se habla de las letras ejecutorias verdaderamente tales, sino de los rescriptos concedidos por el Príncipe, al efecto de que, no obstante la cosa juzgada y estar el pleito acabado, se vea esta nuevamente y se vuelva á fallar, á tenor de lo anotado por la Glos. á la l. últ. C. *sent. rescind. non poss.* y los DD. allí y Bald. al cap. *studuisti* versíc. *quæro supplicatum est Principi*, *de offic. legat.* y l. 28. de este tít. pues está en las facultades del Príncipe el conceder rescriptos contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, ó con la cláusula de *no obstante*, mandar que se proceda á nueva vista de los pleitos, en méritos de los cuales aquellas se hubieren proferido. Pero si el que hubiere obtenido un rescripto semejante no usare del mismo en el momento de entablar el actor contra él la accion de cosa juzgada ó de pedir la ejecucion de la sentencia, y si consiente que se proceda al juicio ejecutivo, pierde el derecho que tendria de escepcionar por medio del rescripto y suspender con él los efectos de la cosa juzgada; en cuyo sentido entendida esta nuestra ley vendria á importar una limitacion de lo que antes se ha dicho y de lo establecido en la citada l. últ. C. *sentent. rescind. non poss.* y en la l. 16. C. *de transact.* y V. lo anotado á d. l. 13. tít. 22. de esta partida.—* En el dia no compete al Rey la prerrogativa de conceder rescriptos contra fallos pasados en autoridad de cosa juzgada, ni de mandar que se proceda á la nueva vista de pleitos ó causas terminadas, segun las leyes, ante los tribunales; sino que *esclusivamente* corresponde á estos la facultad de fallar y ejecutar lo juzgado, art. 63. Constitucion de 1837.

(130) Conc. l. 2. C. *si contra jus vel utilit. publ.* y cap. *super litteris 20 de rescript.*

(131) He visto en algunos casos suscitarse la cuestion de si, al impetrar un particular la licencia ó facultad para fundar un mayorazgo de sus bienes, es necesario que esprese si tiene hijos y el número de ellos, ó si, por no haberse espresado, se puede calificar la licencia de subrepticia:

que non deue valer. E otrosi dezimos, que si alguno ganare carta sobre alguna cosa, e su contendor ganare otra carta, en que faga enmiente della (132), que non deue valer la primera; mas si non fiziere enmiente della, deue valer la primera, e non la segunda. E esto dezimos, si el que ganare la primera se quisiere defender por ella, razonando como non faze enmiente en la segunda carta de la primera que el gano. E si assi non lo razonare (133), deue valer la segunda, e lo que fuere judgado por ella. Empero si alguno ganare carta sobre alguna cosa, e su contendor ganare otra sobre aquel mismo pleyto, si ambas las cartas fueren para vn Alcalde, e naciere dubda sobre ellas; assi como si fueron dadas en un dia, o de otra manera qualquier, de guisa que non pueda entender el Alcalde, qual fue dada primero; non deue judgar por ninguna dellas, mas deuelo embiar dezir al Rey (135), que mande y lo que touiere por bien. E si tales cartas fueren ganadas,

y parecia deber estarse por la afirmativa, segun la doctrina de Juan Andr. adic. al Specul. *de sucesion. ab intestat*: hácia el fin de la adicion mag. que empieza *Gofredus* donde dice, despues de Obert. de Bob. que si un hijo natural ha obtenido rescripto de legitimacion, callando que su padre tenia otros hijos legítimos, será aquél de ningun valor, por ser presumible que no se le hubiera concedido si no hubiese ocultado la verdad, y lo mismo pretende Ant. al c. *per venerabilem* col. 27. *qui filii sunt legimi* y Preposit. allí al §. *quod autem* col. 16. alegando la presuncion de que la circunscia de haber muchos hijos retraeria al Príncipe de otorgar la legitimacion, cap. *postulasti* 27. *de rescript*. l. 35. § últ. D. *de contrahend empt*. Al contrario, empero, parece que el haber pasado en silencio las referidas circunstancias no invalidará el rescripto concedido; antes bien es de creer que la espresion del número de hijos inclinaria mas al Príncipe á conceder la legitimacion para la conservacion de los bienes y de las familias, y principalmente para la esclusion de las hembras, conviniendo al bien comun el que los patrimonios se conserven para los aguados para que se mantenga mejor el lustre de las familias, l. 1. §. 13. D. *de ventr. inspic*. Además, en los rescriptos de mera gracia, no está obligado el que los solicita á espresar mas que aquello que el derecho especialmente dispone que se esprese, segun lo anotado por la Glos. á la Clement. 1. *de præbend*. y por Felin. al cap. *postulasti de rescript*. col. 3. alegando en confirmacion de ello dos decisiones de la Rota declarativas de que no siempre invalida las gracias el pasar en silencio aquellas cosas cuya espresion hubiera podido inclinar al Príncipe á denegarlas, sino tan solamente el que se haya omitido alguna circunstancia de aquellas que si se hubiesen espresado, no hubiera podido, segun derecho, otorgarse la gracia solicitada; por manera que, si alguno, al impetrar un beneficio, ha callado que fuese criminal, no seria nula por eso la concesion, aunque habiéndolo dicho, hubiera sido mas difícil que el Papa le agraciase; á menos que fuera reo de un crímen tal, que *ipso jure* importase incapacidad para obtener beneficios; y así, no estando prevenido por las leyes, que, al pedir licencia para fundar mayorazgos, haya de espresar el suplicante si tiene hijos, no será menos válida la licencia concedida aunque no se haya espresado aquella circunstancia. Es notable tambien á este propósito el testo del cap. *dudum* 14. versic. *considerantes*, *de præbend*. en el que se declara que el haberse dejado de espresar alguna calidad al impetrar una gracia, no vicia la concesion, mientras sea tal que, aun sabiendola, hubiese el Papa agraciado así mismo al suplicante: á todo lo que en nada se opone la citada doctrina de Juan Andr. pues si bien pretende este que no es válida la legitimacion impretrada callando la circunstancia de haber hijos legítimos, pero es porque está por las leyes espresamente prevenido que habiendo tales hijos legítimos, no puede legitimarse á los espúreos de donde se infiere que es esencial la espresion de la referida circunstancia, *Novell*. 89. cap. 2. §. 1. y *Novell*. 74. cap. 4. y 2. *collat*. 6. En confirmacion de lo mismo puede verse lo anotado por Abb. citando al B. Bernard. al cap. *licet*, *de voto;* y esta opinion parece, en efecto la mas verdadera, á lo menos tratándose de una legitimacion obtenida en perjuicio de hijos legítimos pertenecientes á la nobleza, y cuya herencia fuese muy cuantiosa y de ella hubiesen de percibir sus respectivos dotes y alimentos, y lo mismo deberia decirse en aquellos casos en que la licencia de amayorazgar se concede con la condicion de haber de señalar alimentos á los demás hijos, como es costumbre hacerlo.

(132) Conc. cap. *cæterum* 3. *de rescript*. y cap. *ex literis* 2. *de dol. et contum*. sobre el cual V. á Abb. quien opina que en las segundas letras ejecutoriales debe hacerse mencion de los capítulos notables que se hayan continuado en las primeras, cap. *cum dilecta* 22. y V. Abb. allí segun d. notab. d. tít. *de rescript*. y en órden al caso en que el rescripto primeramente impetrado pudiese eludirse por medio de una escepcion, V. Glos. y estensamente Felin. al cap. *ex tenore* 16. *de rescript*.

(133) Siempre es necesario que se oponga el vicio de subrepcion contra los rescriptos impetrados sobre negocios litigiosos, como se declara aquí, y V. Inoc. y DD. al cap. *cæterum, de rescript*. y Felin. al cap *ad audientiam* d. tít.

(134) Con. cap. *sané* 2. *de offic. de leg*.

(135) Añád. cap. *pastoralis* 14. *de rescript*. Glos.

la vna para vn Alcalde, e la otra para el otro, desque los Alcaldes lo sopieren, deuense ayuntar en vno, e acordarse (135) qual dellos deue judgar aquel pleyto. E si por auentura ellos non se pudieren acordar, deuen yr, o embiar sus cartas al Rey, si fuere cerca de aquella tierra fasta tres jornadas, que les libre aquella dubda. E si mas lexos fuere, deuen yr, o embiar al Adelantado mayor del Rey, si fuere otrosi en aquella tierra, o a alguno de los Adelantados menores, que les libren aquella dubda. E esto que diximos de los Adelantados, entiendese, si el pleyto fuere en alguna de las tierras, (b) o los ha. Mas si fuere en otra tierra, (c) o non aya Adelantados, deuen ir a alguno de aquellos que han poder de judgar en las Ciudades, o en las Villas, que les libre aquella dubda.

LEY 37. *Que las Cartas que son ganadas con engaño non deuen valer.*

Mas maneras y ha aun, porque se puede perder las cartas, de las que diximos en estas otras leyes. Onde dezimos, que si alguno gana carta sobre algun pleyto señalado, e su contendor gana otra general (136), en que comprehende muchas cosas; maguer que en esta segunda faga enmiente de la primera, si non fablare de aquella cosa señaladamente, sobre que el otro gana la primera carta; dezimos que se pierde la segunda, e deue valer la primera. Otrosi dezimos, que si alguno gana dos cartas sobre algun pleyto, tal la vna como la otra, para sendos Alcaldes (137), para fazer trabajar a su contendor; que se pierden ambas a dos, e non deuen valer, si aquel pleyto demandaren por ambas las cartas: ca non es derecho, que vala la carta que es ganada con engaño; ante dezimos, que deue pechar las costas, e las misiones, a la otra parte, que fizo por razon de aquel engaño: mas si ganare dos cartas de vna manera para un Alcalde, valer deuen, ca tanto es, como si ganasse una sola: ca bien semeja que lo fizo mas por guardar, que si la vna perdiesse que le fincasse la otra, que non por fazer mal a otri. E dezimos aun, que si algunos se emplazaren para dia señalado ante el Rey, quier se emplazen ellos por si, o los emplaze otri; e otrosi aquellos que ouieren alçada a casa del Rey, o a algun lugar otro do se deuen alçar con derecho; tambien de los vnos como de los otros, destos sobredichos, el que se adelantare, e ganare carta ante del plazo (138) sin su contendor, quier la gane de casa del Rey, o de los otros lugares, o l auian a librar su emplazamiento, o su alçada; dezimos, que tal carta como esta pierdese, e non deue valer, porque fue ganada arteramente, e con engaño.

LEY 38. *Carta que descomulgado gana non vale; nin al que la gano encubriendo alguna cosa del pleyto que sea comenzado, o de otro fecho.*

Perdidas otrosi tenemos que son aquellas cartas, que se ganan en alguna destas maneras que diremos en esta ley: assi como si el que fuesse descomulgado (139) segun derecho de Santa Eglesia, ganasse carta para mouer pleyto nueuamente contra alguno: ca tal carta como esta perdiese, e non deue valer. E si alguno gana otrosi carta del Rey, sobre pleyto que sea ya començado ante los Alcaldes (140), o ante aquellos que han poder de judgar, porque su contendor

(b) do los ha Acad.
(c) do nonaya Acad.

y Abb. al cap. *ex tenore* d. tit.; y nótese bien la práctica que aquí se establece en nuestra ley.

(136) Añád. cap. *Abbatem* 40. *de rescript.* y glos. últ. al cap. 1. d. tít.

(137) Conc. cap. *ex tenore* 16. *de rescript*, y lo anotado por la Glos. allí.

(138) Conc. cap. *sæpe* 44. y cap. *oblatæ* 57. *de appel.* y, segun la Glos. á d. cap. *sæpe*, debe entenderse que lo dispuesto aquí solo es aplicable al término judicial y al convencional, pues, por lo que hace al legal, puede ser prevenido por otro que obtenga un rescripto antes de que haya espirado, á tenor de d. cap. *oblatæ*.

(139) Conc. cap. 1. *de rescript.* pero seria válido el rescripto, si el escomulgado á favor de quien se hubiese otorgado, hubiese ignorado que lo era, según la decision de la Rota *in antiquis* 281. debiendo, por lo demás, advertirse que lo dispuesto en esta ley tendria lugar, aunque el rescripto impetrado por el actor escomulgado lo hubiese sido con el consentimiento del reo, conforme opina Juan Andr. adicion al Specul tít. *de rescript. præsentat.* §. *ratione autem impetrantis* col. 3. adicion á la palabra *contra*.

(140) Lo dispuesto en nuestra ley aquí confirma la opinion de la Glos. al cap. *prudentiam* §. 6, *de offi. deleg.* vers. *aliam justam causam*, y al cap. *ut debitus, de appellat.* segun la cual, el que trata de impetrar un rescripto, despues de incoado ya el juicio ante el juez ordinario, debe hacer mencion de esta circunstancia; y no haciendolo así se considerará el rescripto subrepticio; y lo mismo tendria lugar, aunque el juicio incoado lo fuese ante un juez delegado, cap. *inter mo-*

non aya derecho, o el pleyto se desate, o se *(d)* rebuelua, seyendo el pleyto acabado (141); tal carta como esta dezimos, que non deue valer, si non fiziere emiente en ella, de todo lo que es ya pasado en el pleyto, ante aquellos que lo oyeren, e que lo deuen judgar. Mas si este atal fiziesse enmiente en ella, agrauiandose del tuerto que le fazen, mostrando razon derecha porque la puede ganar, dezimos que bien deue valer la carta que alguno ganare en esta razon. Otrosi dezimos, que non deue valer la carta que alguno ganasse diziendo que le fizieron tuerto, o demas, sabiendo la razon porque le fue fecho, e callandola (142), e non la queriendo dezir. Otrosi dezimos, que si alguno ganare carta del Rey de perdon de malfetrias que aya fecho, o sobre entrega, o otra cosa alguna que le fagan, diziendo alguna partida de aquello, porque le pide perdon, o porque le ruega, *(e)* encubriendo lo al (143); que tal carta como esta non vale, porque nego la verdad. E toda cosa que por ella sea fecha, o dada, o prometida, non deue otrosi valer. Mas si fuere de perdon de su cuerpo señaladamente por mal fecho que ouiesse fecho, deue valer en aquellas cosas (144) sobre que el demando perdon, e non en otra razon.

(d) resuelva Acad.

(e) et encubriendo la verdad, en tal caso decimos que tal carta como esta Tol. 2.

LEY 39. *Carta que sea contra otro, o contra alguna postura, non vale, si non fiziere mencion de la primera; nin la que fuere ganada por otri sin personeria.*

Por otras maneras muchas se pueden perder las cartas de guisa que non deuen valer, que queremos aqui dezir: como si alguno touiere carta de gracia, o de merced que el Rey le aya fecho, si otro alguno ganare carta que sea contra aquella, non deue valer la segunda carta (145), si non fiziere emiente en ella de la otra que fue dada primero, de guisa (146) que diga en ella señaladamente, que la otra carta primera non vala. Otrosi dezimos, que si Ricos omes, o Conce-

nasterium 20. *de re jud.* lo cual, empero, debe limitarse en los términos que lo hace estensamente Felin. al cap. *cœterum*, *de rescript.* col 2.

(141) Conc. l. últ. C. *sentent. rescind. non poss.*

(142) Con tal que dejare de espresarlo dolosamente; pues, de otro modo, no dejarian de ser válidas las letras que obtuviese pasando en silencio la razon de habérsele desatendido sus pretensiones, cap. *super litteris* 20. y Abb. allí *de rescriptis:* á diferencia de lo que procederia en el caso de una verdadera y dolosa subrepcion, á la cual esclusivamente se refiere nuestra ley aquí, con las palabras: *sabiendo la razon..... e callandola.*

(143) Lo dispuesto aquí confirma la doctrina de Bald. á la l. 2. col. 8. C. *si contra jus vel utilit publ.* donde pretende que no valen las letras ó rescriptos de indulto ó remision de una condena, á menos que se haga en ellos mencion espresa de la causa en méritos de la cual dicha condena se ha proferido y de todas las circunstancias del hecho; V. Jason allí col. últ. y debe tambien espresarse el delito por el cual se haya impetrado el indulto, segun Archid. cap. *de gradibus* 35. q. 9. y además está mandado por la l. 2. tít. 2. lib. 1. del Ordenam. [l. 2 tít. 42. lib. 12. Nov. Rec.] que debe hacerse mencion en el rescripto de como está preso el indultado, si verdaderamente lo estuviere: y V. Bart. á la l. 16. D. *ad Turpil.* debiendo espresarse tambien si ha sido reincidente en el delito, cuando en realidad lo hubiere sido, segun *Prœposit.* al cap. *hi qui* 50. dist. y V. cap. *antiqui* 33. quest. 2. y Glos. allí y cap. pen. 36. q. 2. y señaladamente cap. *super eo* 5. *de cohabit. cler. et mulier.* pudiendo verse además sobre el particular á Rodrigo Suarez alegacion 12. donde advierte (aunque sin citarla presente ley de Partida que es bastante notable) que en la súplica que se eleva al Rey debe referirse circunstanciadamente todo el hecho, tal como hubiere ocurrido al cometerse el delito.

(144) Añad. l. 2. tít. 2. lib. 1. Ordenam. Real. —*d. l. 2. tít. 42. lib. 12. Nov. Rec.

(145) Conc. con esta ley el cap. *nonnulli* y cap. *ex parte capituli et decani*, *de rescript.*; y añád. á lo dispuesto aquí la l. 27. de este mismo tít. y lo anotado allí.

(146) Nótense estas palabras, en confirmacion de que para revocar un privilegio, no es bastante la concesion ó promulgacion de otro posterior con la cláusula general de: *no obstantes los privilegios anteriores*: sino que es menester derogarlo especialmente; sobre lo cual V. lo anotado á la l. 27. de este tít. y añád. Pedr. de Ancha. cons. 20: siendo de notar que cuando un privilegio se ha impetrado subrepticiamente, se consideran tambien subrepticias las cláusulas derogatorias que en el mismo se hubieren continuado, Bald. á la l. últ. col. 1. C. *sentent. rescind. non poss.* y V. clement. 1. *de prœbend.* y aquella misma cláusula general de: *no obstante* etc. tampoco produce efecto alguno para derogar los vicios ó abusos de que no se haya dado noticia al Príncipe que concede el rescripto, sino que es necesario asimismo que sean espresamente derogados; siendo empero bastante dicha cláusula ge-

jos pusieren postura (147) entre si, que sea a pro del Rey, e del Reyno, e que non sea a su daño, e otro alguno ganare carta, que sea contra aquella postura; que tal carta como esta non deue valer: ca perdiese por esta razon, porque fue ganada como non deuia, encubriendo la verdad. E esto mismo dezimos, si fuera ganada contra preuillejo que tenga alguno, de heredamiento, o franqueza, o otra merced que el Rey le aya fecho. Otrosi dezimos, que se pierde la carta, que es ganada sin personeria (148) de aquel cuyo es el pleyto, si non fuere aquel que la gana, de aquellos que pueden razonar pleyto de otro sin personeria, asi como diximos (149) en en el Titulo de los Personeros.

LEY 40. *Que la Carta que alguno ganare sobre cosa que pertenezca a muchos comunalmente, que se pueden los otros aprouechar della, aunque no faga mencion de todos.*

De so vno han a las vegadas algunos omes heredad, o casa, o torre, o otra cosa que les pertenece comunalmente a todos por razon de heredamiento, o de compañia, o en otra manera; e acaece que reciben en tal heredamiento tuerto, o daño, o deshonrra, sobre qué embian pedir merced al Rey, que les de Juez que les faga alcançar derecho en esta razon, o que los ampare. E en tal caso como este dezimos, que si alguno dellos ganare tal carta del Rey, que de tal carta se pueden aprouechar todos (150), maguer non se faga en ella mencion de todos los otros a quien pertenece.

LEY 41. *Como non deue valer la carta que fuere ganada contra biuda, o huerfano, o contra alguna de las otras personas que son dichas en esta ley.*

Mueuense a las vegadas maliciosamente omes

neral, en el caso de haberse denunciado el vicio al Príncipe en el acto de impetrar de él el rescripto. Así lo distingue y esplica notablemente Benedict. de Capra cons. 157. citando á Bald. al cap. *naturales*, *si de feud. fuer. contr. int. dom. et agnat.* y á d. l. últ. y Juan Andr. al cap. 1. *de excessis prœlat.* y al mismo parecer se inclina Socin. consil. 41. vol. 3. y de todos modos bastaria el rescripto nuevamente impetrado para derogar los anteriores, siempre que el Príncipe lo hubiere otorgado *con cierta ciencia* y conocimiento de estos últimos, Bald. á d. cap. *naturales* col. 1.

(147) Conc. cap. *ex multiplici* 3. *de decim.* debiendo observarse tambien lo dispuesto aquí respecto de los convenios que se otorgaren, mientras sean conformes al derecho comun, segun d. cap. y añád. Pedr. de Anch. consil. 20. que un privilegio interpretado por el Papa sin hacer mencion de los pactos y condiciones impuestos á la dotacion del beneficio, no puede producir efecto en perjuicio de dichos pactos, los cuales deben seguir observándose como antes: y cuando lo establecido en un privilegio fuere conforme al derecho comun, y roborado con el consentimiento de las partes, no se entenderá derogado, aunque haya privilegios posteriores, amenos que en ellos se haga especial mencion del primero, Glos. notabl. á la Clement. *dudum.* §. *nos etenim* vers. *pacta*, *de sepult.* y Philip. Dec. al cap. 1. *de rescript.* col. pen.

(148) Añád. cap. *nonnulli* 28. §. *sunt et alii*, *de rescript.* debiendo entenderse lo dispuesto aquí limitadamente á los negocios litigiosos, pues que en los demás no se requiere la carta ó escritura de poder, segun la Glos. y los DD. comunmente allí.

(149) L. 1. tít. 5. de esta Partida.

(150) Conc. con la presente ley las ll. 21. y sigs. D. *pro socio* la l. 1. C. *de divers. rescript.* refiriendose lo dispuesto aquí bien espresamente á las cartas ó rescriptos delegatorios para administrar justicia. Pero ¿qué deberia decirse si uno de los socios ó comuneros impetrase un privilegio? ¿aprovecharia tambien á los demás? V. Salic. á d. l. 1. donde opina que los demás socios podrian aprovecharse del privilegio en las causas ó negocios que fuesen comunes, y V. tambien la l. 10. D. *quemad. serv. amitt.* y lo anotado por Alex. consil. 122. col. 3. vol. 4. y por Bald. al cap. 1. col. 3. vers. *quid si sunt duo fratres*, *quib. mod. feud. amitt.* donde espresa que si de dos hermanos el uno hubiese desamparado á su Señor en el peligro, y el otro mas leal le hubiere defendido, los servicios de este escusarán la falta del primero por ser tan conjuntas las personas; todo lo cual, sin embargo, pretende el adicionador allí que debe entenderse solamente en el caso en que hubieren bastado los servicios prestados por uno de los hermanos, segun la l. 10. D. *de his quib. ut indign.* y l. 6. C. *de condit. incert.* Con respecto, empero, á los privilegios mas bien creeria que el concedido á un particular no puede aprovechar á otros, como tambien opinan Cyn. y Alberic. á d. l. 10. esceptuándose tal vez los que recaigan sobre negocios por su naturaleza indivisibles arg. d. l. 10. y lo mismo seria cuando el privilegio fuese real, esto es, concedido mas bien por consideracion á la cosa que á las personas, sobre lo cual V. lo que estensa y notablemente trae Felin. al cap. 1. col. 3. y 4. *de prœscript.*

ya, a ganar cartas contra huerfanos (151), e las viudas, o los omes muy viejos (152), o cuitados de grandes enfermedades, o de muy gran pobreza, para aducirlos a pleyto ante el Rey, o ante los Adelantados, o ante otros Juezes que non son moradores en la tierra do biuen estos sobredichos contra quien las ganan. E porque esto non tenemos por guisada cosa, nin por derecha; mandamos, que la carta que fuere ganada (153) contra qualquiera destos sobredichos, o contra otra persona semejante dellos, de quien ome deuiesse auer merced, o piedad, por razon de la mezquindad, o miseria en que biue; que non vala, nin sea tenudo de yr a responderle por ella a ninguna parte, si non ante el Juez de su lugar do biue. Mas las otras cartas que qualquier destas personas cuitadas contra otri ganasse, para aduzirlo ante el Rey, o ante otro Juez que le otorgasse que lo oyesse, e le fiziesse auer derecho, mandamos que vala. E esto touieron por bien los Sabios antiguos, porque señaladamente los Emperadores, e los Reyes son Juezes destos atales, mayormente que de los otros; e a ellos pertenesce de los fazer alcançar derecho, e de los mantener en justicia, de manera que non reciban tuerto, nin fuerça de los otros que son mas poderosos que non ellos.

LEY 42. *Quales Preuillejos valen, e por que cosas se pueden perder.*

Los preuillejos han sus tiempos en que deuen valer. E otros en que se pueden perder. E Nos diremos primero de los tiempos en que valen, e despues de como se pierden. Onde dezimos, que los preuillejos de la franqueza, que son de quitamiento de pecho del Rey, o portadgo que non den por sus Reynos, o los quitasse de otro seruicio, o de otra cosa que deuiesen fazer al Rey señaladamente, que tales preuillejos valen por siempre. Empero por este lugar se pierden, si aquellos que los touieren non vsaren dellos fasta treinta años (154), del dia en que les fueron dados. Otrosi preuillejos y ha de otra manera, que da el Rey, en que otorga a aquellos que los da, que fagan alguna cosa nueuamente, que non pue

(151) Conc. con esta ley la l. únic. C. *quand. imper. int. pupill. et vid.* cap. *ab imperatoribus* 10. 23. quest. 2. cap. *regum.* 23. y cap. *administratores* 26. quest. 5. siendo, empero, de advertir que en la citada l. únic. se usa la palabra *pupilos* y no la de *huerfanos* que se lee en nuestra ley de partida; la cual, por consiguiente es mucho mas lata; pues comprehende, no solamente á los impúberes, sino tambien á los adultos mayores de catorce años, con tal que no tengan padre: de donde procede tal vez la práctica adoptada de considerarse *casos de Corte*, los negocios en que interesan huérfanos aunque sean adultos: por mas que en contrario opine Paul. de Castr. á la rubr. C. *quand. imper. int. pupill. et vid.*, porque tal vez lo que el mismo dice allí no es aplicable al caso de la presente ley, sino á otro. Añádase lo anotado á la l. 5. tít. 3. de esta Partida y tengase presente que lo dispuesto aquí tendrá asimismo lugar aunque sean ricos los huérfanos de quienes se tratare, como se infiere de las propias palabras de la ley, y lo sostiene tambien Azon *in summa* C. d. tít.

(152) Confirmase lo dicho por Azon *in summa* C. tít. *quand. imp. int. pupill. et vid.* el cual interpreta la l. únic. de d. tít. en el mismo sentido que lo hace nuestra ley aquí; y con razon, pues la vejez es ya de suyo una enfermedad, como dice Terencio. Hace á este propósito el cap. *magnœ* 7. vers. *verum, de voto et voti redemp.* y de ahi infiere Abb. que todos los estatutos formados para el caso de enfermedad deben estenderse tambien al caso de estremada vejez; debiendo, empero, notarse que lo dispuesto en nuestra ley aquí, ó sea el que los viejos y enfermos no puedan ser aducidos ó emplazados fuera de su domicilio, pero que puedan ellos aducir á otros, no se observa en la práctica á menos que sean pobres ó personas miserables, conforme á la ley del Ordenam. y l. 5. tít. 3. de esta Partida.

(153) Conc. d. l. únic. C. *quand. imp. int. pupill. et vid.* y añád. l. 20. tít. 23. y l. 5. tít. 3. de esta Partida.

(154) Añád. l. 2. C. *de divers. rescript.* y lo anotado allí por Cyn. Alberic. y Salic.; cap. *si de terra* 6. cap. *accedentibus* 15. *de privil.* y nótese confirmada por esta nuestra ley la especie de que si los que están exentos de pagar un tributo han seguido, no obstante, págandolo por algun tiempo, mientras no hayan transcurrido los treinta años, no les perjudicaran los pagos hechos para lo sucesivo, antes podrán reclamar la exencion en cuanto á las anualidades no devengadas ni satisfechas, aunque no puedan repetir lo que indebidamente hubieren pagado, segun la l. 2. y Glos. allí C. *de his qui sponte muner. sub.* l. 2. y Glos. y Bart. allí *de privil veter.* l. 12. y Cyn. y Salic. allí C. *de excus. tut.* sin que obste á lo dicho lo que se lee, en el cap. *cum accessissent, de constit.* y en la l. 2. C. *de jur. dom. imp.*, ó sea que los privilegios se pierden por un acto cualquiera que se haga contrario á los mismos; porque esto tan solo es aplicable á los privilegios concedidos con respecto á un acto momentáneo, no á los que se han otorgado respecto de un negocio

den fazer sin mandado del; assi como feria, o mercado; o si les mandasse que vendiessen alguna cosa que era ante vedada, o que sacassen alguna cosa del Reyno, que por vedamiento non osassen ante sacar; o si vsassen de vender por vna medida, e los otorgasse que vendiessen por otra; otras cosas qualesquier que fuessen destas maneras tales preuillejos como estos duran por siempre, si vsaren dellos fasta diez años (155) desde el dia que les fueron dados; mas si fasta este tiempo non vsaren dellas, dende adelante pierdense, e non deuen valer. Otrosi dezimos, que si alguno touiere preuillejo, e vsare del mal (156), asi como si passare a mas, o fiziere mas cosas, que en el preuillejo fueren dadas; tal preuillejo pierdese, e lo que por el fue dado: ca derecha cosa es, que los que vsaren mal de la gracia, o de la merced que los Reyes les fazen, que la pierdan.

que requiere muchos actos sucesivos, como en nuestra misma ley se indica, y V. sobre el particular á Alex. quien lo trata estensa y notablemente consil. 33. vol. 5. diciendo que el que, á pesar de la exencion de pagar tributos, ha seguido pagándolos, mas bien se debe presumir que lo ha hecho por el deseo de evitar pleitos, que con el ánimo de renunciar la exencion ó privilegio; y segun Abb. al cap *ad audientiam*, hácia el fin, *quod metus causa*, para presumir que no ha habido ánimo de renunciar basta cualquierá leve indicio. El mismo Alex. en d. consil. opina que el pagar, aunque sea por espacio de treinta años, una clase de tributos, no perjudica la exencion ó privilegio de no pagar los de otra clase, y V. tambien al mismo consil. 133., duda 4ª. vol. 2. y V. la l. próxima siguiente y lo anotado allí hácia el fin: todo lo cual es digno de tenerse presente y propio para resolver si es cierto ó no lo que dice Ang. á la l. 1. §. 1. D. *quand. appel. sit.* fundándose en el texto de la misma, á saber que si alguno, siendo exento de pagar tributos, ha sido no obstante continuado en los libros ó relaciones de los contribuyentes, y sabiéndolo no reclamare su esclusion, perderá por el mismo hecho su privilegio; cuya opinion es adoptada por Felin. á d. cap. *cum accessissent* col. 12. *de constit.* y la defiende de las impugnaciones de Jas. Franc. Bald., citando á varios, en su tratado *præscriptionum* fol. 39. col 2 y 3. Pero jamás he visto que dicha opinion se observase en la práctica; y añád. Jas. á d. l. 2. C. *de divers. rescript.* oponiéndose á la citada opinion de Ang. la l. 6. hácia el fin tít. 2. lib. 4. Ordenam. Real. ¿Pero á quién incumbirá la obligacion de probar el uso ó no uso del privilegio, cuando se discuta si aquél se ha perdido ó no por la prescripcion? Parece que al que alegare en favor de dicha prescripcion el no uso ó los hechos contrarios al privilegio, pues estos vendrán á ser el título ó fundamento de su accion; y por consiguiente deberá justificarlos contra el pivilegio el cuál es ya de por si una prueba de aquellas que se llaman *probatio probata*: y así efectivamente parece inferirse del texto de d. cap. *accedentibus*, donde dice *quód si in probatione defecerint* etc. *de privil.* y tambien de lo anotado por Abb. al cap. *porró*, d. tít. notab. 1.: de todos modos, empero, parece que lo dicho deberia entenderse, á menos que se tratase de un privilegio confirmatorio condicionalmente, como los de que se habla en la ley 27. de este tít. pues en tal caso, deberia el que lo alegase justificar la condicion.

(155) Conc. l. 1. D. *de nundin.* y l. 3. tít. 7. Partida 5. ¿Qué deberia, empero, decirse si el derecho de usar ciertas medidas de que habla aquí nuestra ley se hubiese adquirido por la prescripcion de diez años? ¿Se perderia entónces por el no uso y el curso de igual número de años? Así lo pretende Juan de Plat. á la l. 4. C. *de aquæduct.* pero no deja de ser un tanto dudoso porque no hay la misma razon respecto de los derechos adquiridos por la prescripcion y los que lo han sido por privilegio, sobre lo cuál V. á Inoc. al cap. *accedentibus*, hácia al fin, *de privil.* ya porque los primeros han sido radicados por el mismo uso, lo que no se verifica en los privilegios que han sido concedidos sin que se haya usado de ellos, ya tambien porque el que pretende haber adquirido un derecho por la prescripcion, es muy probable que habrá empezado á usar de él por razon de un privilegio, otramente no se le hubiera permitido que lo usase; pero todo esto merece reflexcion, y puede limitarse la regla aquí establecida en los términos en que lo hacen Felin. al cap. *cum accessissent.*, *de constit.* col. 10. y 11.

(156) Conc. cap. *privilegium* 11. quest. 3. l. 11. C. *de judœis* l. 3. C. *de aquœduct.* y V. cap. *recolentes* 3. *de statu monachor.* donde advierte Abb. notab. 2. que los privilegios concedidos á una órden religiosa por la austeridad de la vida que se hace en ella, se pierden cuando deja de observarse la regla primitiva: y añád. cap. *ubi ista* 7. dist. 74, de donde se infiere que si el que está exento de pagar tributos, pretendiese, alegando su privilegio, que no los pagen otros ó los bienes de estos, merece que se le prive de dicha exencion ó inmunidad, por el abuso que hace de ella, l., últ, y Juan de Plat. allí C. *de annon. et tribut.* y añád. l. 3. C. *de curios. et station.*; de la cuál infieren allí la Glos. y Juan de Plat. que pierden el privilegio del foro los escolares que no

LEY 43. *Quien faze contra su preuillejo como non deue, lo pierde.*

Pues començado auemos a fablar de los preuillejos, queremos aqui dezir otras cosas en esta ley por que deuen valer; e otrosi por quales cosas se pierden: e dezimos, que si Ricos omes, o Concejos, o otros fiziessen alguna postura entre si, que plega al Rey, e aquella postura les confirma por su preuillejo; tal preuillejo como este deue valer por siempre. Pero la primera vez (157) que ellos mismos fizieren contra el, pierdese, e non deue valer dende adelante, a aquellos que le quebrantaron. E sin esto deuen pechar al Rey la pena, que fuere puesta en aquel preuillejo. Otrosi dezimos, que si el Rey da preuillejo de donacion a alguno, e en aquella sazon en que fue dado non se tornaua en grand daño, e despues aquellos a quien lo el Rey dio, vsaren del en tal manera, que se torne en daño de muchos (158) comunalmente; tal preuillejo como este dezimos, que de la hora que començo a tornarse en daño de muchos, como diximos, que se pierde e non deue valer. Otrosi dezimos, que si alguno touiere preuillejo, quel aya dado el Rey sobre algunas cosas, e le demandaren en juyzio alguna dellas, e non se defiendere (159) por el razonando como tiene preuillejo sobre aquella cosa; si juyzio fuere dado contra el en aquel pleyto, e non se alçare del, pierdese el preuillejo por siempre, quanto en aquello (160) señaladamente sobre que fuere dado el juyzio.

LEY 44. *Quales Preuillejos valen, e quales non.*

Non deue ser creido el preuillejo, nin la carta plomada en que non fuesse el nome del Rey que la dio, e el dia (161), e el mes, e el año en que fue fecho, e quantos años ha que reyna (162) el Rey, que lo mando fazer; o que non fuesse sellado (163) de su sello, o firmado con el signo, que vsara fazer el Rey, de quien faze mencion el preuillejo (164). Otrosi dezimos, que si el preui-

viven honestamente ó cometen alguna otra falta contra la disciplina escolástica, lo que sin embargo, debe limitarse al caso en que hayan delinquido en alguna de aquellas cosas, por consideracion á las cuales se les ha concedido el privilegio, conforme á lo que se ha dicho respecto de las órdenes religiosas, las cuales si han obtenido alguna exencion ó inmunidad por razon del método de vida que observan sus individuos, dejando de observarse aquél, pierden los citados privilegios, mas no si dejan de cumplir la regla en otros puntos que no se hayan tenido en consideracion al concederles dichas exenciones. Así lo declara Anton. al cap. 1. *de lit. contest.* Bart. á la l. 18. §. 1. D. *solut. matr.* Socin. consil. 59. vol. 1. col. 2. Adviértase por último que lo que dispone nuestra ley aquí de perderse, por abusar de él, el privilegio concedido, debe entenderse tan solamente respecto de los que lo hayan sido contra el derecho comun, pues los que fueren conformes á él no se pierden por el mal uso; segun Juan de Plat. á quien puede verse d. l. 3.

(157) Conc. cap. *cum accessissent* 8. *de constit.* y l. 2. C. *de jur. domin. imp.* y l. 21. C. *de pact.*

(158) Conc. cap. *suggestum.* 9. *de decimis* y l. 43. D. *de vulg. et pupill.* y V. Glos. notable al cap. *rescripta.* 25. quest. 2. y l. 5. y Juan de Plat. allí C. *de dignit.* cap. *quando* 16. *de censibus*, con lo anotado por Abb. al cap. 1. *de consuet.* y por Juan Andr. al cap. *dilecti*, *de arbitr.* princ. pudiendo añadirse el texto notable de la l. 2. §. últ. D. *de aqua pluv. arcend.* y Paul. de Castr. allí *in summa.*

(159) Añád. l. 11. C. *de appell.* y l. últ. C. *de excusat veteran.* y lo anotado por la Glos. y DD. al cap. *cum ordinem* 6. *de rescript.* y l. 5. D. *de judic.*

(160) V. l. 12. C. *de excus. tut.* confirmándose por lo dispuesto aquí lo que se ha dicho en la nota 154. ó sea, el que el haber pagado un tributo el que estaba exento de hacerlo, aunque lo haya verificado en virtud de un fallo judicial y por no haber alegado el privilegio, no le perjudica en cuanto á la exencion de los demás, sino tan solo con respecto á aquel sobre el cuál ha recaido la sentencia. Y V. Alex. consil. 33. vol. 5.

(161) Nótese bien que nada se dice aquí sobre haber de espresarse el lugar en que se otorga el privilegio, de conformidad con lo anotado á la l. 2. de este mismo título, esto es, que la espresion del lugar no es requisito subtancial en las letras espedidas por el Rey, cuando no se protocolizan ó reducen á escritura pública con autorizacion de escribano. Y sobre si es ó no sustancial la espresion de dia en las letras que se espiden judicialmente, V. á Andr. de Iser. *de prohibit fend. alienat. per Lothar.* cap. *quoniam*

(162) Así se observaba en los privilegios. En el dia, empero, no está esto en uso.

(163) El sello del Rey en las letras espedidas por el mismo es requisito muy sustancial, como se declara aqui, y V. Aud. de Iser. *de prohib. fend. alien. per Lothar.* cap. *quoniam.*

(164) Mas no se requiere que firmen los testigos, como se ve por esta nuestra ley, y lo declara Andr. de Iser. á d. cap. *quoniam*, *de prohibit alienat. fend. per lothar.*

llejo desacordasse del curso (165), e de la manera, en que costumbran a fazer los otros preuillejos que solia dar aquel Rey mismo, que non deue ser creydo. E aun dezimos que non deue ser creydo, si fuere raso (166), o sopuntado (167) en lugar sospechoso, o si fuere roto, o tajado, segun de suso mostramos (168). E mas aun dezimos, que el traslado (169) de ningun preuillejo non deue ser creydo. Fueras ende si lo otorgasse el Rey, e lo mandasse sellar de su sello.

LEY 45. *Quales cartas son generales.*

Generales son llamadas las cartas que comprehenden muchas cosas, non señalando ninguna; asi como las cartas en que dize: A todos los que esta carta vieren; o en las que dize: Mandovos que recabdedes, o emplazedes, o fagades tal cosa; señalando a todos aquellos, que tal fecho fizieron; o los que vos dixere este, que lleua la carta. E otrosi las cartas que el Rey embiasse por si en esta manera misma, sobre alguna cosa que acaesciesse. E demas dezimos aun, que si carta fuesse embiada, en nome señaladamente a alguno sobre alguna razon, e despues la boluiesse con otras muchas; asi como si querellasse: Fulan me fizo este tuerto, e otros muchos; o si dixesse: Demando tal cosa, e otras muchas; tales cartas como estas, maguer nome en ellas personas señaladas, o cosas ciertas, porque las buelue (170) con otras muchas tornase a ser en aquella manera que las otras que cabo prenden mucho: e todas estas cartas sobredichas en esta ley, han nome, Generales, porque cabo prenden en si muchas cosas.

LEY 46. *Quantos omes pueden traer a pleyto por la Carta general del Rey, sin los que son y nombrados.*

Los entendimientos de los hombres son departidos en muchas maneras, assi como diximos en el comienço deste libro. E porende algunos y ha, que quieren vsar en las cosas, mas segun voluntad, que por derecho: onde Nos, temiendo que alguno querria sacar entendimiento de la ley ante desta, por ganar cartas con engaño, por fazer mal a otros con ellas; queremos mostrar todos estos engaños, como se deuen entender, e como non deuen valer. E dezimos, que si alguno ganare carta contra otros, en que diga: Fulan se me querello de Fulan, e de otros muchos; queriendo por esta palabra aduzir muchos a pleyto por fazerles daño, mandamos que por tal carta como esta non puede aduzir, nin llamar a pleyto mas de quatro omes (171). Fueras ende, aque-

(165) Añád. l. últ. C. *de aquæduct.* cap. *quam gravi* 6. *de crimin falsi.* cap. *ad nostram.* 5. *de confirm. util. vel int.* cap. *causam quæ, de testib.* y Glos. allí, cap. *quod super his* 7. *de fid. instrum.* y Abb. al cap. 1. *ut lit. pendent* notable últ.

(166) Conc. cap. *ex litteris* 3. *de fid instrum.* y l. últ. C. *de edict. Div. Adrian. toll.* l. 12. C. *de testam.* cap. *cum venerabilis* 7. *de relig. dom.* y en órden á cual sea la raedura que se considerará sospechosa, V. l. 111. de este mismo tít. y la Glos. á d. cap. *accepimus, de fid. instrum.* con lo anotado por Bart. á la l. 1, §. 11. D. *de bon. posess. secund. tabul.* donde espresa que se da fe al notario cuando declara ser él mismo quien ha cancelado ó raido el documento, lo cual, empero, segun Bald. á d. l. 12 debe entenderse para el caso en que el escribano haya hecho la espresada declaracion en el cuerpo mismo de la escritura ó documento; mas no para el en que se leyese semejante declaracion en el margen ú otramente fuera de la escritura pues entónces de nada servirá: y lo propio opina Abb. en las instrucciones que da sobre el particular á los escribanos, despues de la Glos á d. cap. *cum venerabilis*, hácia el fin; pero, no obstante lo dicho, debe advertirse que la referida declaracion del escribano no seria necesaria, cuando por los mismos antecedentes y subsiguientes de la escritura pudiese venirse en exacto conocimiento de las palabras canceladas ó raidas, segun la Glos. y Abb. allí: Bart. á d. §. 11. y V. l. 111; de este tít. con lo anotado á la l. 2. tít. 14. Part. 6.ª

(167) V. d. l. 111. de este tít.

(168) V. d. l. 111.

(169) Conc. l. 3. C. *de divers. rescript.* y añád. cap. *contra morem,* dist. 100, y lo que dice Decio consil. 152 hácia el fin

(170) Conc. con esta nuestra ley el cap. 2. *de rescrip.* siendo de notar por lo dispuesto en ella que el hacerse mencion en un documento de una cosa especial entre otras muchas generales no hace que no deba aquel calificarse de general; sobre lo cual V. lo anotado por Juan Andr. adiciones al Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. *nunc. videndum,* vers. *quid si venditor* donde trata del vendedor que para denunciar el vicio del caballo que vende se valiere de circunloquios y palabras generales; y respecto de lo mismo V. tambien á Bald. á la l. 4. col 4. *de ædil. act.* citando á Abb. al cap. *injustum, de rerum permut.* siendo de notar que está reprobado el que se use de locuciones afectadas y oscuras, cap. *neque artificioso* 22. quest 2. y añád. Alex. consil. 14 y consil. 75. vol. 5.

(171) Esta ley trae origen del cap. *sedes* 15 *de rescript.* y conc. lo dispuesto aquí con el cap. *cum inmultis,* 2. de d. tít.

llosque señaladamente nombrare en la carta por sus nomes. E aun dezimos, que en estos quatro omes que diximos, que non nombro señaladamente en la carta, que non deue, nin puede llamar a tales, que sean mas poderosos (172) omes, nin mas honrrados, que aquellos que nombro; mas que sean atales, o menores, como aquellos de quien fizo la querella señaladamente, en poder, e en honrra. Ca si de otra guisa fuesse, vn ome pobre, o vil podria llamar tales omes e tan honrrados, que trayendolos en pleyto, que les faria perder lo que ouiessen, o gran parte dello, por tal engaño como diximos. E aun dezimos mas: que si aquel que ganasse la carta general, assi como de suso auemos dicho, en que nombrasse señaladamente en la carta a algunos, si despues quisiere demandar a los que non nombro señaladamente, ante que aquellos otros (173), el Alcalde, o aquel a quien fue embiada la carta, non la deue oyr. Ca bien semeja, que lo faze con engaño. Fueras ende, si aquel o aquellos que nombrara fuessen muertos, o mal enfermos, o ydos en seruicio del Rey, o de otro su Señor, o en mensageria de su Concejo, o en romeria, por que non les pudiesse demandar antes a aquellos, que a los otros. E maguer diximos de suso, que el que ganasse tal carta, que non podia llamar mas de quatro sin los que fuessen nombrados señaladamente en ella; pero si demanda fuere de pleyto que tanga a muchos, pues la razon una es, e vn razonador (*i*) en demandar por ella a todos, dezimos que se puede demandar como a vno (174), e non se pueden escusar por dezir que son mas de quatro.

LEY 41. *Por que razones ha poder de judgar, aquel a quien embia el Rey Carta sobre pleyto señalado, mas omes, o mas cosas que non dize en ella.*

De las otras cartas que son dadas sobre cosas señaladas, e ciertas, queremos dezir, e fazer entender por esta ley, en que manera son, e como non deuen valer los engaños, que fueren fechos por ellas. E esto fazemos, porque los omes se sepan guardar de non recebir daño engañosamente. E dezimos assi: que carta señalada es aquella en que nombra ciertas personas por sus nomes, assi

(*i*) an á dar por ella Acad.

(172) Cap. *sedes* 15 *de rescript.* y como acerca de lo dispuesto aquí ó sea para determinar la diversa calidad ó categoria de las personas, no puedan sentarse doctrinas ó principios ciertos, es forzoso que se deje aquella calificacion al arbitrio del juez, segun Specul tít. *de rescript. præsent* §. *ratione autem causæ,* donde sobre lo dicho propone muchas cuestiones que pueden verse y tambien á Juan Andr. en sus adiciones allí: viniendo á declararse por esta nuestra ley, que cuando se usa la palabra *otros* se entiende hablar de *otros de igual condicion o categoría:* y acerca de la fuerza que tendria la citada espresion modificada: *otros cualesquiera,* V. á Jason á la l. 38. §. 1. col. 4. D. *de verbor. oblig.* pudiendo, verse además sobre lo mismo, lo anotado por Bart. á la autent. *demand. Principum* y Jas. á la l. 27. princ. D. *de pactis* Alex. consil. 204. hácia el fin col. 1. vol. 2. consil 76. col. 2. vol. 4. y consil. 87. col. 2. vol. 5. y Bart. á la *Novell.* 60. *collat.* 3.

(173) Conc. cap. *sedes* 15. *de rescript.*

(174) De lo dispuesto aquí se infiere que aunque litigue una corporacion ó muchas personas, no pagan mas derechos [*sportulas*] que los que pagaria una sola, lo cual se confirma al parecer por el texto de la *Novell.* 123. cap. 28. versic. *si vero pro una collat.* 9. y l. 22. D. *de fidejussor.* en la cual se declara que toda universidad ó corporacion sea considerada como una sola persona. Al contrario, empero, la l. últ. §. 2. C. *de re milit.* previene que cuando se demanda á una corporacion se duplican los derechos, bien que en el espresado texto se habla de las universidades ó cuerpos militares, y aquella disposicion pretende Juan de Plat. allí que es especial y esclusiva para los mismos; lo cual no creo que sea así, ni se observa tampoco en la práctica, sino que en general todas las universidades, aunque no sean militares pagan mas crecidos derechos, ó siempre que son muchas las personas que litigan, ya sea como actoras, ya como á convenidas.—*En el artículo 613. de los aranceles vigentes promulgados en 2. Mayo 1845 se previene que en ningun caso, ni por la calidad de las personas, ni por la de los negocios se exijan derechos dobles, y que para la exaccion de los mismos no se atienda nunca al número de las personas que litigan, sino al de las partes, entendiéndose por una sola todos los que litigan bajo un solo contesto; y que los derechos se perciban siempre distribuidos entre las partes, con las limitaciones siguientes: 1.ª cuando el número de dichas partes esceda de tres, en cuyo caso se ha de distribuir entre todas las que litigan la suma á que ascienden los derechos correspondientes á las tres; (art. 94) 2.ª que para graduar el número de los litigantes en los pleitos civiles y querellas por meras injurias serán considerados como una sola parte, aunque sean dos ó mas los que litiguen, en un mismo escrito y sostengan el mismo derecho; pero no si sostienen derechos distintos, aunque litiguen uni-

como si dixesse, tal ome, o tal muger. E otrosi aquella en que nombra ciertas cosas, assi como tal viña, o tal casa, o tal heredad, o otras cosas semejantes destas que fuessen rayz. Esso mismo dezimos en las cosas que son muebles; assi como si dixesse, tal cauallo, o tanto ganado, o tantos marauedis, o algunas otras cosas que son desta manera; non boluiendo en la carta alguna de las palabras que comprenden muchas cosas, assi como diximos en las otras leyes ante desta: mas dezimos, que por tal carta como esta non puede judgar aquel a quien fuesse embiada, mas omes (175), nin mas cosas, de quanto dixere en la carta señaladamente. Fueras ende en estas dos cosas, que se fazen como por engaño. E la vna es, quando aquel contra quien ganan la carta, enagena la cosa sobre que es ganada, a otri, por fazer embargo a aquel que gano la carta contra el. E porende dezimos, que aquel a quien es embiada tal carta, que deue fazer responder a aquel que por tal engaño recibio la cosa (176), tambien como faria al otro contra quien fue ganada la carta; maguer que non faga enmiente en ella de aquel que la cosa tiene. La otra razon es, si aquella cosa sobre que fue ganada la carta, fuere cambiada (177) por otra, e el demandador la quisiere demandar. Dezimos otrosi, que aquel a quien fuere embiada la carta, que tambien puede judgar sobre aquella cosa por que fue cambiada, como faria sobre aquella misma, por que fue la carta ganada: e dezimos, que aquel a quien fuere embiada tal carta, que puede judgar a todos estos sobredichos, tambien a aquel contra quien fue ganada la carta, como aquel que touiere la cosa enagenada, o cambiada, e a todos los otros que le forçassen, o le embargassen tal cosa como esta. E puede otrosi judgar las rentas, e los frutos(178) que saliessen de tales cosas como estas. E dezimos otrosi, que puede apremiar (179) los testigos que las partes nombraren, que vengan a dezir la verdad ante el, assi como dize en el Titulo de los Testigos. E demas dezimos, que tal

dos: y en las causas criminales, si seis ó mas reos hasta el número de ocho inclusive, se defienden bajo un mismo escrito serán considerados como dos partes; y como tres, siempre que pasen de ocho. (art. 95).

(175) Conc. cap. P. et G. 40. *de offic. de leg*, cap. *cum olim*. 33. d. tít. y añád. l. 20. tít. 4. de esta Part. Y por consentimiento de las partes ¿podrá prorogarse la jurisdiccion á otras cosas, á otras personas, á otro lugar, á mas tiempo, á otra causa ó á un caso particular distinto del que se hubiese espresado en la delegacion? V. lo anotado por Abb. á d. cap. P *et* G. y por Bald. á la l. 7. C. *de episcop. aud.* Y cuando se tiene la jurisdiccion limitada ¿podrá esta prorogarse? V. Bald. repetit. á l. 1. col. 8. y 9. C. *emancip. liber.* y téngase presente lo que el mismo dice á la l. 5. C. *quand. provoc. non est. necess.* esto es, que donde se acostumbra ó está coumunmente establecido por los estatutos que los Jueces de las villas no tengan jurisdiccion mas que sobre ciertos y determinados negocios, y que de los demás pueda conocer tan solo el Juez superior, no puede aquella jurisdiccion ser prorogada, porque habiéndose concedido á unos para ciertas causas y á otros para otras, se entiende denegada á cada uno toda la que se ha concedido á los demás. ¿Podrá, empero, prorogarse de negocio á negocio la potestad de aquel que no tiene jurisdiccion, sino un especial ministerio, como sucede en el caso de que se habla en el cap. *super quæstionum* 27. §. *verum, de offic. deleg.* ? V. Abb. allí; y al mismo al cap. *novit.* col. 2. d. tít. donde trata de si deberá entenderse que ha espirado la jurisdiccion prorogada en la persona de un delegado, por el hecho y en el momento de espirar la jurisdiccion que tenia en virtud de la delegacion para conocer de la causa ó negocio que se le habia cometido.

(176) Conc. l. únic. C. *de alien. jud. mut. caus. fact.* y mas espresamente el cap. 1. d. tít. en las Decretales.

(177) Conc. d. cap. 1. y d. l. únic. lo cuál debe entenderse respecto de la permuta que se hubiere hecho despues de impetrado el rescripto; en cuyo caso tiene lugar la próroga de jurisdiccion aun contra la voluntad de la parte, en pena del dolo por la misma cometido, segun la Glos. allí.

(178) Así, pues, se estiende la jurisdiccion delegada á los accesorios de la cosa sobre que se ha dado comision; lo cuál debe entenderse tambien con los frutos percibidos antes de contestarse el pleito, pues por lo que hace á los percibidos despues todavía puede haber menos dificultad, segun la l. 25. §. 8. D. *de ædil. edict.* y con lo dispuesto aquí queda confirmada la opinion de Inoc. al cap. *cum olim Abbas, de offic. deleg.* donde dice que si en el rescripto se ha espresado, por ej., que Ticio habia puesto demanda diciendo que otro le habia injuriado en tal fundo ó sobre tal fundo; en tal caso, podrá pedir los frutos percibidos antes de contestar el pleito por medio de la *condictio sine causa* y lo propio sostiene Abb. allí, col. 2.

(179) Puede, pues, el delegado hacer todos aquellos actos, sin los cuales no podria espedirse el negocio que se le ha cometido, cap. 1. cap. *præterea* 5. y cap. *ex litteris* 29. *de offic. deleg*, l. 2. D. *de jurisd. omn. jud.*

pleyto como este non lo puede otro ninguno judgar (180), si non aquel a quien lo mando el Rey por su carta. Fueras ende, si despues lo mandasse a otro judgar por su palabra, o por su carta misma, non queriendo (181) que aquel primero lo judgasse, o entendiendo que lo non podia judgar, o non deuia. Empero si el Rey embiasse su carta al Juez de algun lugar, o a otro ome que tuuiesse algund oficio señalado, que judgasse tal pleyto, e en la carta non fuesse puesto señaladamente el nome de aquel (182) a quien la embia, si aquel a quien fuesse embiada tal carta muriesse, bien puede judgar tal pleyto otro Juez que entrasse en su lugar. Mas si en la carta dixesse el nome de aquel a quien fue primeramente embiada, non lo puede otro ninguno judgar, si non aquel a quien lo el Rey mandare señaladamente por su carta, o por su palabra.

LEY 48. *Por quales Cartas del Rey reciben poder de judgar aquellos a quien son embiadas, e quales son foreras.*

Por quales cartas se entiende que reciben poder señaladamente de judgar aquellos a quien son embiadas, queremoslo mostrar por esta ley. E dezimos assi: que aquel aquien embia el Rey carta en que le manda que faga auer derecho a algund ome, o a alguna muger, o en que le manda fazer alguna otra cosa, e le embia dezir en ella: si

(180) Véaseaquí confirmada la doctrina de Inoc. al cap. *cum M. Ferrariensis,* hácia el fin, *de constit.* á saber, la de que, cuando vierte una causa ante el de legado del Príncipe, ningun otro Juez puede entrometerse en ella; porque se considera que el mismo Príncipe delegante ha querido reservarse su conocimiento, cuya opinion insiguiendo Bald. al cap. *si facta, si de fend. fuer. controv. int. domin. et agnat.* dice que si el Papa ha concedido á alguno un feudo y le ha dado ejecutores, ni aun en ausencia de estos puede el Juez ordinario conocer de lo perteneciente al mismo feudo; y tampoco puede conocer de la nulidad de lo obrado por el delegado, sino que siempre vuelve la jurisdiccion al mismo Príncipe de quien ha emanado, y á quien compete el proseguir y llevar á cabo su comision, segun Bald. despues de Archid. al §. últ. col. 3. *de pac. jur. firm.* y lo propio debe decirse en el caso de morir el delegado, segun Bald. citando tambien á Archid. á la l. 4. col. 3. *quom. et quand. jud.* debiendo decirse por punto general que desde el momento de haber vertido una causa en la Córte ó tribunal del Rey, ya no puede pasar á otro, á menos que el Príncipe delege la jurisdiccion ó remita aquel negocio á un juez ordinario, lo que, segun Bald. allí es muy digno de notarse; y añád. que debe esceptuarse de ello el caso especial de que habla en el cap. *significavit.* 6. y Abb. allí *de offic. ordin.* Sobre si el ordinario puede apremiar y castigar al delegado que se deniege á desempeñar su comision, V. á Abb. al cap. *prudentiam* §. 1. hácia el fin *de offic. deleg.* donde opina por la afirmativa; y V. tambien la Glos. allí.

(181) Pues el juicio se disuelve y acaba por la prohibicion de aquel que habia dado el poder de juzgar, l. 58. D. *de judic.* l. 21. tít. 4. de esta Part. y V. lo anotado allí.

(182) Conc. cap. *quoniam Abbas* 14. *de offic. deleg* Pero ¿qué deberia decirse cuando en el rescripto se hubiese designado al delegado no solamente por su nombre, sino tambien por el oficio que estaba ejerciendo? Bald. á la l. 8. C. *de fideic. libert.* opina que en este caso deberia atenderse á la dignidad ú oficio. Mas Abb. á d. cap. procede con distincion y opina que, ó bien el delegante tenia noticia de la persona y antes de espresar su dignidad, la ha designado por su nombre, en cuyo caso se entiende la delegacion hecha por consideracion á la persona; ó bien no tenia noticia alguna acerca de la persona y entónces parece que la habrá comisionado por consideracion á su dignidad: y del mismo parecer es Bart. á la l. 21. D. *de stipul. servor,* y Paul. de Castr. á la l. penúlt. D. *de reb. dub.* donde espresa que se entenderá hecha la comision por consideraciones personales, cuando recayere en un sugeto conocido del Príncipe: V. tambien á Bald. á la l. 8. §. 1. D. *de vulg. et pupill.* y de todos modos para decidir la duda que puede haber en casos semejantes es necesario atender á muchas conjeturas ó presunciones que pueden dar á conocer la voluntad del delegante, sobre lo cuál V. á Abb. á d. cap. *quoniam.* col. 3 y 4. donde, citando á otros modernos, trata varias cuestiones sobre la materia. Y cuando el Rey delegare la jurisdiccion á alguno designándolo por su dignidad ú oficio, ¿podrá ejercer dicha jurisdiccion el lugar teniente del delegado? V. Juan Plat. á la l. 4. C. *de agent. in reb.* donde opina por la negativa. Y habiéndo muerto un Abad á quien se concedió facultad de enfeudar un predio, sin haberlo verificado, podrá hacer uso de aquella facultad el sucesor de dicho Abad difunto? V. Bald. versic. *Marchio*, *de his qui feud. dare poss.* donde trata tambien del compromiso otorgado á favor de un Prelado; y sostiene que no debe entenderse transferido al sucesor en la prelacía; cuya opinion aprueba Bart. á d. §. 1. y el mismo Bald. lugar citado espresa que ni aun el compromiso otorgado á favor del Rey se entiende transferido á los sucesores de este, añadiendo haberlo así aconsejado en la causa del conde de Saboya en la que se trataba de cuarenta y cuatro

assi es (183); que por esta palabra se entiende que le da el Rey poder, que conociendo del pleyto, si es assi, o non, que lo pueda judgar. Esso mismo dezimos, si dixere en la carta, que faga llamar las partes, e que oya sus razones, e que los libre (184), e que los judgue por fuero, e derecho. O si dixere en la carta, que si fallare que es verdad aquella querella que le fizieron, que faga, o cumpla aquello que en la carta dize. Onde dezimos, que si estas palabras fueren puestas en las cartas, o otras semejantes dellas que dan poder a aquellos que son embiadas, de judgar entre aquellos omes por aquellas cosas sobre que los embian, e por esso son llamadas foreras. Otrosi cartas foreras (185) dezimos que son aquellas que el Rey da, o alguno de áquellos que han poder de las mandar dar en su Corte por el, en que dize, que fagan, e cumplan alguna cosa de las que mandan las leyes deste nuestro libro, o en el fuero de aquel lugar, o fuere embiada la carta.

LEY 49. *De quantas maneras son las Cartas de gracia.*

De gracia y ha otras cartas, que dan los Reyes, e los otros Señores que por razon de su poderio las pueden dar. E estas se dan por alguna destas tres razones. La primera, por pro que ende nace. La segunda, porque acaecen cosas, por que ha menester que sean dadas; e si assi non fuesse, que se podria tornar en daño. La tercera, por merecimiento de seruicio que aya alguno fecho, o por bondad que aya en si. E dezimos, que las cartas de gracia que son dadas por pro, son en estas maneras; assi como aquellas que dan de quitamiento de pecho, o de portadgo, a los que pueblan algun lugar (186), o fazen algunas lauores de Villas, o de castillos, o de puentes, o de otros lugares, que sean a pro de la tierra. E otrosi aquellas que son dadas de quitamiento de pecho, a los que recibieron algun daño, assi como por guerra (187), o por tempestad, que los tollio sus

castillos feudales del Imperio.

(183) Lo dispuesto aquí trae su orígen de lo anotado por Inoc. al cap. *dudum, de præsumpt.* y por la Glos. á la Clement. 1. *de offic. deleg.* vers. *repererint.* ¿Qué deberia, empero, decirse en el caso de haberse delegado no el conocimiento de un negocio, sino una simple ejecucion, si ante el Juez comisionado se ecepcionaba contra ella diciendo que al Príncipe se le habia ocultado la verdad? ¿Podria conocer de esto el delegado? En la l. 4. C. *si contra jus vel utilit. publ.* se declara que podria, con tal que el negocio no hubiese sido discutido ni prejuzgado por sentencia; pues, no siendo así, por medio de la delegacion parece tambien haberse cometido el conocimiento. Pero no deja de ser bastante singular la especie referida, segun los DD. y Jas. allí, espresando este no saber lo que sucederia en otros casos: y añádase la l. 52. de este tít. la que puede verse.

(184) Parece poderse inferir de esto que cuando á alguno se le hubiere delegado la jurisdiccion para conocer de un negocio no podrá fallarlo ni proferir sentencia en méritos del mismo, sino que deberá limitarse á conocer de él; en cuyo concepto estaria confirmada por nuestra ley aquí la opinion de la Glos. á la l. 57. D. *de procurat.* bien que sostiene la contraria Specul. tít. *de judic. deleg.* §. *sequitur* col. 4. versic. *et nota* V. Abb. al cap. *cum super* col. 3. *de caus. poss. et propiet.* y Bart. á la l. 15. D. *de re judic.* col. 2. y Ang. á d. l. 57.

(185) Así han sido llamadas, por contenerse en ellas lo relativo á los juicios y á la administracion de justicia, cap. *forus* 10. *de verbor. signif.* l. 7. tít. 2. Part. 1. y añád. que se llaman tambien instrumentos forenses todos los que proceden de espedientes judiciales, bien sean estos de jurisdiccion contenciosa ó voluntaria, l. 20. C. *de judic.* Ang. á la l. 1. §. 2. D. *de edend.*

(186) Semejantes gracias concedidas á los que pueblan algun territorio vienen á constituir un verdadero contrato y son irrevocables segun Bart. á la l. 9. col. 10. D. *de just. et jur.* y l. 5. D. *de decret. ab ord. fac.* Esto no obstante, como elegantemente observa Alex. consil. 216. vol. 2. vers. *neque arguendi sumus* pueden las referidas gracias ser derogadas cuando haya para ello justa causa y aunque la revocacion ceda en grave perjuicio de los súbditos agraciados; lo cuál, empero, creeria deber limitarse al caso en que así lo exigiese la pública utilidad, y aun entónces debiendo preceder la indemnizacion de los perjuicios, segun se previene para semejantes casos en la l. 31. de este tít. y V. lo allí anotado. Mas, ¿gozarán de semejantes inmunidades ó privilegios concedidos á los pobladores de algun lugar, los que, habiendo sido originariamente ciudadanos del mismo, y habiéndose trasladado á otro punto, se restituyan despues al primero? Alberic. opina por la afirmativa, á la l. 13. §. últ. D. *de bonor. possess. contr. tab.* y al contrario Bart. allí mismo: pero creeria que es mas verdadera la opinion de Alberic. sobre lo cuál V. Alex. consilio 54. vol. 4. Y ¿qué deberia decirse, cuando se tratase de un privilegio adquirido por costumbre ó prescripcion? V. Juan Andr. adicion al Specul. tít. *de sensib.* §. *nunc dicendum* col. 4. vers. *lex secunda.*

(187) Y particularmente á los que han prestado servicios al Príncipe en la guerra, l. 1. §. 2.

frutos, o los otros bienes que han, o aquellos que reciben algunas ocasiones en sus cuerpos (188), porque el Rey les faze otrosi merced, en quitarlos de pecho, o les faze otra gracia señaladamente. E otrosi aquellas que son dadas quando perdona el Rey a algunos malfechores, *(f)* o algunos yrados, por recebir dellos grandes seruicios (189), que sean a pro del, e del Reyno.

LEY 50. *De las Cartas de graçia que da el Rey, porque non venga daño a su tierra.*

Otra gracia y ha que pueden fazer los Reyes por sus cartas, quando acaescen cosas, por que conuiene que la fagan. E si non la fiziessen, que se podria tornar en daño (190), assi como si ouiesse echado de la tierra a algunos, e ouiesse a auer tal *(g)* guerra por que los ouiesse a coger; o touiesse presos a algunos malfechores, e los ouiesse a soltar por esta razon misma; o perdonasse a otros que ouiessen fecho alguna cosa por que mereciessen pena en los cuerpos, e en los aueres; o si deuiesse el Rey debda a algunos defuera del Reyno, e les fiziesse gracia que sacassen del Reyno algunas de las cosas vedadas, porque non acaesciessen prendas, o otras cosas que fuessen a daño de los del Reyno. E en estas cosas les puede el Rey fazer gracia, quando quisiere, e en otras semejantes dellas, guardando que non pudiesse venir porende gran daño (191) a el, nin a los del Reyno.

LEY 51. *De las Cartas de gracia que da el Rey por bondad, o por merecimiento.*

Fermosa gracia es la que el Rey faze por merecimiento de seruicio (192) que aya alguno fecho, o por bondad que aya en si, aquel aquien la gracia faze. Por merecimiento de seruicio, assi como si *(h)* casa al Rey (193), o alguno de sus fijos, o acorriesse al Rey (194), o al Reyno en tiempo de guerra, o en otra sazon que lo auiessen menester, o en alguna de las maneras que diximos en el libro segundo que fabla de las Huestes; o le ouiesse otro seruicio fecho señalado, por que el Rey lo ouiesse a fazer gualardon de gracia, assi como en heredamiento, o en franqueza, quitandole algunas cosas, que era tenudo de dar, o de fazer al Rey, o otorgandole otras honrras señaladas por fazerle gracia, dandole poder sobre algunas tierras (195), o sobre algunas Villas, o dandole algun lugar en su Corte de que ouiesse honrra, e pro; otrosi acogiendole si le ouiere echado, o perdonandole por seruicio que le ouiesse fecho,

(f) o airados Acad.
(g) gracia Acad. e hobiese a fazer tal gracia Tol. 1.
(h) criase Acad.

D. *de const. princ.* vers. *vel obmeritum indulsit*; y tambien pueden otorgarse las gracias ó privilegios, de que se habla aquí, por mera piedad, *Novell.* 7. cap. 2. §. 1. *collat.* 2. y añád. l. 4. §§. 1. y 2. D. *de numer et honor.* V. 2. *Esdre* cap. 5 hácia el fin.

(188) La enfermedad no escusa legalmente de prestar las cargas patrimoniales, ni las mistas, segun la l. 11. D. *de vac. muner.* y l. 2. §. 7. vers. *corporis debilitas* d. tít. pero si escusará, siendo muy grave, de las meramente personales que consisten, no en dar consejo, sino en ejercer actos de personal administracion, l. 1. y siguientes C. *qui morb. se excus.* d. vers. *corporis debilitas.* y §. 6. d. l. 2.

(189) Conc. *de pace Constant.* princ. vers. *Servitia quæ nos credimus recepturos;* y añád. l. 5. §. últ. D. *de re milit.*

(190) Pues cuando son muchos los que han delinquido, aunque dignos de castigo, á veces se les tolera por necesidad, ó por conveniencia, atendidas las circunstancias del tiempo, §. *nisi rigor,* 1. q. 7. cap. *necesaria*, cap. *dispensationes*, cap. *didici* de dd. caus. y quest. y para evitar mayor escándalo se perdona á la muchedumbre delincuente. 50. dist. cap. *ut constitueretur* 25. cap. *commensationes* 44. dist. cap. *latores* 4. y Glos. allí *de cleric. excomm. depos. minist.*

(191) Añád. l. 43. de este tít. y añád. lo anotado por Juan Andr. al cap. últ. *pervenit.* col. últ. *de imm. ecles.*

(192) Bella es la disposicion contenida en esta ley, y con razon se califica, en la misma, de hermosa gracia la que se conede en recompensa de servicios prestados; en cuyo caso no se entiende la concesion otorgada contra el derecho comun, sino mas bien conforme al mismo, segun la l. 14. y Bart. y Paul. de Castr. allí C. *de sacros. ecles.* cap. *relatum* 12. cap. *cum in officiis* 7. *de testam.* por lo que la presente ley como favorable debe interpretarse siempre latísimamente: y las gracias de que se habla en ella han de considerarse, en caso de duda, mas bien reales, que personales, como elegantemente observa Socin. consil. 84. vol. 3.

(193) Nótese el egemplo que pone aquí la ley; el cuál deberá entenderse en el caso de haber sido el matrimonio útil al Rey ó al Estado, véas. Socin, cons. 4. vol. 3. col. 3.

(194) Añád. el bello texto de la l. 15. §. 1. D. *de manum. vindicata* vers. *Veluti*, *quod dominum in prælio adjuvaverit* etc.

u otros seruicios que le podria fazer semejantes destos, o de otra manera, por que mereciesse alguna gracia del Rey. Otrosi dezimos, que por bondad (196) que falle el Rey en el ome, que le puede fazer gracia, assi como sil fallare leal, o sesudo, o de buen consejo, o buen Cauallero de armas, o por otras bondades que aya en el, por que el Rey le aya a fazer gracia a el, o a otros algunos por el. Ca tal gracia como esta puedela el Rey fazer a estos, que diximos que la merecen por bondad, e a los otros, que diximos de suso que lo merecen por seruicio que le ayan fecho.

LEY 42. *De las Cartas que deuen ser cumplidas sin pleyto e sin Juyzio.*

Quales cartas (197) deuen ser cumplidas sin pleyto, e sin juyzio ninguno, queremoslo aqui mostrar, e dezimos, que estas son aquellas en que manda el Rey a alguno fazer algun fecho señalado; assi como si le mandasse prender, o matar algun ome, o derribar torres, o otras Fortalezas, o fazer cumplir algun juyzio, o otro fecho señalado (198) quel mandasse fazer ciertamente, diziendo en la carta: Fazed tal cosa luego que esta carta vieredes. Onde dezimos, que aquel contra quien va la carta, non puede poner defension ninguna ante si, por que non cumpla aquello quel fue mandado por tal carta. Fueras ende, si pudiere mostrar que aquella carta es falsa (199), o si fuere carta en que mande cumplir algun juyzio, e podiere prouar que aquel juyzio fue dado por falsos testigos, o por falsas cartas (200). Empero aquel a quien fuere embiada tal carta, bien puede recibir pruenas sobre tales defensiones,

(195) Añád. la Glos. y Bald. á la l. 2. C. *de legib.* donde dicen que por los méritos y servicios de un particular puede un Príncipe donarle una ciudad y un castillo, y Bald. al princ. D. *de veter.* col. 6. —* V. art. 48. Constitucion de 1837.

(196) Deben dispensarse premios á los leales y beneméritos para que sirvan de ejemplo á los demás y les estimulen para obrar bien, l. 4. C. *de stat. et imag.* l. antepenúlt. hácia al fin D. *ad Sillan.* porque, segun el adagio vulgar, sin premio no hay virtud, véas. Juan de Plat. á la l. 1. C. *de consul.*

(197) Singular llama al contexto de esta ley Rodrigo Suarez, *repet.* á la l. 56 fol. 117. col. 2. *de re judic.*

(198) Refiérese, pues, lo que dispone esta ley al caso en que se haya dado mera comision de ejecutar alguna cosa, sin facultad para conocer, ll. 6. y 8. C. *de execut. rei judic.* y V. lo anotado por la Glos. al cap. *et si non cognitio* 25. quest. 2. por Inoc. al cap. *de cœtero, dere judic.* y Glos. al cap. *pastoralis* §. *quia vero, de offic. deleg.*; sin que obste á lo dispuesto aquí la l. 4. C. *si contra jus vel util. publ.* por hablarse en esta última de la delegacion ó comision para ejecutar en un negocio todavía no discutido, como cuando el Príncipe espresa en el rescripto: «Se me ha quejado fulano de que se le ha despojado violentamente; haced, pues, que se le restituya.» En este caso se sobreentiende dada la comision con la condicion de que en realidad haya habido el despojo, con lo cuál tácitamente viene comprendida y delegada la facultad de conocer. Así esplican la citada ley Bart. á la l. 15. princ. D. *de re judic.* y Salic. á d. l. 4. Cuando, empero, ya se ha debido conocer de la ejecucion y en este estado se dá comision para ejecutar, se llama entónces al delegado mero ejecutor, segun, citando á Bart. opinan todos los DD. al cap. *de cœtero, de re judic.* y V. al mismo Bart. á d. l. 15.

(199) Conc. l. 3. C. *si contra jus vel util. publ.* y es, segun esto, de advertir que tambien el mero ejecutor tiene facultad de conocer de la falsedad del rescripto ó despacho delegatorio, cuando aquella se opusiere.

(200) Lo mismo sostenia la Glos. al cap. *et si cognitio* 25. quest. 2. siendo de notar que, á tenor de la presente ley, aquél, á quien se ha comisionado para ejecutar una sentencia, no puede conocer de otra escepcion, mas que de la de haber sido aquella proferida en méritos de testigos ó documentos falsos: y en esta parte no se distingue entre las sentencias proferidas por algun juez inferior y las que lo sean por el Príncipe; de suerte que hasta contra estas últimas se debe admitir la referida escepcion; decidiéndose así la cuestion que propone Inoc. al cap. *de cœtero*, *de re judic.* Pero cuando se escepcionase la nulidad de una sentencia por otros motivos que el de falsedad, ¿podria conocer el mero ejecutor de semejantes escepciones? Así lo sostiene Abb. á d. cap. *de cœtero*, col. 4. con tal, empero, que la pretendida nulidad sea notoria; en cuyos términos, segun él, lo dispuesto en la presente ley, respecto de la escepcion de testigos ó documentos falsos, debe hacerse estensivo á otras escepciones semejantes; opinion que no deja de ser razonable y que ha sido adoptada por la Glos. á d. cap. *de cœtero* col. 1. conclusion 2.ª; y, cuya doctrina insiguiendo, el mismo Abb. allí pretende, además, que en las causas criminales puede aquél quien se haya comisionado para la ejecucion de la sentencia sobreseer en ella, cuando viere que es injusta, por tratarse entónces de evitar un daño que seria irreparable, ó cuando crea deber hacerlo por otra causa nuevamente sobrevenida, l. 30. D. *mandat.* —* V. lo anotado á las ll. 19. tít. 22. y l. 1. tít. 27. de esta Part.

e fazerlo saber al Rey (201) que mande y lo que touiere por bien; mas el non deue judgar sobre ellos, pues que la carta manda fazer cosa señalada, e non le da poder de judgar. E del fecho que fiziere aquel a quien fuere embiada la tal carta, non se puede ninguno alçar. Fueras ende, si passare a demas (202) de quanto por aquella carta le fue mandado.

LEY 53. *Que pena deue auer aquel que gana Car a de Corte del Rey con mentira.*

Non es sin razon, que ayan pena aquellos que ganan cartas de Casa del Rey, encubriendo la verdad, o diziendo mentira. Ca desto se leuantan muchos males: lo vno, que engañan a aquellos que dan las cartas, e fazenles errar en ellas; lo al, que fazen daño a aquellos contra quien son ganadas, faziendoles trabajar, e despender lo suyo sin derecho. E otrosi embargan, como non deuen, a aquellos a que lleuan las cartas, que las judguen; estoruandolos de otras cosas, que podrian librar con derecho, en quanto se detienen en sus rebueltas, e en sus mentiras. E porende mandamos (203) que qualquier que tal carta ganare, que peche los daños a aquel contra quien la gano, assi como los el otro recibio, e las costas dobladas. Mas si tal carta fuere ganada, para fazer justicia de alguno de muerte, o de lision, o para prenderle, o fazerle otra deshonrra, o otro daño en su cuerpo, o en lo suyo, e vsare della; mandamos que reciba otra tal pena (204) el que la gano, qual recibio, o deuiera recebir aquel contra quien fue ganada.

LEY 54. *Como deuen ser fechas las Notas, e las Cartas de los Escriuanos publicos.*

En toda carta que sea fecha por mano de Escriuano publico, deuen ser puestos los nomes de aquellos que la mandan fazer, e el pleyto sobre que fue fecha, en la manera que las partes lo ponen entre si, e los testigos (205) que se acer-

(201) Conc. d. cap. *de cœtero*, y la Glos. al cap. *et si non cognitio:* y véase como, segun esto, el mero ejecutor, aunque facultado para conocer de las escepciones de que se habla en esta ley, no lo está para fallar acerca de ellas, sino que debe remitir el negocio al Rey para su determinacion. Otraménte, como observa Bart. á d. l. 15. D. *de re judic.*, se seguiria el absurdo de que un juez inferior podria revocar la sentencia dictada por un superior.

(202) Añád. l. 4. D. *de appell.* y V. Bart. allí, donde esplica cuando se entenderá que el juez ejecutor se haya escedido; y añád. l. 5. C. *quor. appell. non. recip.* y cap. *novit.* 42. *de appell.*

(203) Concuerd. l. 5. C. *si contra jus vel util. publ.* y cap. 16. §. *et si legibus* 25. quest. 2. y Glos. allí, cuyos textos no son todavía tan esplicitos como el de la presente ley; siendo esta, por lo mismo, muy digna de notarse; aunque debe advertirse que lo dispuesto en ella es applicable tan solo á los que hayan impetrado letras ó rescriptos judiciales maliciosamente y con ánimo de vejar á sus adversarios.

(204) Apruébase con esto la doctrina que espone Bald. á d. l. 5. donde dice haber visto decapitar á un hombre por haber denunciado á otro con quien se hallaba enemistado, suponiendo que estaba condenado á muerte y continuado su nombre en el libro en que se escribian los que estaban los condenados á dicha pena; y prevaliendose de la circunstancia de haber efectivamente en aquel libro inscrito otro del mismo nombre que el calumniado; por cuyo medio habia estado la vida de este último en gran peligro. Pero, averiguado el caso, se mandó decapitar al calumniador en fuerza de lo dispuesto en d. l. 5. y justamente, porque el acusador malicioso merece la pena del talion, segun la l. últ. C. *de accusat.*; y lo propio establece la l. 1. D. *ad leg. Corn. de sicár.* contra los testigos que declaran falsamente en causas criminales: V. lo anotado á las ll. 26. tít. 11., y últ. tít. 16. de esta Part.

(205) Las escrituras, empero, que se otorgan en juicio, parece no ser necesario que esten tambien suscritas por dos testigos, segun la l. 31. C. *de donat*, y así, fundado en la misma ley, opina Bald. á la rubric. C. *de fid, instrum.* col. 2. á menos que sea costumbre el exigir la referida suscripcion de testigos, ó que se trate de un acto que, aunque otorgado en méritos del mismo juicio, sea un verdadero contrato, como los nombramientos de procurador que se hacen *apud acta*, añadiendo el mismo Bald. allí col. 2. y es digno de notarse que cuando un escribano libra copia de una escritura que tiene recibida en su poder y que obra en sus protocolos, tampoco es menester que suscriban la copia nuevos testigos, sino que basta la firma del propio escribano. Y en órden á lo dicho antes de no ser necesaria la suscripcion de testigos en los actos judiciales, V. Abb. al cap. *quoniam contra* col. 4. *de probat.* donde se espresa bellamente sobre el particular, y resuelve que no hay necesidad de tales firmas, sino en donde se haya hecho costumbre el ponerlas: aconseja, empero, que se pongan para evitar ulteriores dificultades, siempre que sea dudoso, y pueda promoverse cuestion sobre si existe ó no la referida costumbre. V. sobre lo mismo á Bald.

taron y, e el dia (206), e el mes, e la era (207), e el lugar (208) en que fue fecha: e quando todo esto ouiere escrito, deue dexar un poco de espacio en la carta, e dende ayuso fazer y su signo (209), e escreuir y su nome en esta manera: Yo Fulano, Escriuano publico de tal lugar, esta-

á la autentic. *sed novo jure*. C. *de reb. credit.* Juan de Plat. á la l. 22. C. *de agric. et censib.* y Bald. á la l. 6. col. 2. C. *de re judic.* y á la l. últ. d. tít. donde añade que todos los actos se consideran públicos cuando se han practicado ante un juez y escribano. Añádese á lo dicho que tampoco se requiere la suscripcion de los testigos en los privilegios del Papa, ni en las Bulas de los Obispos, Bald. á la l. 34. princ. C. *de donat.* y V. l. 44. de este tít. y Part. con lo anotado allí: Por lo demás, empero, y como pretende Socin. consil. 94. vol. 1. col. 4., debe respetarse tambien la costumbre, donde la haya, de no continuarse las firmas de los testigos, aun en aquellas escrituras, en las que, segun lo dispuesto en esta ley, seria necesario dicho requisito; y en órden á si es indispensable ó no la asistencia de aquellos en los actos judiciales que instruyan los jueces arbitros ó arbitradores, V. Alex. consil. 19. col. 3. vol. 4.

(206) Y en los tratados de paz y convenios de transaccion ú otros en cuya negociacion y arreglo se hayan empleado varios dias ó un mes, ¿cual será la fecha ó el dia que deberá continuarse? Parece que aquél en que hayan concluido las negociaciones y hayan quedado las partes definitivamente acordes; porque todo acto se considera verificado en el momento de su consumacion, Bald. á la l. 17. col. 3. C. *de fid. instrum*: siendo útil, además, el continuar en dichas escrituras la hora en que se han otorgado, segun Juan de Plat. á la l. 1. C. *de jur. fisc.* y á la l. 3. C. *de tab.* y sin que vicie el instrumento, el que por error se haya continuado un dia por otro, l. 29. D. *de regul. jur.* y Bart. allí y Bald. á la l. 2. C. *de fals. caus. adject. legat.* Mas si el escribano no ha espresado el dia, y afirma despues recordarlo ¿se dará crédito á su palabra, á pesar de no constar la fecha en la escritura? Bart. á d. l. 92. opina por la afirmativa; porque, dice, debe creerse á todo oficial ó persona pública en las cosas referentes á su oficio, sobre lo cuál V. á Socin. consil. 98. col. 6. vol. 3. con todo si el escribano se hubiere equivocado en la fecha, no podrá despues enmendarla, á menos que conste la equivocacion ó error padecido por medio de testigos ó contra manera, segun Bart. á la misma l. 92. V. l. 111. de este tít. y relativamente á lo que se ha dicho de espresar la hora, téngase presente que esto puede ser útil, pero no es necesario, Bart. en la *Novell*. 47. hácia el fin *collat*. 5.

(207) Así se observaba en época en que fueron compiladas nuestras leyes de Partidas; y siguió observándose hasta el reinado de Juan I; quien mandó que no se datasen las escrituras por eras, sino por años, contándose estos desde la Natividad del Señor; y así se practica en el dia debiéndose inseguir en esto la costumbre adoptada, segun la Glos. en la *Novell*. 47. *collat*. 5. Y acerca de cual sea el cómputo mas preferible, si el de la Natividad del Señor ó el de su Encarnacion, V. Abb. al cap. *inter. dilectos*, col. 10. princ. *de fid instrum.*

(208) Añád. cap. *Abbate sané*, 3. y Glos. allí vers. *donatio, de re judic.* y Glos. á la l. 3. C. *de tabul.* Pero ¿es necesario espresar no solo la poblacion ó territorio, sino la localidad del mismo en donde se otorga la escritura? Bart. á la *Novell*. 47. *de collat*. 5. sostiene que esto último tambien es necesario, fundándose en el texto de la *Novell*. 74. cap. 4. §. 1. *collat*. 6. y V. Glos. *super data* 6. *libro Decretalium*. Bald. empero, á la l. 17. *de fid, instrum.* opina que cuando la validez del acto depende del lugar en que se haya celebrado, bastará que el lugar se esprese de tal manera, que no sea el adversario privado de redarguir la escritura de falsedad, en el caso de convenirle el hacerlo: y concluye que, en esta parte, debe estarse principalmente á la costumbre que en cada país haya prevalecido. Veo que en la práctica no se exige la espresion muy determinada de la localidad sino que basta espresar el lugar ó territorio; aunque algunas veces se suele tambien ponerlo especificadamente: lo cuál sobre todo no es necesario en aquellos instrumentos que acostumbran otorgarse en determinado lugar, como en la tesoreria; porque en ellos su mismo contenido indica suficientemente el lugar en donde han sido hechos V. Bald. á la l. 20. col. 3. C. *de fid. instum.* y Juan de Plat. á l. 1. col. 2. *de apoch. publ.* y á la l. 6. C. *de suscept. et archar.* — * La ley 1. tít. 23. lib. 10. Nov. Rec. se previene que al poner los escribanos en sus protocolos las escrituras que recibieren hayan de espresar *el lugar ó casa*, donde se otorgaren.

(209) Nótese que el signo es uno de los requisitos substanciales de la escritura: así se lee en el cap. 32. vers. 44. *Jerem. Agri ementur pecunia, et scribentur in libro, et imprimetur signum*; y lo espresa tambien Specul. tít. *de instrum edit.* §. 1. hácia el fin, y añád. *Novell*. 73. cap. 6. *collat*. 6. y Bart. en la *Novell*. 47. *collat*. 5. Lo contrario, sin embargo, sostiene Juan Andr. en sus adiciones á Specul. d. §. 1. hácia el fin, fundando en las razones que pueden verse allí; y Alex. en la rubrica D. *de nov. oper. nunciat.* espresa tambien ser común opinion la de que el signo no es esencial en las escrituras. Pero como se ve por la presente ley se exige en nuestro Reino aquel requisito

ua delante, quando los que son escritos en esta carta, fizieron el pleyto, o la postura, o la vendida, o el cambio, o el testamento, o otra cosa qualquier, assi como dize en ella; e por ruego, e por mandado dellos escreui esta carta publica, e puse en ella mio signo, e escreui mi nome: e abonda en toda carta publica, que sean dos Escriuanos (210) publicos por testigos, sin aquel que que faze la carta, que escriuan sus nomes en ella; o si por auentura tantos Escriuanos publicos non pudieren auer en el lugar, tomen por testigos tres omes (211) buenos, que escriuan y sus nomes: e los nomes de los testigos deuen ser escritos en fin de la carta, ante que el Escriuano publico que la fizo, escriua su nome. Pero en los testamentos deuen ser escritos mas testigos, assi como adelante mostraremos en el Titulo de los Testamentos: e deue ser muy acucioso el Escriuano, de trabajarse de conocer (212) los omes a quien faze las cartas, quien son, e de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningun engaño. E quando el pleyto, o la postura fazen ante el, deuen ser delante de so vno aquellos que an de ser testigos, e apercebirlos (213), e mostrarlos, quien son aquellos que fazen la postura, e en que manera la ponen, leyendo la nota ante ellos todos. E de si deue dezir el Escriuano a aquellos que mandan fazer la carta, si otorgan todo el pleyto en la manera que dize en aquella nota, que leyo (214) ante ellos. E si dixeren que si, deuen fazer testigos aquellos que estan delante, e despues fazer la carta publica en pergamino (215) de cuero por aquella nota, en la manera que sobredicha es, e darla a aquel que per

siendo de notar que, á tenor de lo prevenido en esta misma ley, el signo debe ponerse al fin de la escritura, lo que tampoco estaba espresamente mandado por derecho comun, segun Bald. á la l. 18. D. *de adopt.* —* La ley 6. tít. 23. lib. 10. Nov. Rec. previene que los escribanos *signen* los registros y escrituras de contratos que ante ellos pasaren, por escusar la dificultad que hay en averiguar la letra de los registros despues de fallecidos dichos escribanos; y que al fin de cada año signen tambien los registros que en el hubieren hecho, bajo pena de diez mil maraveds y privacion de oficio por un año.

(210) Lo dispuesto aquí de ser dos escribanos públicos los que asisten como testigos, se observa solamente en Sevilla.

(211) O á lo menos dos, segun la l. 114. de este tít.

(212) Véase aquí como el escribano debe tener conocidos á los contrayentes; y añád Bald. á la l. últ. §. 1. col. 5. C. *de jur. delib.* donde dá la razon, diciendo que podia engañarse á dicho escribano en el nombre de los interesados y cometerse así una falsedad. Pero Juan Andr. adic. á Specul. tít *de instrum edit.* rubric. col. 5. pretende tambien lo contrario, diciendo que puede un escribano recibir una escritura y espresar que los contrayentes han manifestado llamarse así como en ella se les designe; V. al mismo allí y añád á lo dicho la l. 7. tít. 8. lib. 1. del Fuero de las leyes y la Ordenanza de los Católicos Reyes en Alcalá que forma parte de las pracmáticas ú ordenanzas de los escribanos; y en la cuál se previene la fórmula con que deben estenderse los instrumentos, cuando el escribano no tenga conocidos á los contrayentes. —* La l. 2. tít. 23. lib. 10. Nov. Rec. (que es la prácmatica aquí citada por el Glosador) órdena que, cuando el escribano, no conociere á alguna de las partes que quieran otorgar ante él un contrato ó escritura, se abstenga de recibirla, salvo si las mismas partes presentaren dos testigos que digan conocerlas, en cuyo caso se ha de espresar así al fin de la escritura poniendo los nombres de dichos testigos y su vecindad: debiendo tambien el escribano espresar en la firma que conoce á los otorgantes cuando realmente los conociere.

(213) No es, pues necesario, como se infiere de aquí, que los testigos conozcan á los contrayentes; y añád. Juan Andr. adicion. al Specul. tít. *de teste* §. 1. col. 16. versic. *non vidit,* y Bart. despues de la Glos. á la *Novell.* 1. cap. 2. *collat.* 1. col. 3. donde afirma que es válido un instrumento aunque no conozcan á las partes interesadas los que han intervenido en él como testigos, escepto las escrituras de confeccion de inventario y los testamentos escritos otorgados por uno que no sepa leer ni escribir —* Pero no deberá decirse lo mismo cuando no fueren las partes contratantes conocidas del escribano, en cuyo caso deberán serlo de los testigos según la l. citada en la adic. á la nota que antecede.

(201) Tambien, pues, por este nuestro derecho de Partidas, lo mismo que por el común se habrá de leer el protocolo á las partes y á los testigos. V. Bart. á la *Novell.* 44. §. últ. *collat.* 1. con lo anotado por Abb. al cap. *cum P. tabellio* col. 3. *de fid. instrum.* y hoy la ley de Alcalá por los Católicos Reyes en las Ordenanzas de los escribanos. —* D. l. 1. tít. 23. lib. 10. Nov. Recop.

(215) V. lo anotado á la l. 5. de este tít. —* Y V. ll. del tít. 24. lib. 10. Nov. Rec. donde se prescribe para las escrituras el uso del papel sellado, y se previene el sello que corresponde á cada una, segun su clase.

(216) Dispónese así, para que no se saque dos veces copia y no se pague dos veces la deuda con-

tenesce, e fazer su señal (216) sobre aquella nota, por que entiendan, que ya es sacada della carta publica.

LEY 55. *Que deuen fazer, cuando el Escriuano publico que fizo la nota de la Carta, enfermare, o muriere.*

Enfermedades, o otros embargos han a las vezes los Escriuanos, de manera, que non pueden fazer las cartas publicas en pargamino de cuero por si mismos, a la sazon que gelas demandan, sacandolas de aquellas notas que escriuieron, de que fablamos en la ley ante desta. E porende dezimos, que en tal caso como este que el Escriuano, que ouiere tal embargo, deue llamar, o yr a otro Escriuano publico, e mostralle en su registro aquella nota que el auia fecho, de que le demandan que faga carta publica, e rogalle, que la faga assi como en la nota dize. E el Escriuano que fuere assi rogado, deuelo fazer, e escreuir de su mano aquella nota en pargamino de cuero. E en fin de la carta deue poner y su signo (217), e escreuir y su nome, e dezir assi: Yo Fulano, Escriuano publico de tal Lugar, escreui esta carta por mandado de tal Escriuano, assi como falle en la nota de su registro que el fiziera, por ruego, e por mandado de aquellos que son escritos en esta carta, non mudando, nin cambiando ende ninguna cosa. E porende puse en ella mi signo, e escriui y mio nome. E la carta publica que assi fuere fecha, sera valedera, tambien como si la ouiesse escrita aquel mismo que fiziere la nota. Mas quando algund Escriuano publico muriere (218), deuen luego los Alcaldes de aquel lugar, llamar omes buenos del Concejo, e yr a casa del Escriuano, e recabdar todas las notas, e los registros que fallaren, e sellarlos con sus sellos, e ponerlos en lugar (219) do sean bien guardados, en manera que non se pierdan, nin pueda y ser fecho engaño, nin falsedad. E despues deuen estos registros assi sellados dar, e entregar a aquel Escriuano, que el Rey metiere en lugar del finado, e otorgarle que tenga aquellos registros. E esto deuen fazer ante aquellos omes buenos, que se acertaron y a tomarlos, si fueren biuos, e en el lugar; o si non, ante otros omes buenos del Concejo: pero deue jurar este Escriuano que assi es puesto en lugar del otro, que guardara bien, e lealmente estos registros, e que de las notas, que non fuessen fechas cartas publicas, quando menester fuere, que fara cartas publicas a aquellos a quien pertenecen, non creciendo, nin menguando, nin cambiando ninguna cosa; e que en todas estas cosas, nin en ninguna dellas, non fara, nin consentira que sea fecho engaño nin falsedad. E pues que assi fuere entregado de los registros por mandado del Rey, e ouieren tomado del esta jura, puede el Escriuano (220) sacar, e escreuir cartas publicas de aquellas notas del Escriuano finado: e en tal carta como esta, alli do escriuiere su nome, deue dezir: Yo Fulano, Escriuano publico de tal lugar por otorgamiento del Rey, fize esta carta publica,

tenida en la escritura; pudiendo verse lo que sobre este particular espresa Bald. en la rubric. C. *de fid. instrum.* col. 8. versic. *juxta hoc quæro* y siguientes.* — Y por la misma razon previene la l. 5. tít. 23. lib. 10. Nov. Recop. que en las escrituras en que una de las partes se obliga á dar ó hacer algo á favor de otra, una vez fuere dada la primera copia á la parte á quien perteneciere no le dé por duplicado, sino precediendo mandato del juez, y citacion de la otra parte: V. ll. 11. y 12. tít. 19. de esta Part. y lo anotado allí.

(217) Nótese bien lo dispuesto en nuestra ley aquí, con lo cuál queda resuelta la cuestion que se agitaba entre los interpretes de derecho común, opinando Bart. á la l. 9. §. 1. D. *de eden.* lo mismo que se previene aquí, esto es que, por razon de enfermedad ó prolongada ausencia de un escribano, podian por encargo del mismo sacarse escrituras de su protocolo por otro escribano. Pero Ang. á la *Novell.* 44. vers. *per egritudinem collat.* 4. pretende que, si bien otro notario puede estraer dicha escritura del protocolo del ausente ó enfermo, pero que es necesario que este la firme. Alex. á d. l. 9. §. 1. dice que cuando un escribano se halla del todo impedido, puede firmar otro por él; pero por comision ó mandato del juez. Mas sobre esto debe notarse lo dispuesto en esta ley; á saber, que hallándose un escribano impedido por enfermedad, de manera que no pueda poner su firma, lo haga otro á quien él comisione, á ruego de las partes interesadas en la escritura, sin necesidad de mandamiento judicial: y añád. á lo dicho la l. 5. tít. 1. de esta Part.

(218) Y lo mismo si hubiere sido privado de ejercer el oficio de escribano, segun la Pragmática ú Ordenanza de escribanos, y añád. á Bald. la l. 3. C. *ad leg. falcid.**La pragmática citada aquí por el Glos. es la l. 10. tít. 23. lib. 10. Nov. Recop. y V. la l. 11. del mismo tít. y lib.

(219) V. hoy una Pragmática de los Católicos Reyes que en mi coleccion se halla al fol. 32.—* V. d. ll. 10. y 11. tít. 23. lib. 10. Nov. Rec.

(220) Por derecho comun, V. la l. 9. §. 1. y l. 6. §. 1. D. *de edend.*, podian los escribanos hacer donacion y manda de sus registros, á tenor de d.

en la manera que falle en la nota della en el registro de Fulano Escriuano, que fino (221); e non añadi, nin mengue, nin cambie en ella ninguna cosa; e porende puse en ella mi signo, e escreui y mio nome. E aun dezimos, que si fueren biuos los testigos, que son escritos en la nota, deuen en tal carta como esta escriuir y sus nomes (222), en la manera que de suso diximos (223). E si por auentura biuos non fuessen, deue el mismo escreuir los nomes dellos en la carta publica, en la manera que los fallare en la nota. E quando la carta publica assi fuere fecha, valdra, e fara aueriguamiento de prueua; tambien como si la ouiesse escrita el escriuano primero, ante que finasse aquel que fizo la nota.

LEY 56. *Como deue ser fecha la Carta de la vendida.*

Vendidas fazen los omes entre si: e porque aquello que pusieron sea firme, fazen ende carta (*i*) en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulano vende, e da por juro de heredad para siempre jamas a Fulano, que recibe, e compra para si, e para sus herederos (224) tal casa, que es en tal lugar, e ha tales linderos (225), o tal viña, o tal huerta, o tal oliuar en que ha tantas arançadas (226), o tal heredad en que ha tantas yugadas a año, e vez, e es en tal lugar, e ha tales linderos, de manera que el, e sus herederos ayan, e tengan, e sean pode-

(*i*) et debe ser fecha en esta manera. Acad.

l. 9. §. 1. vers. *is autem.* y segun lo anotado por Bald. á la l. últ. col. 4. C. *de edend.* y Juan de Plat. á la l. 3. C. *de tabul.:* y la viuda á quien se habia dejado el usufruto percibia los productos de dichos registros del difunto escribano su marido, Bald. á la l. 1. col. 3. C. *de fruct. et lit. expens.* Pero, ¿podrá en el dia hacerse lo mismo, rigiendo la presente ley y la pragmática citada? Parece que no, por oponerse á ello la disposicion que en estas se contiene: bien que de otra parte no deja de ser justo que una parte de los réditos de los referidos registros ó copias que hayan de sacarse de ellos se conceda á los herederos del difunto en recompensa del trabajo que este tuvo en recibir las escrituras y de su cuidado en custodiarlas; á lo cuál no se oponen la presente ley ni la pragmática, y aun he visto en la practica procederse á la tasacion de dichos registros ó sacas de copias y abonarse á los herederos del escribano difunto. —* V. l 10. hácia el fin y l. 11. §. 4. tít. 23. lib. 10. Nov. Recop.

(221) Otra cosa se dispone en el cap. *cum P. tabelio* 15. *de fid instrum.;* y es lo que deberá observarse cuando las escrituras ó protocolos de un escribano difunto están todavía sellados, mientras no se le haya designado sucesor y no se le haya dado á este la comision, en los términos prevenidos por la presente ley, y V. Abb. allí. ¿Qué deberia, empero, decirse si entre los protocolos del escribano difunto se encontrara un papel ó escritura suelta fuera del registro del cuál hubiese sido separada, pero escrita de mano del escribano, y en forma de protocolo ó registro? ¿Deberá tambien semejante escritura protocolizarse? V. Luc. de Pen. á la l. 14. versic. *quintó quæritur* C. *de omn. agr. desert.* donde opina por la negativa y V. lo anotado á la l. 6. tít. 19. de esta Partida y Alex. consil. 135. vol. 2. donde decide notablemente esta cuestion. —* V. ll. 1 y 6. d. tít. 23. lib. 10. Nov. Recop. en las que se previene muy espresamente que los escribanos custodien *cosidos* los registros de las escrituras recibidas ante los mismos, y que las hagan asentar en el libro protocolo, bajo pena de nulidad de las en que así no se cumpliere y privacion de oficio del escribano que omitiere aquella formalidad, quedando inhábil para ejercer otro y habiéndo de pagar á las partes los perjuicios ocasionados.

(222) No creo que esto esté hoy en uso como se ha dicho á la l. proxima antecedente, nota 210.

(223) V. la ley prox. ant.

(224) Lo cuál se pone tan solo para mayor precaucion; pues, aun cuando no se esprese, se entiende que el que contrata lo hace tambien para sus herederos, l. 9. D. *de probat.* l. 7. §. 8. *de pact.*

(225) V. lo anotado á la l. 2. de este tít. y V. Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. 1. col. 5. *ibi sita.*

(226) Y ¿qué deberá practicarse si resulta despues haber mas ó menos terreno que el que se ha designado á la escritura? Specul. tít. *de empt. et vendit.* dice que deberá aumentarse ó rebajarse el precio á proporcion; V. al mismo §. 1. hácia el fin. Paul. de Castr. empero, á la l. 4. §. 1. D. *de act. empt. et vendit.* pretende que debe distinguirse si se ha hecho la venta, diciendo que se vendian tantos jornales que hay en tal predio, ó diciendo que se vendia tal predio y espresando que contiene tantos jornales: en el primer caso dice que los jornales que esceden del número designado no se consideran comprehendidos en la venta; y el importe de los que falten se rebaja del precio. Mas en el segundo subdistingue entre el caso en que se haya hecho la venta á tanto por jornal, ó se haya vendido por cierto precio todo el predio, aunque espresando su cabida. Si lo primero, deben comprehenderse en la venta los jornales que se encuentren de mas, aunque no por el mismo precio, sino por el que resulte de la tasacion de cada uno: y si lo segundo no debe aumentarse el precio á proporcion de los jornales, sino que los que se encuentren de mas se adquieren por el comprador V. al mismo Paul de

rosos de aquella cosa que le vende, para fazer della, e en ella todo lo que quisieren. E que aquella cosa le vende, e le otorga con todas sus entradas (227), e con todas sus salidas, e con todos sus derechos (228), e con todas sus pertenencias (229), e con todos sus vsos, que a aquella cosa pertenecen de derecho, e de fecho, por precio de tantos marauedis: el qual precio fue pagado al vendedor sobredicho ante mi Fulano Escriuano publico, e ante los testigos que son escritos en esta carta: e otorgo el uendedor, que este precio que recibiera era justo, e derecho, de aquella cosa que vendia, e que tanto valia aquella sazon, e non mas (230), e dixo que era bien pagado dello. E otrosi otorgo al comprador de suso nombrado libre e llenero poder, para entrar (231) en tenencia de aquella cosa sobredicha, que le vendio, sin otorgamiento de Juez, o de otra persona qualquier. E otrosi le prometio, e lo otorgo, que de la propiedad, nin de la possession de aquella cosa que le vendio, nin por razon de vso, nin de derecho que pertenesciessen a ella; nunca el, nin sus herederos, nin otri por ellos le moueran pleyto, nin contienda (232), nin le farian ningund embargo en juyzio, nin fuera de juyzio; ante gela ampararian (233), e gela desembargarian a sus propias costas e missiones en juyzio, e fuera del, contra quien quier que gela quisiesse embargar. Otrosi dixo e otorgo el vendedor, que de aquella cosa que vendio, nin de derecho, nin de vso, que perteneciesse a ella, non auia fecho vendida, nin enagenamiento,

Castr. allí donde cita en confirmacion de lo dicho muy buenos textos. y añade que en el último caso, no se debe disminuir el precio aunque resulte tener el predio menos cabida de la que se habia supuesto, por ser culpa del comprador el no haber cuidado de que se midiese con exactitud, antes de convenir en el precio, d. Paul. consil. 219. vol. 2. vers. *in causa quæ vertitur coram domino potestate* y añád. Salic. á la l. 2. C. *de contrah. empt.* y á Dec. consil. 347. Y sobre si deben medirse tambien las riberas que están cerca del rio, las márgenes, y los fosos, V. Alex. consil. 120. vol. 2. y añád. consil. 8. vol. 4. y consil. 159. vol. 5. y en órden á lo que deberia observarse en una donacion otorgada en los términos espresados V. Juan Andr. adic. á Specul. d. §. 1. *de empt. et vendit.* hácia el fin y Abb. al cap. *per tuas*, *de donat.* y Oldrald. consil. 197. Cuando empero, las medidas ó jornales del lugar del contrato sean diferentes de las del lugar en donde se halla la cosa vendida, ¿cuales deberán servir de tipo para averiguar si se ha cumplido ó no exactamente lo prestado? V. Bart. á la l. 34. D. *de regul. jur.* donde opina que deberá estarse á la medida del lugar del contrato; lo cuál, sin embargo se ha de entender y limitar conforme á lo que dice Bald. vers. *si qua controversia*, *de pace Constant.* versic. *nota quod si imperator.*

(227) Importa mucho continuar estas palabras, porque, si bien las demás cosas propias del vendedor no podian prestar una servidumbre á la cosa vendida mientras era del mismo; con todo, si dicho vendedor acostumbraba pasar por otro de sus predios para ir al que se vende, se entenderá comprehendido este paso en la venta, con tal que se hayan continuado las espresadas palabras, Paul. de Castr. á la l. 36. D. *de servit. urbanor. præd.* pero no, si se hubieren omitido, l. 66. D. *de contrah. empt.*: á menos que la cosa vendida fuese un usufruto que hubiese de ser inútil, no comprehendiéndose en la venta aquella servidumbre, en cuyo caso se entenderia comprehendida, aunque no se espresase, V. Paul. en d. l. 36. y Specul. tít. *de empt. et vend.* §. 1. col. 8. vers. *accessibus et regressibus.*

(228) Tambien es conveniente continuar esta cláusula, segun Paul. de Castr. á la l. 11. D. *de servit.* y añád. Glos. y Bart. allí y Juan de Plat. á la l. 3. C. *de bon. vacant.* cuyo texto es digno de notarse, y V. Anton. y Juan de Imol. al cap. *per tuas, de donat.* donde dicen que la referida cláusula conduce á resolver la cuestion sobre si pertenecerá al vendedor ó al comprador la parte del predio que habia sido ocupada y convertida en foso para la defensa en tiempo de guerra, permaneciendo en este estado cuando se otorgó la venta, y que acabada la guerra fué restituida despues á su dueño; en cuyo caso cederá el terreno ocupado en favor del comprador, si la venta se hubiere hecho del predio *con todos sus derechos.*

(229) V. Inoc. y Abb. al cap. *cum ad sedem*, *de restitut. spoliat.* donde esplican lo que se comprehende bajo la denominacion de *pertenencias.*

(230) Y aquí puede continuarse, si se ha convenido, la cláusula de renunciar el vendedor al remedio de la rescision por engaño en mas de la mitad del justo precio, Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. 1. col. 10. y añád. l. 14. §. 9. D. *de ædilit. edict.*

(231) Acerca de esta cláusula, V. á Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. 1. col. 10. vers. *quid ergo.*

(232) El que promete, bajo una pena, no promover cuestion acerca de alguna cosa, incurre en dicha pena, aunque solo la promueva estrajudicialmente, l. 5. princ D. *de hæred pet.* Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. 1. col. 11.

(233) Por estas palabras se obligaria el vendedor á reintegrar las costas al comprador, aun en el caso de haber este triunfado en el pleito, segun Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. 1. col 11. vers. *nota quod promittens.*

nin empeñamiento (234) a otra persona, nin a otro lugar, e que gela faria sana en la manera que dicho es. E todas estas cosas, e cada vna dellas prometio, e otorgo el vendedor de suso dicho por si, e por sus herederos, al comprador sobredicho recibiente por si, e por los suyos, de guardar e de cumplir verdaderamente a buena fe sin mal engaño, e de non fazer contra ninguna dellas por si, nin por otri, en ningund tiempo, nin en ninguna manera, e de refazerle todo el daño, e menoscabo que el comprador, e sus herederos fiziessen por esta razon en juyzio, e fuera de juyzio, so la pena del doblo (235) del precio sobredicho; la qual pena tantas vegadas (236) pueda demandar, e auer el comprador, quantas vezes el vendedor, o otri por el fiziesse contra alguna destas cosas de suso dichas: e la pena pagada (237), o non, siempre finque la vendida valedera. E porque todas estas cosas fuessen guardadas, assi como dichas son, obligo el vendedor a si mismo, e a sus herederos, e a todos sus bienes, quantos auia estonce, e auria dende adelante, al comprador, e a sus herederos: e renuncio, e quitose de todo derecho, e de toda ley, e de todo fuero, tambien eclesiastico como seglar, e de toda costumbre de que el se pudiesse ayudar, o amparar contra el comprador, o a sus herederos, en razon destas cosas que sobredichas son, e señaladamente de la pena: fecha la carta en tal lugar, tal dia, en tal mes, e en tal erá: testigos llamados e rogados, Fulano, e Fulano: yo Fulano, Escriuano de tal lugar, fuy presente a todas estas cosas que son escritas en esta carta, e por ruego de Fulano vendedor, e de Fulano comprador, los sobredichos, escreui esta publica carta, e puse en ella mi signo.

LEY 57. *Como se faze la Carta de fiadura de la vendida.*

Fiadores dan los omes sobre las vendidas que fazen: e la carta de la fiadura deue ser fecha desta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulano, vezino de tal lugar, por ruego del vendedor sobredicho entro fiador a Fulano comprador, e prometiole en su propio nome principalmente (238), de le fazer sana aquella cosa, que Fulano le vendio; otrosi le prometio, que el fa-

(234) Previénese esto á propósito de lo que se lee en la l. 22. C. *de evict.*, siendo de notar aquí, que, aun cuando no se esprese en la escritura, se sobreentiende por la misma naturaleza del contrato, que debe entregarse la cosa vendida libre de todo gravámen, l. 41. D. *de act. empt.* y Glos. á la l. 5. C. *de evict.* y V. Specul. tít. *de empt et vendit.* §. *promissimus*.

(235) Es muy frecuente esa estipulacion del duplo, l. 31. §. 20. D. *de œdilit. edict.* la cuál contiene la tácita condicion de que venga el caso de eviccion con el mismo comprador ó con sus herederos, Bald. á la l. 131. §. 1. D. *de verb. oblig.* Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. 1. col. 12. donde trata la cuestion de si el duplo estipulado deberá entenderse ser el del precio convenido y por el que se hizo la venta, aunque no se haya así espresado, y no el del verdadero valor de la cosa; y y la de si se entenderá consistir la pena en la devolucion del precio y la entrega de otro tanto, ó tan solamente en la de una cantidad igual al precio recibido sobre lo cuál V. lo anotado á la l. 32. tít. 5. Part. 5.

(236) Continúase esta cláusula, á fin de que no pueda haber dudas, por lo que se dispone en la l. 34 §. 1. D. *de recep. qui arbitr.* V. á Bald. y á la l. 1. col. 7. C. *de his quœ pœn. nom.* donde esplica cuales son los casos en que se considerará haber habido una ó muchas contravenciones, y dice que esta reiteracion no podrá tener lugar, sino cuando se cometan varios actos positivos y contrarios á lo estipulado; no cuando se deje de hacer lo que se estipuló; pues entónces no hay reiteracion, ó pluralidad; sino una sola contravencion continuada. Añád. Alber. á d. l. 34. y el mismo Bald. allí col. 7. y Glos. á la l. 23. C. *de legat.* y Bald. á d. l. 1. col. 7. donde esplican hasta cuantas veces se entenderá incurirse en la pena, cuando esta se haya estipulado por *tantas, cuantas veces se contraviniere.*

(237) Esta cláusula tiene orígen en la l. 16. D. *transact.* donde se continua con estas palabras: *pœnam quam si contra placitum fecerit, rato manente pacto, promisserit, prœstare cogetur*: y no deja de ser útil: aunque, de otra parte, ya se sobreentiende en los contratos de buena fé, l. 28. D. *de action. empt.* Bart. y Bald. á la l. 14. C. *de pact.* y Specul. d. tít. §. 1. col. 10.

(238) Acerca de la fórmula contenida en esta ley, V. Specul. tít. *de fid. instrum.* princ. col. 3. y en órden á la fianza prestada en un contrato de venta V. la l. 15. D. *de dol. mal. except.* estensamente comentada por Socin. consil. 199. vol. 2. siendo muy útil el que se continue la cláusula de obligarse el fiador como principal y junto con el vendedor en una propia escritura; porque entónces se les considera á este y al comprador como á correos ó deudores solidarios, y no es necesario que preceda la escusion del vendedor para poderse accionar contra el fiador, segun la autent. *prœsente* C. *de fidejusor.* y l. 9. tít. 12. Partida 5. V. Cyn. á d. autent. *prœsente* y Alex. consil. 32. col. últ. vol. 4. los cuales limitan, en dichos términos, lo que se lee en la rúbrica de

ria (239) de manera, que el vendedor sobredicho guardaria e cumpliria al comprador, e a sus herederos, todas aquellas cosas, e cada vna dellas, que le prometio de guardar, e de cumplir, en la carta sobredicha de la vendida, bien assi como en ella son puestas, so pena de tantos marauedis: obligandose el fiador, e sus herederos, e sus bienes al comprador, e a los suyos, e renunciando, e quitandose de todo derecho etc. assi como de suso diximos en la carta de la vendida. E deue dezir mas en tal carta como esta: como el vendedor se obligo al fiador de sacarlo sin daño (240) desta fiadura; e toda esta carta se deue escreuir en la de la vendida, quando el fiador estuuiere delante a la sazon que la carta se fiziere; mas si el entrasse fiador despues que la carta fuesse fecha, estonce se deue fazer apartadamente ante testigos, poniendo en ella el Escriuano el lugar, e el dia, e el mes, e la era en que fue fecha, e sobre todo faziendo y su señal.

LEY 58. *Como deue ser fecha la Carta, quando la muger consiente la venta que faze su marido.*

Consienten a las vegadas las mugeres, las vendidas que fazen sus maridos; e la carta del consentimiento deue ser fecha en esta manera (241). Sepan quantos esta carta vieren, como Doña Fulana, muger de Don Fulano, seyendo cierta e sabidora del derecho que auia en tal cosa que su marido vendio a tal ome, consintio la vendida, e plugole con ella, e quitose, e renuncio todo el derecho que ella auia en aquella cosa, quier la ouiesse por razon de arras, o de dote (242), e por otra manera (243) qualquier, e otorgo, e dio todo el derecho que en ella auia, al comprador, desapoderandose del por siempre jamas: e otrosi diole poderio (244), que por aquel derecho que ella auia en aquella cosa, que se pudiesse el comprador ayudar del en juyzio, e fuera del, assi como de lo suyo. E otrosi le prometio, e le otorgo, obligando a si, e a sus herederos al comprador; recibiendo por si, e por sus herederos, que ella siempre aura por firme la vendida, que fizo su marido, e el renunciamiento, e el otorgamiento, que fizo del derecho que ella auia en esta cosa vendida: e que non verna contra ella nunca por si, nin por otri en ninguna manera, sopena de tantos marauedis; assi como de suso es dicho en la carta de la vendida: e dende adelante deue el Escriuano poner en la carta todas las otras cosas, assi como en essa misma carta son escritas.

LEY 59. *Como deue ser fecha la Carta de la vendida, quando el vendedor non es de edad cumplida.*

Seyendo el vendedor menor de veynte y cinco años, e mayor de catorze, deue dezir en tal carta, todas las que de suso son dichas en la carta de la vendida que otro ome faze: e para ser el comprador ende seguro, e cierto de la compra que faze, deue dezir demas al fin della: como

d. autent., esto es, que aun cuando el fiador se obligue como principal, todavía tiene lugar la disposicion de la misma autent. ó sea el beneficio de órden ó escusion: y dicen que esto debe entenderse en el caso de haberse obligado el fiador y el vendedor en distintos tiempos, mas no si lo han hecho en una sola escritura: lo que es digno de notarse.

(239) Con estas palabras parece obligarse el que las profiere á *procurar que se haga alguna cosa,* y en estos términos solo promete un hecho propio, no el de un tercero, del cuál no se obliga á responder. V. Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. 1. col. 6. vers. *faciet, et curabit.*

(240) A esta indemnizacion está siempre obligado el vendedor aunque no se esprese en el contrato de fianza, pues hasta el que promete simplemente en nombre de otro, sin que este se lo haya rogado, tiene contra el mismo la accion de mandato, l. 40. D. *mand.*; á menos que el fiador se hubiese constituido tal del vendedor, contra la voluntad espresa de este, como se dispone en d. ley.

(241) Añád. Specul. tít. *de empt. et vend.* §. *tertio. loco,* col. 1.

(242) V. autent. *sive á me* C. *ad Vellejan.* y cap. *pervenit, de empt et vend.*

(243) Como por derecho de hipoteca, ll. 11 y 21. C. *ad Vellejan.* al cuál puede la muger renunciar, con tal que el marido tenga otros bienes con que asegurarle el dote, autent. *sive á me* C. *ad Vellejan.* Bart. á la l. 49. §. últ. D. *solut. matr.*; y acerca el tiempo en que es necesario que el marido tenga otros bienes, V. Paul. de Castr. á d. §. últ. donde dice que debe tenerlos al tiempo de hacerse la renuncia, y que sobre esto incumbe á la muger hacer la prueba. Juan de Imol. empero el cap. *pervenit, de empt. et vend.* col. 4. dice que, para poder sostenerse la renuncia hecha por la consorte, es necesario que posea el marido otros bienes al tiempo, en que se accione contra aquella; opinion que fué adoptada por el Concejo Napolitano, Decisiones de Mateo de Aflict. decis. 311.

(244) Nótese bien esta cláusula que puede aprovechar al comprador, para defenderse con-

porque el vendedor era mayor de catorze años, e menor de veinte e cinco años, juro sobre los Santos Euangelios (245), que todas quantas cosas otorgo en la carta de la vendida, que las auria por firmes (246), por siempre jamas, e que contra aquella vendida nunca vernia por si, ni por otri, por razon que era menor (247) a la sazon que la fizo; nin porque valiesse (248) mas la cosa que uendiera; nin aunque dixesse que aquel precio que tomare por ella, que non entrara en su pro (249); nin por otra razon que quisiesse poner ante si, semejante destas (250). E sobre todo deue el comprador tomar fiador del menor (251), si le pudiere auer. E la carta de la fiadura deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulano por ruego, e por mandamiento de tal menor (252), prometio en su proprio nome principalmente (253) al comprador recibiente por si e por sus herederos, que aquella cosa que le auia vendido el menor, am-

tra los demás acreedores del marido..

(245) V. lo anotado á la l. 19. tít. 11. de esta Part.

(246) ¿Qué fuerza tendria la asercion que tambien bajo juramento hiciese el menor en la escritura, de que la venta le era útil y provechosa? Parece que ninguna, antes bien se entenderia dicha asercion continuada fraudulentamente segun Bart. á la l. 37. §. 6. D. *de legat.* 3. y en los mismos términos se espresa Dec. consil. 403. hácia el fin.

(247) V. lo anotado á la l. 16. tít. 11. de esta Part.

(248) Mas si hubiese sufrido lesion enorme, bien podria pedir la rescision del contrato, á pesar de ser jurado, pidiendo empero á prevencion la absolucion del juramento, Abb. al cap. penúlt. col. últ. *de empt. et vendit.* Bald. á la rubric. C. *de rer. permut.* y otros DD. á quienes cita Dec., espresando que esta es la comun opinion, consil. 403. col. 5. y añad. Anton. de Butr. al cap. *cum contingat.* col. 8. vers. *quintus casus jurejur.* donde abunda en el mismo parecer, y aun espresa que no es necesaria la absolucion del juramento: y V. tambien á Bart. Socin. consil. 263. vol. 2. y consil. 20. col. penúlt. y últ. vol. 3. y á Dec. consil. 180 col. penúlt. donde trata estensamente esta materia; siendo además digna de tenerse presente las doctrinas que sobre el particular se leen en Felip. *Corne.* y V. l. 56. hácia el fin tít. 5. Part. 5.ª y lo anotado allí.

(249) Conviene que se continue esta cláusula que muy frecuentemente omiten los escribanos, en semejantes escrituras y en los juramentos que prestan los menores en los contratos; pues con ella se exime el acreedor de la necesidad de probar, para sostener el contrato, que el dinero ha sido empleado en utilidad del menor, segun la l. 3. C. *quando ex facto tut.* la cual aunque habla solamente del mútuo, es en opinion de los DD. aplicable á los demás contratos otorgados por iglesias, universidades ó menores, como lo observan Cardin. á la Clement. 1. quest. 30. *de reb. eccles. non alien.* y Dec. á la l. 27. hácia el fin D. *de reb. cred.* Pero varios DD. sostienen al contrario, que en los demás contratos, fuera del mútuo, no está obligado el acreedor á probar que se haya empleado el dinero en utilidad de la iglesia ó universidad, segun Inocen. cap. 1. *de depos.* y Abb. allí, espresando ser esta la comun opinion: y por esto mismo, vista la discrepancia de pareceres, conviene no omitir la cláusula que aquí formula nuestra ley en los juramentos que, al otorgar las ventas, hagan los menores, sobre todo si son mujeres, á tenor de lo dispuesto en la l. 21. y en la autent. *si qua mulier C. ad Vellejan.* pues, en los casos á que dd. ll. se refieren, debe probarse haber redundado el negocio en utilidad de la mujer, y añad. lo anotado á la l. 3. tít. 1. Part. 5.ª nota última.

(250) En las escrituras que se otorgan en el dia, se pone todavía mas largamente esa cláusula de nuestra ley: *nin por otra razon semejante destas*, V. lo anotado á la l. 16. tít. 11. de esta Part.

(251) Añád. l. 9. C. *de præd. minor.* y ll. 1 y 2. C. *de fidejus. min.* y l. 25. D. *de fidejus.*

(252) Pero si el fiador intentase la accion de mandato contra el menor, podria este pedir restitucion contra el primero, segun Bart. á la l. 25. D. *de fidejus.*

(253) V. l. 57. de este tít. y nótense bien estas palabras *en su propio nombre principalmente*, pues que si el fiador prometiese simplemente, como tal, afianzar á un menor en un caso en que por parte de este no hubiese obligacion civil ni natural, de nada serviria la fianza, ni quedaria e fiador obligado existiendo la prohibicion legal de enagenar las fincas de los menores. Debe, pues, aquel obligarse como principal y prometer la eviccion, segun lo declara Bart. á la l. 46. D. *de fidejus* y así procede sin duda en las ventas que el menor no ha roborado con juramento; mas cuando lo hubiere hecho, bien podrá otro afianzarle, y quedará obligado, aun cuando haya espresado hacerlo simplemente como fiador, segun Abb. al cap. *cum contingat* col. 6, 7 y 8. *de jurejur.* y añad. á Specul. tít. *de empt. et vendit.* § *nunc dicendum* col. 2. donde esplica en cuales términos debe el adulto que otorgare un contrato espresar que no tiene curador; pues si lo tuviese, y no lo ignorase el que contratara con él, opina que podria dicho menor separarse

pararia, e defenderia contra todo ome que la quisiesse contrallar al comprador, e a sus herederos, en juyzio e fuera de juyzio: e demas, que el guisaria, e faria de manera, que el vendedor sobredicho siempre auria por firme la vendida que auia fecho, e el precio que auia recebido por ella, en que todas las cosas que el otorgo, e prometio en la carta de la vendida, e en la jura que el fizo, siempre las guardaria, e que nunca vernia contra ellas en ningund tiempo, nin por ninguna razon. E otrosi prometio este fiador, de refazer al comprador todas las costas e missiones, e los daños, e los menoscabos que fiziesse por razon que estas cosas non le fuessen guardadas, o alguna dellas, assi como sobredichas son, so pena de tantos marauedis, obligando a si mismo, e sus herederos, e a sus bienes en tal manera, que maguer la pena fuesse pagada, o non, que la vendida siempre fincasse firme, e estable. E demas desto deue dezir en la carta, como el fiador renuncia, e se quita de toda ley, e de todo fuero, e costumbre que le pudiessen ayudar, o sacar deste obligamiento, e desta fiadura quel fizo por el menor: e todas estas cosas, que diximos por guarda del comprador, deuen sea escritas en la fin de la carta de la vendida, quando el fiador es presente a la sazon que se faze; mas si el fiador non se acertasse y, e fuesse tomado despues, deuen fazer la carta de la fiadura apartadamente, assi como sobre dicho es (254).

LEY 60. *En que manera deue ser fecha la Carta, quando el Guardador del huerfano vende algunas cosas que sean rayz, de las que tiene en guarda.*

Porque las cosas de los huerfanos, que sean rayz, non se pueden ligeramente enagenar, fueras ende por debda, o por grand pro de los huerfanos, assi como mostramos en el Titulo (255) que fabla dellos; e aun estonce deuese fazer con otorgamiento del Juez del lugar, andando la cossa publicamente en almoneda (256) treinta dias; porende queremos mostrar, en que manera deue ser fecha la carta de tal vendida, porque el comprador pueda ser seguro de lo que comprare, e el Guardador del huerfano se guarde de yerro: e dezimos, que deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulano, Guardador de Fulano huerfano, delante de tal Judgador mostro, como este huerfano deuia tantos mareuedises a Fulano, assi como parecio por vna carta publica fecha por mano de tal Escriuano. E porque el menor non pudiesse caer en daño (por-

del contrato á pesar del juramento; aunque yo no creo que esto sea cierto, pues por mas que el adulto no tenga curador, no deja de roborarse el contrato con el juramento, segun la Glos. al §. *item sacramenta, de pace jur. firm.* glos. 1. hácia el fin, y Bald, allí col. 2. vers. *tertio quœdem* donde abraza la misma opinion y dice ser la mas comun.

(254) L. 57. de este tít.

(255) V. l. 18. tít. 16. Part. 6ª.

(256) Véase aquí espresamente prevenido que hayan de hacerse á pública subasta las ventas de los predios de menores, sobre lo cual habia, por derecho comun, varias opiniones, segun Alber. á la l. 7. §. 8. D. *de min.* y se habia contradecido Bald. adoptando á la l. 3. col. 1. C. *de execut. rei jud.* la de ser necesaria la subasta, y sosteniendo á la autent. *hoc jus. porrectum C. de sacros. eccles.* la de poderse vender los bienes de los menores, sin necesidad de la subasta, mientras se hiciese la venta de buena fe y en alguno de los casos en que es permitido hacerla. Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. *nunc dicendum* col. 2. vers. *hoc quoque* opina tambien por la necesidad de la subasta; y asimismo se establece por esta nuestra ley previniéndose que haya de durar aquella por espacio de treinta dias. La citada autent. *hoc jus. porrectum* hablando de los bienes de la iglesia exijia tan solo que se subastasen por espacio de veinte dias; lo que Juan de Plat. á la l. 4. C. *de fid. et jur. hast. fisc.* hacia estensivo á los bienes de los menores. Adviértase, empero, que en la presente ley se habla únicamente de los bienes inmuebles; de suerte que, con respecto á los muebles, queda la misma duda que antes, sobre si para la venta de los mismos es ó no necesaria la subasta. Podria tal vez decirse que se requiere esta, cuando se venden dichos bienes judicialmente, y no cuando la venta es privada y hecha por el mismo menor con el tutor, como, distinguiendo dichos casos, lo opina Bald á d. l. 7. §. 8. D. *de minor.* Pero es lo mas seguro verificar siempre la subasta—* Y aun parece que á tenor de la presente ley será siempre necesaria para la validez de la venta, sin que pueda adoptarse la dist. de Bald., por lo mismo que no siendo permitido el vender los bienes de los menores sin decreto ó autorizacion del juez, el cual no la da sin previo conocimiento de causa ó previa informacion de utilidad, ya no puede haber venta alguna de los espresados bienes que no sea en cierto modo judicial, aunque voluntaria; á mas de que, estando, como está, prevenido por punto general que las ventas judiciales se hayan de hacer en pública subasta, aunque los bienes vendidos no pertenezcan á los menores, y que-

que lo graua aquella debda (256); e ouiesse a pechar pena que fuesse puesta sobre ella a plazo sabido; o porque gela demandauan muy afincadamente (258) ouo menester de vender tal casa, o tal viña, que auduuo en almoneda treinta dias; assi como se muestra por la carta que fue en razon del almoneda. E porende el Guardador del susodicho con otorgamiento e con mandado del Juez vende tal casa, o tal heredad, en nome del huerfano que tiene en guarda, a tal ome recibiente por si, e por sus herederos, por juro de heredad por siempre jamas, la qual casa es en tal lugar, e ha tales linderos. E dende adelante deue escreuir todas las cosas que de suso diximos en la primera carta, que muestra como deuen fazer la carta de la vendida. Pero en el lugar, o fabla del precio por que es vendida la cosa, deue dezir assi: que la vende el Guardador del huerfano por precio de tantos marauedis, que fue pagado al Guardador delante del Escriuano (259), e de los testigos que son escritos en la carta. E otrosi el Guardador luego delante dellos mismos fizo pagamiento (260) de la debda que el huerfano deuia, a aquel que la auia de recebir: e otorgose por pagado della, dandole, e entregandole la carta cancelada del debdo que auia sobre el huerfano. Otrosi deue dezir en la carta, en el lugar do dize que el vendedor obliga sus bienes e los de sus herederos al comprador, que obliga los del huerfano e de sus herederos, e non los del Guardador (261), nin de los suyos. E sobre todo deue dezir en fin de la carta, como el Judgador, vista la carta en que fuera este atal dado por Guardador del huerfano, e otrosi la del debdo que deuia, a todas estas cosas, que sobredichas son, dio su otorgamiento (262). Otrosi dezimos, que si el huerfano ha alguna cosa de que se non aproueche mucho, e él Guardador la vende por comprar otra de que se aproueche mas (263); que en ambas las cartas, tambien en la de la vendida como en la de la compra, deue dezir la razon por que las fazen, e como son fechas con otorgamiento, a

riendo nuestra ley aquí establecer para las ventas de los bienes de estos mas garantías de las que tienen las demás, es evidente que, al declarar que dichas ventas se hayan de hacer en pública subasta ha entendido la ley hablar tambien de las privadas y extrajudiciales; de lo contrario nada absolutamente habria hecho, y los menores quedarian en el mismo caso que los demás.

(257) Añád. l. 5. §. 9. D. *de reb. eor.* y l. 12. C. *de prœd. min.*

(258) Conc. d. §. 9. l. 5. D. *de reb. eor* donde dice: *si modo urgeat creditor.*

(259) Es esta cláusula muy conveniente para que conste que en realidad se ha entregado el precio al tutor, pues la sola confesion de este de haberlo recibido, sino lo afirmase tambien el escribano, no perjudicaria al pupilo, l. 46. §. 5. D. *de admin. tut.* y Bart. allí, y Juan de Plat. á la l. 2. C. *de conven. fisc. debitor.*

(260) Añád. l. 5. §. 13. D. *de reb. eor.* donde se dice: *oportebit Prætorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur* y añád. Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. *nunc dicendum* vers. *hoc quoque.* Pero ¿podrá perjudicar al comprador que hubiere satisfecho el precio al tutor ó curador, el que dicho precio no haya sido entregado al acreedor del pupilo? Parece que no, segun esta nuestra ley, conforme con lo anotado por Bart. á la l. 9. col. últ. vers. *quœro quid si dicitur* D. *de alim. et cibar. legat.* donde sostiene que si el ejecutor de un testamento ha vendido una finca del albaceazgo, para pagar los legados, y el comprador le ha satisfecho el precio, quedará este libre de toda eviccion, aunque el ejecutor ó albacea no invierta dicho precio en el pago de los legados; y V., en confirmacion de lo mismo, lo anotado por el propio Bart. á la autent. *hoc jus porrectum* C. *de sacros eccles.* vers. *quœro dicitur hic* y V. el texto singular de la l. 8. §. 8. D. *quid. mod. pign. vel hypot. solv.* que prueba tambien lo dicho en la presente nota.

(261) Pues no debe el cargo de la tutela ser perjudicial á los que lo desempeñan, l. 7. D. *testam. quemad. aper.* l. 1. C. *quando ex fact. tut.* y V. lo que se establece en la l. 67. D. *de procur.*

(262) Porque es necesario el decreto judicial para la enagenacion de los bienes inmuebles de los menores, l. 4. y l. 12. C. *de prœd. minor.* d. l. 5. §. 9. D. *de reb. eor.* y l. 18. tít. 16. Part. 6ª pudiendo verse en d. §. 9. cuales son los estremos sobre que debe versar el conocimiento de causa ó informacion que precede al judicial decreto: y es de notar que por el mero hecho de haber mediado el referido decreto, se presume que se han cumplido todas las demás solemnidades y se sostiene la venta, á menos que el menor pruebe haber sido el juez engañado con falsas alegaciones. V. Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. *nunc dicendum* col. 3. vers. *et breviter*; y Bald. allí en sus adiciones al mismo; y añád. Dec. citando á Juan del Imo. consil. 403. col. 2.

(263) Véase aquí, como no solamente por necesidad ó para pagar deudas pueden venderse las cosas de los menores, sino tambien por mera utilidad y para comprar con el precio de ellas, otras mas beneficiosas, añád. l. 4. tít. 5. Partª. 5ª. y lo anotado allí, y Bart. á la l. 5. §. 4. D. *de reb. eor.* limitándose así lo dispuesto en la l. 4. C. *de prœd. min.*

con mandado del Judgador. Ca de otra guisa non valdria lo que fiziessen en esta razon. E en esta manera misma, e por estas razones deuen ser fechas las cartas, que ouieren de fazer, de las vendidas que fizieren los Guardadores de los bienes de los mudos e de los sordos (264), e de los desmemoriados, e de los desgastadores de lo suyo, quando vendieren alguna cosa de qualquier dellos, que sea rayz.

LEY 61. *Como deue ser fecha la Carta de la vendida, que faze el Personero en nome de otri.*

Enagenan, e venden los Personeros las cosas agenas por mandado de otri. E la carta de tal enagenamiento, o vendida, deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulan Personero de Fulan (*j*) dando señaladamente (265) poder para vender tal casa, o tal viña, e para recebir el precio (266) della, e para prometer en nome del todas las cosas que son escritas en esta carta, assi como parece en la carta de la personeria, fecha por tal Escriuano, o sellada del sello de aquel que lo fizo su Personero, vende, e da tal cosa, a Fulan recibiente por si, e por sus herederos, que es en tal lugar, e ha tales linderos, (e de si deue poner todas las otras palabras assi como diximos en la carta de la vendida) por precio de tantos marauedis; de los quales, assi como Personero de aquel cuya era la cosa, e en su nome, se otorgo por pagado (267), e que todo el precio auia recebido, e passado a su poder; e renuncio, e quitose de toda defension, e señaladamente de aquella, que non pudiesse dezir que el precio non le fuera pagado: e sobre todo esto deue dezir todas las otras cosas, que son de suso dichas en la carta de la primera vendida; saluo ende en el logar do dize, que el vendedor obliga sus bienes, e los de sus herederos, que diga que obliga los de aquel que le fizo su Personero, e de sus herederos.

(*j*) dado señaladamente para él Acad.

LEY 62. *Como deuen fazer la Carta de lo vendida, que el Albacea faze de los bienes del finado.*

Albaceas dexan los omes a sus finamientos, que han menester muchas vezes de vender de las cosas del finado: e la carta de la vendida deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulan, Albacea de Fulan, dado, e establecido para pagar las debdas, a las mandas que el finado fizo en su testamento, por poder que le otorgo para vender (268), e enagenar de sus bienes, tantos fasta que pudiessen ser pagadas; assi como parece por la carta de las mandas que fizo, que fue fecha por mano de tal Escriuano publico; queriendo cumplir la voluntad del finado, vende, e da assi como Albacea, tal heredad (269), que es tal lugar, e a tales lin-

(264) Añád. l. 2. y Glos. allí C. *de curator. furios.* pues los pródigos y los furiosos se equiparan á los pupilos, segun Bart. á la l. 1. §. 13. D. *ad Trebellian.* y Alex. á la l. 3. C. *de in integr. restit.* notab. 3. Nótese tambien lo que se dispone en esta nuestra ley acerca de los sordos y de los mudos; pues estos, y los primeros, (aunque tengan cabal y perfecto conocimiento de algunas cosas), con tal que no oigan, se equiparan asimismo á los pupilos, l. 65. §. penúlt. D. *ad Trebell.* por lo cual se les debe proveer de curador; entendiéndose, empero, lo dicho en cuanto á los sordos, con tal que estén enteramente privados del oido, pues los que, á pesar de la sordera, se hallan en estado de poder administrar por sí sus negocios, no necesitan de curador, V. Bart. á la l. 1. princ. D. *de verb. oblig.* col. 2. bien que Jas. allí col. últ. pretende que á los mudos ni á los sordos que tengan cabal conocimiento de las cosas, no se les debe dar curador.

(265) Formúlase en esta ley el poder especial que se necesita para poder vender en nombre de otro: V. l. 63. D. *de procurat.* y l. 10. y Bald. allí C. *quod cum eo.*

(266) Esta cláusula parece redundante, pues el que tiene poder suficiente para vender, lo tiene tambien para cobrar el precio de la venta. V. Bart. á la l. 88. D. *de solut.*

(267) Entiéndase, como se declara aquí, en el caso que el procurador tenga poder para confesar la recepcion del precio; V. l. 4. y Bart. allí C. *de novat.* y Abb. al cap *cum olim.* notab. últ. *de offic. deleg.* opinion que es la mas comun entre los DD. á la 2. §. últ. D. *de reb. cred.* siendo de notar, empero, que por lo comun, en los poderes generales para cobranzas no se continúa esa cláusula de nuestra ley, sino que todos los dias se admiten confesiones de pago hechas por procuradores con semejantes poderes, sin que en ellos se les haya autorizado especialmente para hacer dichas confesiones, y Juan de Imol. pretende á d. cap. *cum olim* que no es necesaria aquella autorizacion por los motivos que pueden verse allí: mas en la práctica es siempre mas seguro el continuarla, porque, con ella, se sostienen los actos del procurador con mayor razon y equidad.

(268) Pues otramente y sin especial poder no

deros, que fue de los bienes del finado, a Fulan recibiente por si, e por sus herederos, por precio de tantos marauedis; el qual prometio, e otorgo, e conoscio (270) el Albacea sobredicho, que rescibio, e passo a su poder, para pagar (271) las mandas, e las debdas de suso dichas: e de si deue dezir todas las palabras que pertenescen a la vendida, assi como de suso diximos del Personero, diziendo, que obliga los bienes del finado, por la vendida que faze assi como Albacea: paro tal vendida como esta deue ser fecha en almoneda (272), porque non se pueda y fazer ningund engaño.

LEY 63. *Como se deue fazer la Carta de la cosa que es rayz, que vende Eglesia, o Monesterio.*

Eglesia, o Monesterio vendiendo alguna cosa que sea rayz, la carta de tal vendida deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulan Monesterio, porque era agrauado (273) de debdas; e señaladamente que deuia a Fulan, e a Fulan tantos marauedis, el qual debdo non podia pagar de cosas muebles que el Monesterio ouiesse, (o poniendo en la carta alguna de las otras razones que son dichas en este libro (274), porque las Iglesias, e los Monesterios pueden vender de las heredades que son llamadas rayz) assi como parece por las cartas de las debdas que son fechas por manos de tales Escriuanos publicos; porque los que auian a recebir las debdas, las demandauan muy afincadamente, e el Monesterio las auia a pagar, e non tenia de que, fue menester que vendiessen tal casa, o tal heredad: e porende con otorgamiento, e con plazer de Fulan Arçobispo (275), o Obispo, o Abad, que es su Perlado, e su Mayoral, assi como parece por la carta del otorgamiento, que es sellada con su sello; e otrosi con otorgamiento del Cabildo, o del Conuento deste mismo Monasterio, estando delante Fulan, e Fulan, Monjes, nombrando todos quantos se acertaron y; Fulan, Abad, por si, e por sus sucessores, en nome del sobredicho Monesterio vende, e da a Fulan recibiente por si, e por sus herederos, tal casa, o tal heredad, que es en tal lugar, e ha tales linderos, con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias (assi como diximos en la primera carta de la vendida, por precio de tantos marauedis; el qual fue dado, e pagado por mano del comprador, ante el

podrian venderse los bienes del difunto, segun se infiere de la presente ley, y l. 9. y Bart. allí D. *de alim. et cib. legat.* siendo de advertir que, aunque el testador hubiese muerto en la menor edad, ya no seria necesario el judicial decreto, l. penúlt. C. *quand. decret. opus non est*, l. 1. pr. D. *de reb. eor.*

(269) Pues puede el albacea vender la cosa que mejor le parezca, Glos. á la l. penúlt. *quando decret. opus non est*; pero eligiéndola á arbitrio de buen varon y con buena fe, Bart. á la l. 9. col. 4. D. *de alim. et cib. leg.*

(270) Entiéndase con tal que el albacea tuviese poder para confesar el pago y sacar al deudor de obligacion; pues otramente no valdria su confesion, V. Bart. á d. l. 9. D. *de alim. et cibar. legat.*

(271) Conforme con lo dispuesto aquí es lo que dice Bart. á d. l. 9. col. últ. sobre lo cual V. lo anotado á la 60 de este tít. nota 260.

(272) Nótese esto, y añád. lo que dice Bart. á d. l. 9. vers. *deinde quæro.*

(273) Sobre las causas que deben concurrir para enagenar las cosas de la iglesia hay tratados especiales; V. la Glos. al cap. 1. *de reb. eccles. non alien.* y acerca la fórmula de la escritura de que habla la presente ley, V. Specul. tít. *de empt. et vendit.* §. *nunc dicendum* col. últ. siendo dos los requisitos esenciales para poder enagenarse las espresadas cosas válidamente; á saber, el que haya justa causa y que se observen, al otorgarse la enagenacion, las formalidades prescritas por el cap. 1. *de reb. eccles. non alien.* y en la Clementin. 1. d. tít. glos. penúlt. al cap. 1. *de in integr. restit.* y V. Ant. Abb. y los DD. allí, donde todos sostienen la misma opinion, que es la mas comun, segun afirma Abb. al cap. *tua*, *de his quæ fiunt a prelat. sine consens. cap.* Dec. consil. 282. lo cual debe tenerse por verdadero, por mas que Socin. consil. 15. vol. 1. col. 9. pretenda ser mas general la opinion de ser bastante el que se cumplan las formalidades, sin necesidad de justa causa.

(274) L. 1. tít. 14. Partª. 1ª.

(275) Añád. cap. *Abbatibus* 12. q. 2. y cap. *in venditionibus* 17. q. 4. Clement. 1. *de reb. eccles. non alien.* cuya Glos. trata de los prelados ó Abades generales que son considerados como Obispos: y los Obispos que enagenan una cosa perteneciente á su mesa necesitan el consentimiento del Arzobispo, Glos al cap. 1. *de reb. eccles. non alien.* vers. *defensorem;* sin embargo Juan Andr. allí se refiere á lo anotado por el mismo al cap. 1. *de his quæ fiunt á prelat. sine consens, cap.* donde Inoc. cita á varios que sostienen lo contrario: y conc. Host., donde dice que, cuando ha mediado juramento por parte del Obispo de enagenar sin el consentimiento del Papa ó del Arzobispo, debe cumplirse lo jurado; pero que no habiendo mediado aquél, no es necesaria la autorizacion del Arzobispo. Juan de Imol., empero aconseja allí mismo como mas seguro entre tan diversas opiniones,

Escriuano (276) publico que escriuio la carta, e los testigos que son escritos en ella, a Fulan, que auia a recebir la debda del Monasterio; e esta paga fue fecha por mandado del Abad, e de los Monjes sobredichos que estauan delante. E otrosi otorgose por pagado aquel que auia a recebir la debda, e torno la carta que tenia sobre ella rota, e cancelada en mano del Abad: e dende adelante deue escreuir las cosas, assi como de suso son dichas en la primera carta de la vendida, saluo que deue dezir, que el Abad obliga por si, e por sus sucessores los bienes del Monesterio al comprador, e a sus herederos, por aquella vendida que le faze. E en esta misma manera (277) deuen ser fechas todas las cartas de la vendida, que fizieren todas las otras Eglesias que ouieren Cabildo, o Conuento. E si por auentura fiziesse vendida alguna Eglesia Parrochial, deue ser fecha la carta en essa misma manera; saluo ende, que en el lugar, do dize en la carta sobredicha, que la vendida es fecha con otorgamiento, e con plazer del Abad, e del Conuento; que diga en esta, que es fecha con otorgamiento, e con plazer de los Patrones, e de algunos de los Parrochianos (278) de la Eglesia, que deuen ser presentes, escritos sus nombres en la carta.

LEY 64. *Como deue ser fecha la Carta, quando un ome a otro vende el derecho que el ha en alguna cosa.*

Venden los omes à las vegadas los derechos que han en algunas cosas: e la carta de tal vendida como esta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Pero Garcia vende, e da, e otorga á Garcia Yuañes (279) todo

el que se impetre la referida autorizacion y añád. Bald. á la autent. *hoc jus porrectum. C. de sacros. eccles.* donde pretende que es aquella necesaria.

(276) Continúase esta cláusula para que conste que el precio se ha invertido en utilidad del monasterio, autent. *hoc jus porrectum* C. *de sacros. eccles.* en la inteligencia de que es obligatorio, por parte de los que enagenan, el hacer la espresada inversion; pero no debe cuidar el comprador de que se haga; antes pagando el precio al monasterio ó al procurador de este, queda exento de responsabilidad, segun Bart. á d. autent. col. 1. vers. *si quæro* y V. lo anotado á las ll. 59. y 60. de este tít. de suerte que queda de todos modos subsistente el contrato, sin que el comprador tenga siquiera la obligacion de probar que el precio se ha invertido en utilidad del monásterio, Glos. Salic. y DD. á la l. 10. C. *de præd. min.*

(277) Esto es, con el consentimiento del Obispo, segun el cap. *placuit* 12. q. 2. pues, aunque el rector de una iglesia en que no haya cabildo, tiene él solo para enagenar las cosas de la misma, tanta potestad, cuanta tendria el prelado junto con el cabildo, donde lo hubiese, Glos. al cap. *potuit, de locato* vers. *potuisse,* Abb. y DD, allí, pero esto no escluye el qe sea necesaria la autorizacion del Obispo, á tenor de d. cap. *placuit,* porque tampoco, sin aquella autorizaccin, podria enagenar el prelado con el cabildo, segun Abb. al cap. 1. col. 2. *de his quæ fiunt á præb. sine cons.* cap. y segun el cap. *in venditionibus* 17. q. 4. ¿Qué deberia, empero, decirse si mediase el consentimiento del Papa? Entónces bastaria este, como notablemente opina Abb. á quien puede verse, cons. 41. col. 4. vol. 1. vers. *videndum est,* fundándose, en la glos. y el texto del cap. *ad audientiam, de eccles. ædific.* y Archid al cap. antepen. 12. q. 2. Y en órden á las ventas que otorgan los religiosos de la órden de Predicadores y demás mendicantes fuera de los frailes menores, V. Bald. á la autent. *hoc jus porrectum* col. últ. d. tít. donde dice que, como aquellos venden por necesidad, segun lo requiere la naturaleza de su estado, no se requiere la justa causa, ni las solemnidades que en los demás casos.

(278) La intervencion y asistencia de los parroquianos se exige para mayor formalidad, pero no es necesaria, como dice Juan Andr. adiciones á Specul. d. §. *nunc dicendum,* hácia el fin, é Inoc. al cap. únic. *ut eccles benefic.* donde sostiene que tampoco es necesario el consentimiento del patrono para la enagenacion de las cosas de las iglesias de patronato, y V. Abb. allí, el cuál, no obstante, aconseja que no deje de impetrase aquel consentimiento, para evitar que despues impugne el patrono la enagenación á pretesto de haber sido hecha sin justa causa, en cuyo concepto es muy útil la referida autorizacion para evitar litigios: y lo mismo debe decirse de los parroquianos quienes podrian tambien impugnar la enagenacion á pretesto de ser injusta, segun la Glos. al cap. *si quis presbyterorum, de reb. eccles. non alien.*

(279) No dice si debe espresarse que el comprador esté presente ó ausente, siendo dudoso si puede hacerse á favor de un ausente la cesion de ácciones, pues la Glos. á la l. 27. §. últ. vers. *transferri* D. *de procurat.* opina por la afirmativa, y al contrario Pedr. *de Cervotis,* segun Juan Andr. adiciones á Specul. tít. *de cession. actionis* §. *consequenter*, adiccion á la palabra *recipienti*; y mas bien parece que no podrá hacerse dicha cesion á un ausente, en los casos en que no haya mediado un comisionado ó alguna carta; pues, requiriéndose para ceder las acciones un título, como el

el derecho que el ha contra Alfonso (280) Perez, e contra sus herederos, e contra sus bienes, por razon (281) de tantos marauedis: de los quales (282) dize el vendedor sobredicho, que Alfonso Perez le es obligado, de manera que non se puede escusar que los non pague; assi como se demuestra por la carta de la debda, que fue fecha por mano de tal Escriuano publico; de la cual carta lo entrego el, faziendolo Personero (283), para demandar aquella debda, assi como su cosa, poniendole en su logar, e otorgole poderio, para poder demandar aquella debda, e la pena, e los daños (284), e los menoscabos, assi como dize la carta sobredicha, que fue fecha contra Alfonso Perez, bien assi como el vendedor lo podria fazer en juyzio, e fuera de juyzio: e esta vendida fizo por precio de tantos marauedis; los cuales (*l*) el sobredicho conto, e dio al vendedor (285) ante el Escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta: e el vendedor de suso nombrado otorgo e prometio por si, e por sus herederos al comprador sobredicho, e a los que lo suyo heredaren, que esta vendida, e este otorgamiento que el fizo, siempre lo aura por firme, e que nunca fara, nin verna contra ello; e que desta debda nunca fizo enagenamiento (286) a ome ninguno, nin le fue pagada, nin lo quito. E demas, que todos quan-

(*l*) el sobredicho comprador conto Acad.

de compra ó donacion, l. 22. C. *mandati*, cuyos contratos no pueden otorgarse entre ausentes, sino por medio de carta ó comision, l. 2. D. *de act. et oblig.* y V. lo anotado allí; síguese de aquí que tampoco sin aquel requisito podrá hacerse entre ausentes la cesion de acciones: y lo propio opinan Bart. y Paul. á d. l. 27. §. últ. y Bald. á la l. 18. hácia el fin C. *de legat* y á l. 22. col. penúlt. C. *mandati;* el cuál entiende y limita lo dicho en cuanto á la cesion de acciones útil y traslativa; pues por lo que hace al ejercicio de las acciones directas, bien puede facultarse para él á un ausente, en cuyo sentido puede entenderse lo dicho por la Glos. á d. l. 27. §. últ. citada al principio: resultando de aquí que la espresada cesion debe hacerse á uno que esté presente, ó aun ausente, pero por medio de carta ó comision.

(280) Es indiferente que ignore ó contradiga la cesion ese contra quien se tienen las acciones cedidas, l. 3. C. *de hæred. vel action. vend.*

(281) Esta sola designacion del precio, aunque no se hubiese espresado que se *vende* el derecho ó acciones transferidas, bastará para que conste que se transfieren ó ceden aquellas por título de venta, segun Bart. á la l. 22. C. *mand.* y Bald. allí col. 3. contra la opinion de Juan Andr. adiciones á Specul. tít. *devers. action.* §. 1. col. 5. vers. *rigorosum*, donde pretende que es necesario espresar que las acciones se ceden por título de venta. Azon. sostenia que el título se habia de espresar en el principio de la escritura como se observa en la fórmula transcrita en la presente ley. Pero es indiferente el que se haga al principio, hácia el fin ó en medio de las demás cláusulas, segun Juan Andr. lugar citado y Bald. á d. l. 22. col. 4. donde añade que no bastaria el que se dijese que se ceden las acciones por el título que despues se espresará.

(282) Esta cláusula se continua aquí, de conformidad con lo dispuesto en las ll. 22 y 23. C. *mand.*

(283) Con estas palabras se entiende delegado el ejercicio de las acciones directas, las cuales en estos términos pueden cederse á un ausente, segun Bald. á d. l. 22. C. *mand.* col. penúlt. y á la l. 18. C. *de legat.*

(284) Esta cláusula es útil y aun necesaria, porque sin ella no podrian en fuerza de la cesion ó de la venta, reclamarse la pena estipulada, los daños y perjuicios, pues, aunque, cedida la accion principal, se entienden tambien cedidos los accesorios, l. penúlt. C. *per quas person. nob adquir.* ll. 2. y 6. D. *de hæred vel act vendit.* pero esto tiene lugar en los accesorios de la cosa, no en los accesorios del juicio, como lo espresa notablemente Bald. á quien puede verse, á la l. últ. vers. *extra quæritur*, C. *quand. provoc. non est necess.* bien que la obligacion fidejusoria viene comprehendia tambien, como accesion, en la accion cedida, Bart. á la l. 21. D. *de fide jus.* y Bald. á d. l. últ. Pero en virtud de la cesion de acciones, ¿se entenderá tambien cedido el fuero del cedente? Bald. á la l. 5. hácia el fin C. *de sentent.* despues de Bart. opina por la afirmativa: V. al mismo allí; entendiendose, empero, con la distincion que establece, diciendo que se considera comprendido en la cesion y transferido el fuero, cuando es inherente al derecho ó accion que se ha cedido: pero no cuando es de los que están concedidos por razon de la persona; como el que disfrutan las viudas. Y acerca de si por la cesion de las acciones que coompeten contra un córreo ó uno de los deudores solidarios se entenderán tambien cedidas las acciones que competen contra los demás, V. Bart. á la l. 68. hácia el fin D. *ad Trebell.*

(285) Pónese tambien aquí la cláusula de haberse entregado el precio ante el escribano; porque no bastaria la sola confesion, por parte del vendedor, de haberlo recibido; antes se presumiria simulada; Glos. Bart. Bald. y Ang. á d. l. 22. C. *mandati* y Bald. á la 15. col. últ. C. *de reb. cred.*

(286) V. lo anotado á la l. 56. de este tít. nota 234.

tos daños e menoscabos, costas e missiones fiziere el comprador en juyzio, e fuera de juyzio, por razon que esta vendida non fuesse desembargada assi como sobredicho es, que el vendedor sobredicho, e sus herederos sean tenudos de gelas refazer so la pena del doble del precio de suso dicho, e la pena pagada, o non, que siempre sea la vendida valedera, e que tantas vegadas (287) le pueda esta pena demandar, quantas el vendedor, o sus herederos fizieren, o fuese fallado que ouiesse fecho contra lo que en esta carta dize. E porque todas estas cosas sean bien guardadas, obligo el vendedor a si, e a sus herederos, e a todos sus bienes al comprador, e a sus herederos; e de si deue dezir en la carta todas las otras cosas, assi como dize en la carta de la vendida.

LEY 65. *Como deuen fazer la Carta de la vendida de las bestias.*

Bestias venden los omes, e la carta de tal vendida deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta (288) vieren, como Fulan vende a Fulan tal cauallo, que es de tal color, e entregale del, dandogelo por la oreja, o por el freno, con todas sus tachas, e costumbres malas que el cauallo auia a la sazon que lo vendio, nombrandolas todas (289), tambien las que parecieren de fuera como las otras que ouiere dentro, encubiertamente. E sobre todo deue dezir, como gelo vendio por tal qual el cauallo es; diziendo paladinamente, que si auia en el alguna tacha estonce, o si se descubriesse dende adelante, que non le queria ser tenudo (290) por ella. E que esta vendida le fizo por precio de tantos marauedis, que otorgo el vendedor, que auia recebido del comprador, e passaron a su poder, e fue dellos bien pagado, renunciando, e quitandose de toda defension; e señaladamente, que non pudiesse dezir, que este precio non le fuera contado (291), e dado, e pagado. E sobre todo prometio el vendedor al comprador, de amparar, e de defender este cauallo que le vendio, en juyzio, e fuera de juyzio, de todo ome que gelo contrallasse o mouiere pleyto sobre el, e de refazerle todo daño, e despensa que fiziesse en esta razon, so pena del doblo del precio sobredicho, obligando a si mismo, e a sus herederos, e sus bienes al comprador, e a los que lo suyo heredassen. E otrosi el comprador en esta manera rescibio, e compro el cauallo, por tal qual era, assi como sobredicho es, otorgando, e diziendo, que el vendedor non le fuesse tenudo (292), del responder de alli adelaute, por tacha que el cauallo ouiesse dentro, o fuera, quier pareciesse, o non. E otrosi prometio el comprador al vendedor, que nunca moueria pleyto en juyzio, por razon que tornasse el precio que le auia dado, e recibiesse (293) el cauallo, nin por razon, que dixesse, que el cauallo non valia tanto (294), quanto gelo vendio: e renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero que el pudiesse ayudar en esta razon. Pero si acaesciese, que vn ome a otro vendiesse cauallo, o otra bestia por sana (*ll*), e que gela desembargara en juyzio, e fuera de juyzio, de todo ome que gela quisiesse contrallar; que si a la bestia se le descubriesse alguna tacha o costumbre mala, que ouiesse ante auido que gela el vendio, que le tornaria su precio, dandole el la bestia: o si

(*ll*) entonce debe decir en la carta como gelas vende por sana et que gela desembargara Acad.

(287) V. l. 56. de este tít.

(288) Acerca de la fórmula contenida en la presente ley, V. Specul. tít. *de empt. et vend.* §. *nunc dicendum*, donde trata sobre el particular algunas notables cuestiones.

(289) Añád. l. 1. D. *de ædilit. edict.* y l. 64. tít. 5. Part. 5.

(290) Este pacto aprovecha al vendedor, cuando, al hacer la compra, hubiese ignorado el vicio del caballo vendido; mas no, si lo hubiese sabido, l. 14. §. 9. D. *de dilit edict* l. 39. D. *de act. empt.* l. 66. tít. 5. Part. 5.

(291) La escepcion del dinero no contado, á que se renuncia por la cláusula continuada aquí podria oponerse dentro de los 30 dias, l. 14. §. 2. C. *de non numer. pecun.* y es válida la renuncia que se hace de la misma. Pero ¿lo será aunque se haga en la misma escritura en que se confiesa recibido el precio? V. lo anotado á la l. 9. tít. 1. Partida 5. nota 63. allí.

(292) Pues á los que han remitido sus acciones no les compete la facultad de volver á entablarlas, l. 14. §. 9. D. *de ædilit. edict.* l. 31 D. *de pact.* á menos que por arte del vendedor hubiese sido el comprador inducido á renunciar su derecho, segun d. §. 9. y y lo anotado por Bald. á la l. 4. col. 4. C. *de ædilict. act.* V. la l. 66. tít. 5. Part. 5.

(293) Llámase accion redhibitoria, como si se dijese restituoria, porque la cosa y el precio vuelven á su primitivo estado, l. 21. *de ædilict. edict.* l. 25. §. 1. *de except. rei judic.*

(294) Llámase esta accion *quantiminoris*, y compete al comprador, aunque, al comprar la cosa, hubiese sabido el vicio de que adolecia, V. l. 2. C. *de ædilit. act.* y Abb. al cap. *injustum. de rer. permut.* pudiendo ser de dos especies, civil y pretoria, V. Bald. á la l. 2. col. 4. C. *de rescind. vendit.*

otras posturas pusiessen entre si el comprador, e vendedor, deuelas (*m*) e Escriuano escreuir en la carta, en la manera que las pusieren.

LEY 66. *Como deue ser fecha la Carta del cambio.*

Cambios fazen los omes de sus cosas, e la carta del cambio deue ser fecha en esta guisa. Sepan cuantos esta carta vieren, como Fulan da, e otorga a Fulan por cambio, e en nome de cambio, por juro de heredad, tal viña que es en tal lugar, e ha tales linderos, e que gela da con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias, quantas ha, e deue auer de derecho, e de fecho, de manera que el, e sus herederos la puedan tener, e auer, e fazer della, e en ella lo que quisieren, assi como de lo suyo mismo: e desapoderase del juro, e de la tenencia de aquella cosa, e apodera a el en ella, dandole, e otorgandole poderio para tomar corporalmente la tenencia della, quando el quisiere. E esto faze, porque Fulan el sobredicho da a el vna casa (295) en cambio, e por razon de cambio de la viña de suso dicha: e esta casa es en tal lugar, e ha tales linderos, otorgandogela con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias, por aquella misma razon, e en aquella misma manera que el otro otorgo, e dio a el la viña sobredicha: e apoderale en la tenencia de la casa de suso dicha, dandole (*n*) e otorgandole las llaues (296) della. E prometieron e otorgaron estos de suso nombrados, que fazen el cambio el vno al otro, que en ningun tiempo non moueran pleyto entre si, nin contienda sobre aquellas cosas que cambiaron, nin sobre ninguna de las cosas que les pertenescen, ante las ampararа el vno al otro en juyzio, de todo ome que las quisiesse embargar: e todas estas cosas, e cada vna dellas prometieron, e otorgaron entre si el vno al otro, de las cumplir, e de las guardar, e de nunca venir contra ninguna dellas, so pena del doblo de la estimacion de las cosas que cambiaron; e demas, de refazerse el vno al otro todo el daño, e el menoscabo que viniesse por esta razon, obligandose otrosi el vno al otro a ellos mismos, e a sus herederos, e a sus bienes. E sobre todo esto renuncio, e quitose cada vno dellos de toda ley, e de todo fuero, e costumbre de que se pudiesse ayudar, para desatar, e desfazer este cambio que non valiesse; e señaladamente (297) de aquello por que se pudiesse amparar, para non pechar esta pena.

LEY 67. *Como deuen fazer la Carta de la donacion, que vn ome faze a otro.*

Donacion fazen los omes de las cosas que han,

(*m*) el escribano Acad.

(*n*) et entregandol las llaves della Esc. 3.

(295) Pues dícese que hay permuta, cuando se dá una cosa por otra inestimadamente; de otra suerte seria el contrato una venta, la cuál existe por el hecho de estipularse un precio ó una cosa estimada, l. últ. y Bart. allí C. *de præd. decur.* Glos. Bart. y DD. á la l. 1. C. *de rer. permut.* y Paul. de Castr. allí. Pero ¿habrá verdadero contrato de permuta, cuando se cambie la mera posesion de una cosa por la de otra? V. Bald. á la l. 1. col. últ. C. *de rer. permut.*, donde dice que no habrá en dicho caso permuta, sino un contrato inominado de *hago para que hagas,* y cita la l. 80. §. 3. D. *de contrahend. empt.* Cuando, empero, se cambiase el dominio directo de una cosa por el útil de otra, habria verdadera permuta; y seria esta válida, cap. 1. §. *cum autem* y lo anotado por Bald. allí *de controv. investit.*

(296) Vendida una casa, deben entregarse las llaves de la misma, pues por ellas se entra en la posesion, l. 74. D. *de contrah. empt.* Bald. á la l. 2. *de verb. sign.* l. 12. y Bart. allí D. *de instruct. vel instrum.* y para que tenga lugar lo que se ha dicho de adquirirse la posesion por medio de la entrega de las llaves, debe hacerse esta en presencia de la casa, segun Bart. á la l. 1. princ. D. *de adquir. posses.* No obstante Alex. allí col. 20. y 21. pretende, despues de Imol. que basta el que se haga dicha entrega estando cerca de la casa, aunque no se esté materialmente á la vista de ella, con tal que el comprador pueda, sin apartarse mucho, introducirse en la misma; cuya opinion es adoptada por la Glos. allí; y lo propio indica Alber. á d. l. 74., cuando dice que, segun esta ley, no es la vista de la casa la que transfiere la posesion, sino la entrega de las llaves, y esto mismo me inclino á creer como mas verdadero y mas conforme con la presente ley de Part. bien que en la práctica, atendida la autoridad de Bart. que sostiene lo contrario, seria mejor que se entregasen las llaves á la vista de la casa.

(297) Esta misma cláusula se inserta en la l. 56. de este tít. y es conocida su utilidad, por ser muchos los casos en que los contrayentes podrian escusarse de pagar la pena estipulada, como el de haber sobrevenido alguna circunstancia que haya impedido el cumplimiento, l. 10. §. 1. D. *de leg. Rhod. de jact.* ó el de pedirse la pena, por razon de un hecho que en nada haya perjudicado al que la pide, l. 29. hácia el fin D. *de recept. qui arb.*

e la carta de tal donadio deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, e oyeren, como Fulan da, e otorga por juro de heredad, a Fulan recibiente por si (298), e por sus herederos, tal casa que es en tal lugar, e ha tales linderos: e esta donacion le faze puramente sin ninguna condicion, de su buena voluntad e sin ninguna premia; otorgandole que esta casa que le da, que la puedan auer, e tener el, e sus herederos (299) para siempre jamas, para fazer della, e en ella todo lo que quisieren, assi como de lo suyo mismo. E dagela con todas sus entradas, e con todas sus salidas, e con todas sus pertenencias, quantas que y ha, e auer deuen de derecho, e de fecho. E otorgo este que fizo el donadio, poderio al otro a quien lo dio, de entrar la tenencia de esta casa por si mismo, quando el quisiesse, sin otorgamiento de Juez, e de otro ome qualquier. E sobre todo esto prometio; que esta donacion que le fizo, que siempre la auria por firme, e que nunca yria contra ella en ninguna manera. E señaladamente, que nunca la reuocaria, diziendo que aquel a quien la fiziera, que gela non agradeciera, e fuera desconociente (300), faziendo contra el alguna de aquellas cosas, que dizen las leyes deste nuestro libro, por que pueden ser reuocadas las donaciones, assi como se muestra en el Titulo (301) que fabla dellas. E otrosi prometio, de ampararle esta casa (302) que le dio, de todo ome que gela quisies-

(298) Pónense estas palabras, por que seria de ningun efecto la donacion, si aquél á cuyo favor se otorgase estuviese ausente y no la aceptase, ni mediase carta ó comision, l. 10. D. *de donat.* l. 6. C. d. tít. l. 4. tít. 14. Part. 5. de donde infiere Paul. Castr. á la l. 134. §. 2. *de verb. oblig.* que, aunque se diga en la escritura que fulano hace donacion á sutano, si no espresa que este está presente y que acepta, no se presume que en realidad haya presenciado el acto, por ser posible el que se haya hecho entre ausentes: ni es válida la donacion, si no consta la aceptacion del donatario; lo que dice debe tenerse presente; y añád. lo anotado á d. l. 4.

(299) Dice la Glos. al cap. *possessiones* 16. q. 1. que si se ha hecho una donacion simplemente á algun particular, se entiende ser aquella personal; pero que si se ha hecho á una iglesia, se entiende perpetua; en cuyo concepto, seria necesaria la cláusula que pone aquí nuestra ley, para considerarse hecha la donacion á favor de los herederos del donatario: mas esto no obstante y aunque no se continue dicha cláusula, siempre, en caso de duda, se considerará la donacion real, mas bien que personal; y transmisible á los herederos, como en el caso propuesto en la l. 35. §. últ. C. *de donat.* y V. lo anotado allí por Bald. y Ang. confirmandolo mismo la l. 33. C. d. tít.

(300) Acostúmbrase generalmente continuar esta cláusula en las escrituras de donacion; á pesar de que, segun dice Bald. á la l. últ. C. *de pact.* col. 3., ningun efecto produce, por ser un pacto contra las buenas costumbres y de aquellos que inducen á delinquir, l. 27. §. 3. D. *de pact,* y lo mismo sostiene Paul. de Castr. allí, Specul. tít. *de donat.* §. 1. col. 3. versic. *quid si actum est in donatione,* Bald. á la l. últ. C. *de bon. liber.* Salic. á la l. 3. C. *de collat.* Bald. al cap. 1. *de feud. guardiæ* Alex. á la l. 61. D. *de verb oblig.* Roman. consil. 26. col. últ. que empieza: *pro decisione* y Juan de Imol. consil. 35. que empieza: *in caseo prætenso,* col. 6. cuya doctrina, empero, debe limitarse, esceptuando el caso en que haya intervenido juramento, segun Juan Andr. adiciones. á Specul. d. versic. *quid si actum est.* Alex, á d. l. 61. y consil. 40. col. últ. vol. 4. Imol. en d. consil. 35. aunque sostiene lo contrario Ludov. Rom. á d. l. 61. fundándose en varias razones, á las que contesta Alex. alegando en apoyo de la citada escepion el cap. *quemadmodum* 25. §. últ. *de jurejur.* y espresando que, cuando ha mediado juramento, no puede aquél pacto ser ocasion de delinquir; porque si bien, habiéndose renunciado con juramento el derecho de rescindir la donacion por causa de ingratitud, no podrá el donador impugnarla por dicha causa en cuanto á su interés privado, con todo podrá acusar al donatario por razon de publica utilidad, como lo enseña d. cap. *quemadmodum.* Y aun pasa mas adelante Dec. á d. l. últ. C. *de bon. liber.* donde sostiene que aun sin mediar el juramento, será válido el pacto, por el cuál se perdone la ingratitud: y se funda en la propia razon; esto es, en que, si bien entónces no podrá la ingratitud alegarse, en cuanto al interés del donatario, podrá hacerse, empero, por razon del interés publico; cuya opinion añade, ser probable por derecho comun: y no deja tambien de favorecerla la presente ley de Part., al continuar la referida cláusula ó pacto; lo que no haria, si este fuese de ningun efecto y reprobado por las leyes, en las cuales nada debe haber que sea superfluo, l. 2. C. *de veter. jur. enud.* Mas á pesar de todo. es mas equitativa la opinion de que solo es válido semejante pacto, cuando ha mediado juramento, y no otramente; en cuyo único caso podria entenderse que procede lo dispuesto en la presente ley á tenor de lo que se lee en d. cap. *quemadmodum.*

(301) V. l. 10. tít. 4. Part. 5.

(302) Es necesaria esta cláusula, porque, sin ella, no quedaria el donador obligado á prestar la eviccion, l. 18. §. últ. D. *de donat.* á menos que la donacion procediese de una promesa, l. 1. C. *de jur. dot.*

se contrallar: e todas estas cosas, e cada vna dellas prometio este que fizo la donacion, por si, e por sus herederos, al otro a quien la fizo, de las guardar, e de las cumplir, e de nunca venir contra ninguna dellas, so pena de cient marauedis. E si contra esto fiziesse, que pechasse la pena, e que la donacion siempre fuesse estable e valedera: e demas, que le pechasse todo el daño, e el menoscabo, e las costas que fiziesse por esta razon. E sobre todo renuncio, e quitose de toda ley etc. assi como sobredicho es en las otras cartas. E quando el que diesse la donacion pusiesse alguna condicion en ella, e retouiesse y algun derecho para si, o sus herederos; estonce deue el Escriuano ser (ñ) auisado, para fazer la carta en la manera que fuere dado el donadio.

(ñ) anviso Acad. apercebido B. R.

LEY 68. *Como deue ser fecha la Carta de lo que algun Señor da en feudo a sus vasallos.*

Dan los Señores a sus vasallos muchas cosas en feudo, e la carta de tal donazion deue ser fecha en esta guisa (303). Sepan quantos esta carta vieren, como tal Rico ome, da, e otorga en feudo, e en nome de feudo (304), a Fulan recibiente (305) por si, e por sus fijos, e sus nietos (306), e todos los otros que del descendieren (307) de legitimo matrimonio (308), e fueren varones (309), tal Castillo, o tal Villa (310), o tal (o) Alcaria, que es en tal lugar; e ha tales lin-

(o) alcazar Acad. alcaceria Esc. 2.

(303) Añád. Bald. al cap. 1. *quid præced deb. an invest. vel fidel.*

(304) Conviene que así se esprese, á fin de que no se confunda la concesion en feudo con la donacion, como elegantemente advierte Odrald., á quien puede verse, consil. 159. que empieza *ex præsenti themate* y Dec. consil. 403. que empieza *consuluit accuratè* y V. Andr. de Iser. al cap. últ. hácia el fin *ex quib. caus feud. amitt.*

(305) Y si en la escritura se espresare que el señor ha investido á fulano, se entenderá que este se ha hallado presente Bald. á la rubr. C. *de contrah. empt.* col. 18.

(306) Bastaria que dijese: *por sus hijos*, para que se entendiese concedido el feudo á los nietos, y ulteriores descendientes varones, Glos. notabl. al cap. 1. vers. *et si clientulus*, *de alien. feud.* y Bald. allí; y el mismo al cap. *quæ in eccles.* col. antepén. *de constit.*; y, sobre lo que, acerca de este particular, está hoy dispuesto por derecho de Partidas, V. l. 6. tít. pénult. Part. 4. y lo anotado allí donde dice *de los nietos en adelante.* siendo de notar que, segun la Glos. y Bald. al cap. 1. *quid mod. fend. const. pot.*, hasta el feudo simplemente aceptado *por si,* se entiende concedido á los hijos varones de aquél, á quien se concede, aunque no se haya hecho mencion de sus herederos.

(307) Y aunque no se usasen estas literales palabras, y se dijese *para si y sus sucesores*, se entenderia hablar esclusivamente de los descendientes, V. Bald. á la l. 1. col. 6. D. *de rer. divis.*

(308) Pues los hijos espúreos, no son admitidos á la sucesion del feudo, §. *naturales, si de fend. fuerit. controv. int. dom. et agrat.*

(309) Propónese esta cláusula porque regularmente se escluye á las mujeres de la sucesion á los feudos, cap. 1. versic. *filia*, *de succes. feud.* cap. 1. §. *hoc autem qui feud. dar. poss.*, l. 6. tít. 26. Part. 4.ª, y esto por muchas razones que pueden verse en Bald. á la l. últ. col. 2. C, *de suis et legit hæred.*

(310) No se habla aquí una palabra de jurisdiccion, ni se declara si se entiende esta concedida, cuando se concede una villa ó un castillo. Por derecho comun parece que va comprehendida en aquella concesion la de la jurisdiccion inherente á la misma villa ó castillo; pues estos son nombres genéricos que importan la idea de un conjunto de derechos, incluso el de la jurisdiccion, los hombres, el territorio y el patronato, cap. *ex litteris* 7. é Inoc. allí *de jure patronat.* l. 1. §. 4. y Bart. allí, D. *de offic. præf. urb.* Bart. á la l. 2. y Alex. allí alegando varias especies, C. *de bon. vacant.* Bald. cap. 1. col. 2 y 3. *de cap. qui cur. vend.* Así, cuando se vende un castillo, se entiende vendida tambien la jurisdiccion inherente al territorio del mismo, Bald. y Alex. allí col. últ. á la l. 1. princ. D. *de adquir. posses.* pero no la que estuviese inherente á la persona y no al territorio, segun dd. Bald. y Alex. lugar citado, y Bald. al cap. *ad hoc*, col. 2. y 9. *de pac. jur. firm.* pudiendo añadirse Specul. y Juan Andr. adicion. tít. *de jurisdict. omn. jud.* vers. *quæ autem sunt meri imperii*, y adicion á la palabra *pastoralis*, Andr. de Iser. al §. penúlt. col. pen. *de prohib. feud. clien. per freder.* y col. últ. en la cual habla espresamente de la concesion de un feudo; y segun dice Bald. á la l. 1. col. 5. vers. 43. *quæritur*, D. *de divis. rer.* el señor que ha concedido un castillo en feudo, no puede ya conocer de las primeras causas de los rústicos de aquel feudo, sino que debe hacerlo el feudatario que tiene los derechos útiles. Por derecho del reyno, en el dia y despues de publicada la ley del Ordem. de Alcalá del rey D. Alfonso, puede haber en esto alguna duda, por declararse en dicha ley que en la donacion de una villa ó castillo no viene comprendida la jurisdiccion, á menos que así se haya dicho es-

deros: e dagelo con todos sus terminos (311), con montes (312), e con fuentes, con rios (313), con pastos (314), e con todas sus entradas, e con todas sus salidas, e con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias (315), quantas ha, e deue auer de derecho, e de fecho; en tal manera,

presamente ó que por palabras equivalentes se colija de la concesion; y si esto se establece en las donaciones otorgadas por el rey, cuyos beneficios siempre se han de interpretar en el sentido mas lato, con mayor razon deberá aplicarse á las donaciones ó concesiones de feudos, otorgadas por personas de inferior categoría; á menos que se distinga entre la concesion de un feudo ó la simple donacion, y la donacion pura; pues la primera jamás se otorga sin causa y no es una pura donacion, l. 1. D. *de donat.* en cuyo sentido la referida ley del reino habria de entenderse esclusivamente aplicable al caso de una donacion y no al de la concesion de un feudo que se otorga por los servicios prestados ó por otras consideraciones, y no puramente, como la donacion. *V. la nota adicional al fin de este tít.

(311) El territorio se considera que es, respecto del castillo, lo mismo que el accesorio respecto de su principal, V. Bald. al cap. únic. *de capit. qui cur. vend.* col. 3.

(312) Pero ¿se entenderán comprendidos tan solamente los montes destinados al cultivo, ó tambien los que sean estériles ó yermos? Parece que estos últimos no deben considerarse comprehendidos, á tenor de lo que notablemente dice Bart. á la l. 1. C. *de mancip. et colon.*, esto es, que si el señor de una villa me ha arrendado la villa ó el castillo con su territorio, no se entienden arrendadas las tierras estériles y no susceptibles de cultivo, ni las fuentes, ni los arroyos, sino en cuanto pueden servir para el cultivo; mas esto podria tener lugar respecto del arriendo, al cual se refiere d. Bart. y no respecto de una donacion, venta ú otra enagenacion, segun lo anotado por Bald. al cap. 1. *de capit. qui cur. vend.* y al cap. 1. §. *ad hoc, de pac. jur. firm.* y lo mismo opina Jacob. de S. Jorge en su tratado feudal vers. *flu minibus* col. 2.

(313) Bueno es que se haga mencion espresa de los rios, por que así estos como los arroyos y las lagunas pertenecen siempre á aquel que posee las regalías, Bart. á la rubric. D. *ut in flum. publ. navig. lic.* bien que esto tan solo tiene lugar en los rios que son navegables ó que pueden serlo, segun el cap. únic. *quæ sunt regalia*, V. Bald. al cap. 1. §. *si quis de manso* hácia el fin col. 4. *de controv. invest.* En nuestro reino los rios pertenecen libremente á las ciudades ó lugares por los cuales pasan, l. 9. tít. 28 de esta Part.

(314) Llámanse pastos aquellos terrenos en que se puede apacentar y que no producen otros frutos, l. 1. C. *de pasc. publ.* y Glos. allí, y l. 13. C. *de fund. patrim.* Pero por prados se entienden aquellos en que, además de los pastos, pueden cogerse otros frutos ó utilizarse la yerba, secandola ó destinándola á otros usos, l. 30. §. últ. y l. 31. D. *de verb. sign.* Alex. á la l. 3. §. 11. D. *de adquir. possess.*; y los únicos pastos que se entienden vendidos cuando se vende el predio, aunque no se haya hecho de ellos espresa mencion, son aquellos que están destinados al uso particular del mismo predio y que se ha acostumbrado considerarlos como parte integrante del mismo, l. 20. §. 7. D. *de fund. instruct.* y Bart. allí, y l. 91. §. 4. D. *de legat.* 3.

(315) V. l. 56. de este tít.: y acerca la inteligencia que debe darse á esa cláusula: *con todos sus derechos y pertenencias*, V. lo que elegantemente aconseja Socin. 1. vol. consil, 47. y Alex. á la l. 1. princ. col. últ. D. *de adquir. pos.* y de dichas palabras se inferirá que se ha comprendido tambien en la enagenacion ó concesion la jurisdiccion: V. Bart. á la l. 29. D. *de adquir. rer. domin.* y á la l. 3. C. *de bon. vacant.* y Bald. á la l. 1. D. *de rer. divis.* quest. 43. y al cap. 1. *de capit. qui cur. vend.* lo cual tiene lugar sobre todo cuando el concedente dice que dona toda la herencia l. 119. D. *de verb. sign.* l. 42. D. *de legat.* 3. l. 44. D. *ad trebell.* y l. 44. D. *ad trebell.* de otra parte los vasallos y la jurisdiccion son una especie de accesorios que vienen comprendidos en el legado de lo principal. l. 70. §. 1. y §. 10. D. *de legat.* 3. aunque dicho principal sea menos noble é importante que las accesiones, l. 100. §. últ. y Bart. allí D. *de legat.* 3. y l. últ. §. últ. D. *de lib. leg.* Parece sin embargo, que todo lo dicho se ha de entender y limitar conforme á lo que espresa Bald. á la l. 13. C. *mandat.* y V. Oldrald. consil. 176 y Socin. consil. 47. vol. 1. Y si uno se hallase poseedor de varias villas, en la principal de las cuales hubiese una fortaleza, la que por privilegio ó por antigua costumbre estuviesen obligados á provisionar y reparar los habitantes de las villas subalternas, y hubiese concedido en feudo la referida villa principal, reteniéndose las demás para si y sus herederos, ¿quedarian todavía obligados los habitantes de dichas villas á provisionar y reparar aquella fortaleza despues que se hubiese hecho la investidura de ella y transferido el señorío á otro? Para resolver esta question, V. á Luc. de Pen. á la l. 2. C. *de jur. reipubl.* de cuyos dichos se infiere que no se estinguiria aquella obligacion, á pesar de haber cambiado la fortaleza de señor. Pero prueba mas bien lo contrario la l. 14. tít. 1. lib. 6. del Ordenam. Real, la que puede verse.

que estos sobredichos, e los que lo suyo ouieren de heredar (316), lo puedan tener, e esquilmar, e fazer dello, e en ello, todo lo que quisieren; saluo que lo nunca puedan vender (317), nin enagenar, e que guarden para siempre, que de aquel lugar (318) nunca fagan guerra, nin pueda ende venir otro daño, nin mal, a aquel que otorgo este feudo, nin a sus herederos. Otrosi le dio, e otorgo llenero poder, para entrar por si mismo la tenencia de aquel lugar, que le dio en feudo, sin otorgamiento de Juez, e de otra persona qualquier. E prometio por si, e por sus herederos, al recibiente por si, e por los suyos sobredichos que lo suyo heredaren, que en ningun tiempo, nin por ninguna razon, nunca los embargara en juyzio, nin fuera de juyzio, aquel lugar que les da en feudo, nin ninguna cosa de las que le pertenescen; ante gelo amparara (319) de toda persona, e de todo lugar que gelo quisiesse contrallar, e otorgo, e prometio de le ayudar, e de gelo desembargar, de manera que fincasse con ello en paz, e sin contienda: e todas estas cosas que sobredichas son, e cada vna dellas, otorgo, e prometio de guardar el Señor, e de las auer siempre por firmes, e nunca fazer, nin venir contra ellas en ninguna manera, so pena de cient marcos de plata: la qual pena, quier sea pagada, o non, siempre el otorgamiento de aquel lugar sobredicho, que ha dado en feudo, sea firme e valedero. E otrosi le prometio de refazer todos los daños, e despensas, e menoscabos que fiziesse en juyzio por esta razon. E sobre todo, porque todas estas cosas de suso dichas fuessen bien guardadas, obligo el Señor a si, e a sus herederos, e a sus bienes, al que recibio el lugar en feudo, e a los que lo suyo ouieren de heredar. E el otorgamiento deste feudo, e la obligacion que fizo el Señor, assi como sobredicho es, fue fecho por esta razon; porque Fulan que lo recibio, estando delante, prometio al Señor de suso nombrado, e juro (320) sobre los Santos Euangelios, de ser de aquella hora en adelante leal vassallo el, e sus herederos, los que de suso son dichos, que el feudo heredassen, a el, e a los suyos para siempre jamas. E otrosi prometio, de guardar, e de amparar sus personas, e sus honores (321), e todos sus derechos, e de non ser en consejo, nin en obra, por si nin por otri, de que pudiesse nacer desonrra, nin mal, nin daño a ellos, nin a sus cosas; ante que cada que supieren, que algunos se trabajan de fazer contra ellos alguna destas cosas, que puñaran quanto pudieren, por estoruarlo, que non sea. E si ellos por si non lo pudiessen desuiar, que les aperciban dello lo mas ayna que pudieren, e que siempre les guardaran su poridad, de manera que nunca sea descubierta por ellos. E todas estas cosas sobredichas, e cada vna dellas, prometio de guardar el vassallo al Señor de suso nombrado por si, e por sus herederos, contra toda persona, e lugar, saluo ende el Rey (322), e su Señorio. E despues que fueren fechas, e otorgadas todas estas cosas, assi como sobredichas son, el Señor de suso dicho, por confirmamiento, e por firmeza deste fecho enuis-

(316) Esto es los descendientes varones, como se ha dicho antes; y en cuyo sentido se entiende usada la palabra *herederos*, siempre que se trata de feudos, cap. *similiter* §. *profecto*, *de lege Corra*. Bald. á la l. últ. C. *de suis et legit. hæred.* y á la l. 3. col. 6. C. *unde lib.* Y segun esta nuestra ley no bastará para suceder al feudo la calidad de hijo, sino que será menester además la de heredero del padre; sobre lo cual, V. cap. 1. *an agnat. vel fil. defunc.*

(317) Prohíbese por esta cláusula toda ulterior venta ó enagenacion del feudo, á menos que la consienta el señor directo, cap. 1. *de alien. feud.* y cap. 1. pric. *de alien. feud. prohib. per Freder.* l. 10. tít. 26. Part. 4.

(318) Así, pues, el vasallo de un castillo está obligado á procurar que este no caiga en poder de los enemigos de su señor; y no haciéndolo se entenderá que comete traicion, V. Ang. á la l. 50. col. últ. D. *de pact.*

(319) Pues el señor está obligado á prestar la eviccion, cap. unic. *si vasallus de feud, ab. aliquo interp. fuer.*

(320) Acerca de este juramento, V. cap. 1. *de forma fidel.* y cap. 1. *de nov. forma fidel.* y cap. *de forma* 22. cuest. últ. y al que no quiere prestarlo se le niega la investidura, §. *nulla*, *per quos fiat investitura.*

(321) Pues es otra de las obligaciones que se contrahen cuando se jura ó promete fidelidad, la de exaltar el vasallo, en cuanto pueda á su señor y la casa de este V. Glos. sing. al cap. 1. *qualiter vasallus juret de fidel.* y cap. *tibi domino* 63. dist.

(322) La persona del Rey debe ser esceptuada en todos los juramentos de fidelidad, §. últ. *de prohib. feud. alien. per Freder.* puede además aconsejarse que se esceptue tambien al señor mas antiguo, para que no quede el interés de este subordinado al del mas moderno, V. Bald. al §. últ. *hic finitur lex dom. Freder.*

tio (323) al vassallo del feudo de suso nombrado (p) con vna vara (324), o con sortija (325), o con sus luas. E otrosi, en señal de derecho amor, e de fe, e verdad que deuia siempre ser guardada entre ellos, recibio el Señor al vassallo por suyo (q) besandole (326). E esta manera sobredicha es la mas comunal (327), de como se deue fazer la carta del feudo; mas si otros pleytos, o otras posturas fuessen puestas en el feudo, deuen ser escritas en la carta, en la manera que se acordaren a ponerlas el Señor, e el vassallo.

LEY 69. *En que manera deue ser fecha la Carta, quando alguna cosa dan a censo.*

A censo dan los omes algunas cosas; e la carta de lo que assi es dado, deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulan, Abad de tal Monesterio, con otorgamiento, e con plazer de su Conuento, estando delante Fulan, e Fulan, los Mayorales Freyres de aquel Monesterio, dio, e otorgo a censo, e por nome de censo, a Fulan recibiente por si, e por sus herederos, tal casa, que es en tal logar con todos sus edificios, e a tales linderos. E esta casa sobredicha le da con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias, e con todos sus vsos que ha, e deue auer de derecho e de fecho; de manera, que el, e los que del desciendieren (328) fasta tercera ge-

(p) con una vara que tenia en la mano, y con sortija o con sus lubas. Acad.

(q) besandole et el vasallo la mano Acad.

(323) No se trata aquí todavía de la investidura real, sino de la verbal que precede á aquella, siguiendo despues el juramento de fidelidad y por último la investidura real, cap. 1. *quid præced. deb. an invest. vel fidel.* y Bald. allí. Pero ¿porqué en la fórmula aquí propuesta por nuestra ley precede á la investidura, el juramento de fidelidad, cuando deberia ser al contrario? Por lo que se ha dicho antes; y lo prueba el cap. 1. *de nova forma fidel.* y el propio Bald. á d. cap. 1. *quid deb. præced.* trae tambien otra fórmula en estos términos: Fulano Conde ha concedido á Baldo, tal castillo en feudo, y le ha investido por medio de la sortija que tenia en la mano, habiendo despues dicho Baldo prestado el juramento de fidelidad etc. Pero Specul. tít. *de feudis* princ. propone la misma fórmula que esta nuestra ley de Partida: y supuesto que todas aquellas cosas se hacen en el mismo acto, es indiferente el órden con que se espresan en la escritura, segun d. Bald. allí y tambien el que la investidura abusiva, ó sea, la verbal se haga dentro del fundo que se trata de investir, ó tan solo á la vista del mismo; porque de todos modos se transfiere la posesion real, segun el propio Bald á la rubr. C. *de contrah. empt.* col. 5. y al cap. 1. *quid sit investitura* y Abb. al cap. 2. *de consuet.* y al cap. 4. *de instit.* siendo preferible que el juramento de fidelidad se preste antes de dar la espresada investidura, mayormente cuando haya algun indicio de que se resistirá el feudatario á prestar dicho juramento. segun el §. últ. *per quos fiat investitura.*

(324) En los grandes feudos se hace la investidura por medio de una espada, cap. 1. princ. y Bald. alli *quid sit investitura*, y Specul. tít. *de feud.* por donde, en la fórmula que propone, espresa que se hace la investidura con la entrega de un guante, ó con una vara como en esta nuestra ley.

(325) Por medio de la sortija se transfiere la cuasi posesion de los derechos incorporales, como la jurisdiccion y otros semejantes, Bald. á la l. 4. col. 2. versic. *quœro numquid* C. *de fideiçom.*

(326) Tambien concluye con esta palabra la fórmula propuesta por Specul. lugar citado.

(327) Porque hay muchas especies de feudos; de los cuales trata estensamente Bald. *in præludiis feudorum*, siendo la mas comun la de que habla esta nuestra ley, porque se refiere á un feudo regular y no constituido para exigir ciertos y determinados servicios, como dice Bald. despues de Jacob. de Bella vista §. últ. *in quib. caus. feud. amit.*

(328) Pónese esta cláusula, porque el enfiteusis concedido por una iglesia no se transmite á los herederos estraños, Glos. á la *Novell.* 7. cap. 3. collat. 2. Bart. y Alex. á la l. 18. D. *solut matium.* y esta dice ser la opinion comun Felip. Dec. al cap. *in præsentia* col. 7. *de probat.* aunque está por la contraria Abb. y Alex. en muchos pasages que cita Dec. consil 171. Pero la opinion de Bart. y la Glos. deberia, de todos modos limitarse al caso en que el enfiteusis hubiese sido otorgado por la Iglesia, en fuerza de una costumbre, por la cual ya se hubiese dado otras veces la misma cosa en enfiteusis, y sin concurrir alguna de las justas causas que autorizan la enagenacion de los bienes de la iglesia; porque, cuando mediasen aquellas causas ó alguna de ellas, bien se otorgase el enfiteusis por necesidad ó por utilidad, Glosa 12. *in summa* q. 2. pasaria aquel á los herederos estraños del enfiteuta, segun Antonio de But. á d. cap. *in præsentia* y Juan de Imol. Abb. y Dec. Allí, en cuyos términos puede sostenerse la opinion de los que afirman que pasa á los herederos estraños el enfiteusis concedido por una iglesia, y á quienes cita Alex. á d. l. 18. siendo de notar que en la denominacion de hijos y descendientes vienen comprendidos todos los que tengan esta cualidad, aunque sean hembras, d. cap. 3. *Novell* 7. y §. 1. *si de feud defunct. content. sit inter dom. et agnat.* sobre lo cual V. á

neracion (329), puedan auer, e tener la casa sobredicha, e fazer della, e en ella, lo que quisieren, bien assi como de lo suyo: saluo ende, que si el quisiesse vender (330) el derecho que ouiesse en esta casa a otras personas, que lo faga primeramente saber al Abad de aquel Monesterio, onde la el ouo; e si el quisiere dar tanto por ella como otro le diere, que sea tenudo de gela dar: e esta casa le da, e le otorga a censo por tantos marauedis (331); los quales marauedis dio, e pago aquel que rescibio la casa, a Fulan que los auia de auer del Monasterio, porque los auia prestados al Abad por pro del Monasterio; assi como parece por la carta de la debda, que fue fecha por mano de tal Escriuano publico. E esta paga fue fecha (332) con mandado del Abad, e con plazer de los Freyres sobredichos que eran presentes, ante mi Fulan Escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta. Otrosi otorgo el Abad al sobredicho Fulan libre poderio, para entrar e tomar la tenencia de aquella casa por si mismo sin otorgamiento de Juez, o de otras personas qualesquier, entregandolo de las llaues della; a tal pleyto, que el, e sus herederos fasta tercera generacion, sean tenudos de dar por censo cada año en tal fiesta a tal Monasterio vna libra de cera, o vna meaja de oro; el qual censo prometio el sobredicho Fulano, de pagarlo assi. E quando entraren en la quarta generacion (333) deste que tomo la casa a censo, deue ser renouada (334) esta carta, saluo que por razon de este renouamiento non puede tomar el

Bart. á la l. 7. §. 6. *de oper. libert.* Mas, ¿vendrán tambien comprendidos los hijos y descendientes del enfiteuta, auque no sean herederos del mismo? V. Bald. á la autent. *si quas ruinas* C. *de sacros. eccles.* col. 3. y 4. y á la l. 10. col. 6. C. *de oper. libert.* y Bart. á d. §. 6. l. 7. d. tít. Y, siendo el enfiteusis de una iglesia, de ningun modo se transmitiria á los hijos naturales ó espúreos, Bald. á d. autent. *si quas ruinas* col. 2.

(329) Indícase con esto que no puéde una iglesia conceder un enfiteusis perpetuamente, sino tan solo hasta la tercera generacion inclusive, como lo establecia tambien la *Novell.* 7. cap. 3. *collat.* 2. y fué derogado por la *Novell.* 120. cap. 6. §. 1. *collat.* 9. en la cual se dispone que puedan otorgarse dichos contratos perpetuamente; y lo propio declara la l. 3. tít. 14. Partª. 1ª. con las palabras: *para siempre.* El concretarse, pues, la fórmula de la presente ley á la tercera generacion debe entenderse propuesto por via de ejemplo, ó para aquellas iglesias en que es costumbre el conceder el enfiteusis tan solo hasta la tercera generacion, pues entónces se ha de observar la costumbre, segun Bald. á la autent. *si quas ruinas* col. 1. C. *de sacros. eccles.* y Abb. al cap. *præsentia* col. 10. *de probat.* y si no se hubiese espresado bien en la escritura de concesion el tiempo que deberia durar, se presumiria asimismo otorgada hasta la tercera generacion, Bald. á la l. 2. col. 1. versic. *quœro, quando per prescriptionem* C. *de jur. emphit.* sobre lo cual V. tambien á Ang. allí; siendo de advertir que la misma persona á favor de quien se ha otorgado la escritura se cuenta ya por una generacion segun Bald. á d. l. 2. princ. col. 2. y lo prueba d. cap. 3. *Novell.* 7. á menos que se hubiese espresado hacerse la concesion hasta la tercera generacion del mismo estipulante ó aceptante; en cuyo caso vendrian comprendidos tambien los biznietos de este, segun Bart. y Bald. á d. autent. *si quas ruinas* y Alex. consil. 116, duda 2ª., vol. 3. y consil. 125. vol. 5.

(330) Conc. l. últ. C. *de jur emphit.* y l. últ. tít. 8. Partª. 5ª.

(331) Indícase aquí por esta ley ser esencial al enfiteusis el que se estipule un precio de entrada á mas de la pension que debe pagarse todos los años; como tambien lo opinó la Glos. al cap. *potuit*, *de locato*, Bart. á la l. 1. princ. C. *de jur. emphit.* y Alber. allí, el cual espresa ser esta la comun opinion. Pero Bart. á la 110. col. penúlt. D. *de verb. oblig.* Cyn. y Salic. á d. l. 1. Specul. tít. *de locato* §. *nunc aliqua* col. 2. hácia el fin; y muchos otros á quienes cita y aplaude Jason á la l. 1. col. 1. y col. 22. C. *de jur. emphit.* sostienen la opinion contraria, esto es, que no es necesario el precio de entrada; lo cual me parece mas verdadero, á pesar de que en nuestra ley aquí se pone en la fórmula la estipulacion del precio; porque pudiendo concederse el enfiteusis de las dos maneras ó con precio ó sin él, se ha formulado aquí el de la primera, pero sin escluir por esto el que se celebre aquel contrato estipulando una pension anual sin precio de entrada.

(332) V. lo anotado á la l. 63. de este tít.

(333) Lo dicho aquí prueba que aquellas palabras de la misma ley *fasta tercera generacion*, deben entenderse hasta la tercera generacion inclusive; y V. Bart. á la l. 35. §. 1. D. *de legat.* 3. Bald. á la 2. col. 2. C. *de jur. emphit.* Juan de Plat. á la l. 5. C. *de prox. sacror. scrinior.* y notablemente al mismo Bald. á la l. 10. D. *de offic. procons.* Socin. consil. 25. vol. 2. Alex. consil. 114. col. 2. vol. 5. y Oldrald. consil. 49.

(334) Estas palabras confirman lo que dice Bart. á la l. 1. §. 41. D. *de aqua quot. et estiv.* y á la l. 1. D. *de privil. cred.* esto es; que, finido el enfiteusis por estinguirse la última generacion hasta la cual se concedió, pueden los descendientes pedir que sea aquél ratificado á favor de los mismos, y que se les hace injuria si no se les

Abad, nin el Monesterio de aquel con quien renouan esta carta, mas de tantos marauedis. E sobre todo esto el Abad por si, e por todos sus sucessores, en nome del Monesterio prometio, e otorgo, a aquel que recibio la casa a censo por si, e por sus herederos, de nunca mouerles pleyto, nin contienda sobre esta casa, nin sobre la possession della, pagandoles (335) ellos cada año el censo, assi como sobredicho es; mas que gela ampararan de todo ome que gela embargasse, o gela contrallasse en juyzio, o fuera de juyzio. E este otorgamiento de la casa sobredicho, e todas las cosas que sobredichas son, prometio el Abad de guardar, e de tener en la manera que sobredicha es, e de non venir contra ello en ningund tiempo, nin en ninguna manera, so pena de tantos marauedis en oro: la qual pena, si quier sea pagada, o non, siempre el pleyto, e la postura desta carta sean firmes, e valederas. Otrosi prometio, de refazer las despensas, e los daños e los menoscabos que fiziesse en juyzio por esta razon; obligando a si, e a sus sucesores, e los bienes del Monesterio, al otro que recibio la casa, e a sus herederos; renunciando, e quitandose de toda ley, e de todo fuero, e de toda costumbre ecclesiastica e seglar etc. assi como de suso es dicho en la primera carta de la vendida. E por que lo que dize en esta carta, tañe tambien al Monesterio como a aquel que recibe la casa, touieron por bien amas las partes, que fuessen fechas dos cartas publicas en vna manera. La vna que touiesse el Monesterio, e la otra el que la recibe.

LEY 71. *En que manera deue ser fecha la Carta de los emprestidos, sobre las cosas que suelen medir, o contar, o pesar.*

Emprestidos (336) fazen los omes vnos a otros de las cosas que suelen medir, contar, o pesar: e la carta de tal emprestido deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Garci Perez, ante mi Fulan Escriuano (337) publico, e los testigos que son escritos en esta carta, recibio de Gonçalo Vicente veinte marauedis en razon de prestados; los quales el sobredicho Garci Perez prometio a Gonçalo Vicente, de tornar e de dar, fasta seis meses (338) del dia que fue fecha esta carta, sin contienda, e sin embargo, so la pena del doblo (339); obligando el dicho Garci Perez a si, e a sus herederos, e a sus bienes al sobredicho Gonçalo Vicente e a sus herederos; renunciando, e quitandose de toda ley, e de todo fuero, e de toda costumbre ecclesiastica, e se-

concede dicha ratificacion; por manera que pueden recurrir al superior paraque obligue al señor directo á que lo haga, y cita el cap. *bonæ memoriæ* y la Glosa allí *de postul.* donde Abb. col. 8. esceptúa de lo dicho el caso en que la iglesia, que hubiere concedido el dominio útil, quiera retenerlo para sí, sin concederlo á otro enfiteuta alguno, porque podrá suceder que tenga necesidad de la cosa establecida, y V. allí mismo á Corset. en las adiciones, donde esceptúa tambien otros varios casos. Al contrario, empero, pretende Dec. consil. *revocatur in dubium* 131. que la iglesia estabiliente no puede retener el dominio útil, sino que debe concederlo y ratificarlo á favor de los descendientes del primitivo enfiteuta, citando muchos textos y afirmando que esta es la comun opinion; y V. al mismo, consil. 328 y 329. y añád. Alex. quien trata estensamente la cuestion á la l. 110. col. penúlt. D. *de verb. oblig.* y Bart allí donde pretende lo mismo que se ha dicho al principio de esta nota, y Alex. consil. 80. vol. 1. y consil. 10. vol. 3., el cual, empero, limita allí la citada opinion de Bart. al caso en que el descendiente del primitivo enfiteuta sea tambien su heredero; y, caso que no lo sea, pretende que no podrá pedir la confirmacion del enfiteusis, V. al mismo á d. l. 110. col. pen. y Dec. consil. 78. y además el citado Alex. esceptúa tambien el caso en que el obispo hubiese ya concedido el enfiteusis á un tercero, por haberse estinguido todas las generaciones á que estaba primitivamente concedido: de suerte que los descendientes del primer enfiteuta, tan solo estando la cosa íntegra, puedan pedir la ratificacion; cuya escepcion aprueba tambien Roman. consil. 70.

(335) Pues si dejare de pagar el censo, podrá ser espelido, l. 2. C. *de jur. emphit.* cap. *potuit.* 4. *de locato* y l. penúlt. tít. 8. Part. 5.

(336) Otra fórmula de la escritura de mutuo, puede verse en Specul. tít. *de oblig. et solut.* princ.

(337) La escritura así otorgada ante escribano haria plena prueba, á menos que la hubiese en contrario, Glos. á la l. 3. C. *de non numer. pecun.*: y en órden á la prueba que deberia hacerse para justificar la falsedad de dicho instrumento, V. notablemente á Bart. á la l. 15. col. penúlt. D. *de reb. cred.*

(338) Y cuando no se haya prefijado plazo, deberá hacerse la devolucion dentro diez dias, l. 2. tít. 1. Part. 5. y V. lo anotado allí.

(339) Segun lo dicho aquí y en las demás leyes de Partidas que tratan de lo mismo, parece que la pena convencional no puede esceder del duplo, segun estaba prevenido en la l. 10. tít. 5. lib. 4. y l. 5. tít. 11. lib. 1. del Fuero de las leyes,

glar, de que el se pudiesse ayudar (340). E señaladamente, que el non pueda dezir que estos dineros sobredichos non le fuessen contados (341), e dados. Otrosi el sobredicho Garci Perez dio llenero poder a Gonçalo Vicente el de suso dicho, que el pueda demandar estos dineros, e la pena dellos, si non le fuessen pagados al plazo, en qual lugar quier que lo falle. E otrosi le otorgo, e le prometio que le pagaria aquellos dineros, do quier que gelos demandasse, e que non pornia ante si defension ninguna, e señaladamente aquella, que el lugar do gelos demandasse, non era de su fuero (342). E sobre todo esto prometio Garcia a Gonçalo, de le refazer todas las despensas, e daños, e los menoscabos que fiziesse por esta razon. E si fuere dado peño (343) en razon del emprestido, deue ser fecha la obligacion del peño en esta misma carta desta guisa. E porque todas estas cosas sobredichas fuessen bien guardadas, el de suso dicho Garcia obligo a Gonçalo en razon de peño, tal casa (344) que es en tal logar, e ha tales linderos: e otorgole llenero poder, que si al plazo sobredicho non le pagasse aquello que le auia prestado, que Gonçalo por si mismo sin

sobre lo cuál habia cuestion por derecho comun entre los DD., como se vé en lo anotado por la Glos. á la l. únic. C. *de sentent. quæ pro eo quod inter.* y por Bart. y DD. á la l. 38. §. 17. D. *de verbor oblig.* y lo propio siente Ludovico Rom. consil. *quod primum consultationis articulum* 510. duda 2.ª donde dice que, pues en d. l. únic. versic. *cum scimus* se previene que tan solo pueden exijirse aquellas penas que con la debida moderacion se hubieren estipulado, habrá de quedar al arbitrio del juez el declarar si son ó no congruas las que se hayan convenido, añadiendo que la pena del duplo se considerará siempre justa y exigible, y cita la l. 52. D. *de evict.* Y añádase por último que la referida pena, aunque estipulada con la entrega de un capital, no dejará de poder exigirse á pesar de no ser persona acostumbrada á tomar prestado la que se hubiere obligado á ella, l. últ. tít. 11. Part. 5.

(340) Creeria que por esta cláusula solo deben entenderse renunciadas las escepciones maliciosas; pero que, á pesar de la renuncia que en la misma se contiene no dejarán de poder oponerse las que sean legítimas, l. 7. §. 13. D. *de pact.* cap. *ex parte* el 2. *de offic. deleg.* y V. Specul. tít. *de oblig. et solut.* §. 1. col. 3.

(341) V. l. 9. tít. 1. Part. 5.

(342) Es válida la renuncia del propio fuero que aparece aquí formulada; con lo que se confirma lo dicho por Specul. tít. *de competent. judic. addit.* §. 1. col. 9. y añád. lo que se lee en la Glos. notab. á la l. 1. D. *si quis in jus voc. non ierit.*

(343) Es lícito, pues el tomar prendas al que dá en mutuo; V. lo que dice *Ambr.* lib. *de Tobia* cap. 17.

(344) Nótese que en esta fórmula se ha continuado ya antes en breves palabras, *obligando... sus bienes*, la hipoteca general, y se añade aquí la especial. Y cuando el acreedor mas antiguo tiene á su favor esas dos hipotecas, siendo bastante para pagarle su crédito ó para hacerle efectivo el cumplimiento de la obligacion la cosa especialmente hipotecada, no podrá, en virtud de la hipoteca general, accionar contra otro acreedor menos antiguo reclamando las cosas en que este último la tenga especial, como lo dispone la l. 2. C. *de pignor.* sin que en ninguna otra parte se encuentre eso establecido: y así, aunque, en rigor de derecho, el que tiene las hipotecas general y especial, puede accionar en fuerza de la primera contra la cosa especialmente obligada á un acreedor menos antiguo; con todo por razon de equidad no se le permitirá hacerlo, cuando pueda conseguir el cobro de su crédito con la cosa que tambien especialmente se le ha obligado, limitándose así lo establecido por las ll. 2. D. *qui potior. in pignor. hab.* y l. 8. D. *de distract. pignor*. Pero debe bien advertirse que la citada ley 2. C. *de pignor.* tan solo puede aplicarse el caso á que la misma espresamente se refiere, y no tendria, por consiguiente, lugar, cuando el acreedor mas antiguo accionase contra un tercer poseedor que, como comprador de la cosa, la poseyese como dueño, el cuál no podria oponer á dicho acreedor que se dirijiese primeramente contra la cosa especialmente obligada, aunque á primera vista parezca que tendria sobre la misma mejor derecho que el primero: así lo opinó Socin á quien puede verse, consil 198. vol. 2. en todo lo cuál se observa una diferencia entre las hipotecas general y especial. V. otra en la Glos. á la l. 19. §. últ. D. *de furt.* y Paul. de Castr. á la l. 6. C. *de usucap. pro empt.* consistente en que, vendiendo el deudor la cosa especialmente hipotecada, comete un hurto, y en consecuencia queda dicha cosa no susceptible de prescripcion, lo que no tiene lugar en la hipoteca general: otra en la l. 3. C. *de serv. pignor. dat. manum.* esto es que las cosas *mancipi* generalmente hipotecadas podian manumitirse, pero no las que lo eran especialmente; y por último otra en la Glos. á la *Novell.* 7. cap. 1. vers. *specialis* y vers, *creditoribus, collat.* 2. esto es, que los bienes de la iglesia pueden ser obligados generalmente por el Obispo, pero no especialmente alguno de ellos, Alex. consil. 118. col. pen. vol. 2. y añád. lo anotado á la l. 37. tít. 13. Part. 5.

otorgamiento de Juez, nin de otra persona, pueda entrar (345) la tenencia de aquella casa, e la pueda tomar, e vender (346), e enagenar para si, por pagamiento de cabdal, e de la pena, e de las despensas, e de las costas, e de las missiones que ouiesse fechas por esta razon. Pero si la casa non valiesse tanto (347), quanto en aquello que el deuiesse auer para si, como sobredicho es, que finque su demanda en saluo a Gonçalo en los otros bienes que Garcia ouiesse, fasta que sea pagado cumplidamente. E si por auentura se vendiesse por mas, que Gonçalo sea tenudo de tornar a Garcia aquello que demas fuesse. E si aquel que la casa diesse a peños, ouiesse muger, estonce dezimos, que por ser mas seguro aquel que rescibe el peño, deue fazer renunciar a la muger el derecho que ha en aquella cosa, quier lo ouiesse por razon de arras, o de otra manera qualquier. E este renunciamento ha de ser fecho, en la manera que de suso diximos (348) de la muger de aquel que vende alguna cosa. E si por auentura aquel que tomasse el emprestido non diesse peño, mas fiador: estonce deue ser fecha la fiadura desta manera diziendo assi en fin de la carta de la debda. E porque todas éstas cosas que sobredichas son de suso, sean bien guardadas. Ferrando por ruego, e por mandado de Garcia entro fiador a Gonçalo e prometiole en su propio nome principalmente, de pagarle los marauedis de suso dichos, e por la pena, e por los daños, e las despensas que se fiziessen por razon dellos a Gonçalo, e a sus herederos, en aquella misma manera (349) sobredicha que Garcia se le obligara: e renuncio, e quitose de toda ley etc. vt supra, e señaladamente a la ley deste nuestro libro (350), que fabla de los fiadores, do dize, que primeramente deue ser demandado el principal, que el fiador. E si por auentura los que toman el emprestido son dos, o mas, estonce deue ser fecha la carta, en aquella misma manera que de suso diximos del vno; saluo que deue dezir en ella, que los que toman el emprestido se obligan, para tornarlo cada vno dellos en todo, en su nome propio principalmente. E en el lugar, o dize que renuncio toda ley, e todo fuero etc. deuen dezir sobre todo, como renuncian señaladamente ellos aquella ley (351) que fabla de los debdores, quando se obligan muchos en vno, que non es tenudo cada vno, si non por su parte, de responder.

LEY 71. *Como se deue fazer la Carta de cosas que se emprestan, assi como cauallo, o otra cosa mueble.*

Cauallos, o otras cosas muebles se emprestan los omes los vnos a los otros: e la carta de lo que se empresta deue ser fecha (352) desta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Sancho, ante mi Fulan Escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta, rescibio de Rodrigo vna mula de tal color, emprestada: la qual mula fue apreciada (353) entre ellos acordadamente, que valia setenta marauedis (354). E prestogela en tal manera: que la lleue cargada (355), o que

(345) Añád. l. 8. y Bart. allí es tensamente C. *de pign.* y l. 11. tít. 13. Part. 5.

(346) Añád. l. 4. y Glos. allí C. *de distract. pign.* y ll. 41. 42. 43 y sigs. tít. 13. Part. 5.

(347) Añád. l. 1. C. *de pignor.* y l. 41. tít. 13. Part. 5.

(348) L. 58. de este tít.

(349) Pues no puede obligarse al fiador á que cumpla de una manera mas gravosa que la que se ha convenido con el deudor principal, l. 34. D. *de fidejus.* lo cuál se sobreentiende siempre, aun cuando el fiador se haya obligado simplemente y sin continuar la cláusula que aquí propone nuestra ley; V. Bart. allí.

(350) L. 9. tít. 12. Part. 5.ª

(351) L. 10. tít. 12. Part. 5.ª y autént. *hoc ita C. de duob. reis.*

(352) V. Specul. tít. *de commodat* princ. donde trae tambien una fórmula para la escritura de comodato.

(353) Las cosas que se dán en comodato suelen darse, por precaucion, estimadamente; para que así sea responsable el comodatario hasta de los casos fortuitos, á tenor de lo anotado por Bart. á la l. 5. §. 2. el 1. D. *commodati:* véase, empero, á Juan Andr. y Abb. al cap. únic. d. tít. donde pretenden que en los contratos en que por la previa estimacion de la cosa no se constituye una verdadera venta, como el comodato y el arriendo, no induce aquella mayor responsabilidad, que la que importe de otra parte la misma naturaleza del contrato; y no produce otro efecto que el de constar por ella el verdadero valor de la cosa para el caso en que esta se pierda ó deteriore; opinion que parece equitativa y podria adoptarse en los casos en que espresamente no se hubiese pactado lo contrario, como se pacta por las últimas palabras de la fórmula propuesta en la presente ley, V. Salic. á la l. 1. C. *de commodat.*

(354) Infiérese de lo dicho aquí que son maravedis de oro, los de que se habla en varios pasages de las Partidas.*V. nota 63. tít. 4. Part. 5ª.

(355) Esprésase así; porque no puede el comodatario usar de la cosa comodada, sino del modo que se haya convenido al comodarla, l. 5. §. 7.

vaya en ella (o en aquella manera que pusieren) fasta en tal lugar. E prometiole de tornarle aquella mula, o aquello en que fue apreciada, fasta vn mes. E si por auentura la mula se empeorasse en alguna manera (356), o se le muriesse, que fuesse el peligro del empeoramiento, o de la muerte, de Rodrigo el que rescibio la mula emprestada. E todas estas cosas que dichas son, e cada vna dellas prometio, e otorgo Sancho el sobredicho a Rodrigo, de fazer, e de guardar sin pleyto, e sin contienda ninguna. E si por auentura el fiziese alguna cosa contra esto, prometiole de pagar por pena, e en nome de pena, el doblo del precio de la estimacion de suso dicha; e demas, de refazerle todos los daños, e los menoscabos que fiziesse por esta razon. E porque seau mejor guardadas estas cosas sobredichas, obligo a Sancho a si mismo, e a sus bienes, e a sus herederos, a Rodrigo el sobredicho, e a los que lo suyo ouiessen de heredar: e renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero etc. vt supra: señaladamente de la ley (357) deste nuestro libro, que dize que aquel que recibe tal emprestido como este, que non es tenudo de pechar la cosa, si se empeorasse, o muriesse sin su culpa, o sin su engaño.

LEY 72. *Como se deue fazer la Carta, quando algun ome da a otro dineros, o alguna cosa en condesijo.*

Dineros, o algunas otras cosas se dan los omes vnos a otros en condesijo: e la carta de lo que assi es dado, deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Domingo otorgo, e vino conociendo, que auia recebido (358) de Velasco en guarda mil marauedis en oro, en vn saco (359) que era sellado con sello de tal ome: los quales marauedis assi cerrados, e sellados, prometio Domingo de tornarlos, e darlos a Velasco bien e cumplidamente, e sin contienda ninguna, quando quier que el gelos demandasse, o su heredero, o su Personero que mostrasse esta carta, so pena del doblo; obligandose a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes, a Velasco, e a los que lo suyo ouiessen de heredar; e renunciando, e quitandose de toda ley, e de todo fuero etc. e señaladamente, que non pueda poner defension ante si, diziendo que aquellos dineros non le fueron mostrados (360), nin contados, e dados. E porque sobre las cosas que los omes dan vnos a otros en condesijo, ponen pleytos, e posturas de muchas maneras; porende los Escriuanos deuen ser auisados, de les escreuir las cartas, en la manera que ellos lo pusieren, e lo acordaren entre si, guardando todavia esta forma que de suso diximos, que es mas comunal.

LEY 73. *Como deue ser fecha la Carta, quando alguno sus casas alquila a otri.*

Alquilan los omes sus casas a otros; e la carta

y sig. D. *commod.*

(356) Parece indicarse con esto que bastará en los contratos la renuncia general de los casos fortuitos; y parece tambien que concuerda con la presente la l. 1. C. *commod.* donde puede verá Salic. porque la materia es muy vasta y hay sobre ella gran diversidad de opiniones, V. Glos. Bart. y DD. á la l. 4. §. 4. D. *si quis caution.* y Abb. al cap. 1. *de commod.*

(357) L. 8. tít. 2. Part. 5.ª

(358) No es lo mismo depositar una cosa, que encargar la custodia de ella, l. 9. §. últ. D. *de jur. dot.* y V. Juan Andr. adiciones al Specul. rubr. *de deposit.* donde trata del caso de un escolar que ha dejado un libro en el aposento de otro escolar su amigo.

(359) Esta es la tercera de las fórmulas que para el contrato de depósito propone Specul tít. *de depos.* y añád. l. 25. §. 1. y l. 29. D. d. tít. Pero ¿qué deberia decirse si el depósito se hiciese, no con un saco sellado ó marcado, sino denunciando simplemente la cantidad contenida en el mismo, como es costumbre hacerlo entre los comerciantes, cuando alguno pone dinero suyo en casa de otro? ¿Sería este un depósito verdaderamente tal, de suerte que el depositario no pudiese usar de aquél dinero ó negociarlo, sin cometer un hurto? V. Bald. á la l. 11. C. *de reb cred*, donde parece inclinarse á la afirmativa y creer que debe en dicho caso presumirse que ha habido depósito, mas bien que mútuo; por que al acreedor le es mas favorable tener la accion que nace del primer contrato que la del segundo; pero Paul de Castr. á la l. 3. D. *de reb. cred.* sostiene que no debe atenderse á esa razon, sino que se ha de considerar que hay mútuo, siempre que el que deja el dinero no declare espresamente que lo dá en depósito. Salic. á d. l. 11. pretende que el juez es quien ha de determinar, por conjeturas, si ha habido intencion de depositar ó de dar prestado; y V. al mismo allí, donde se espresa bellamente: pudiendo verse tambien á Paul. de Castr. á d. l. 3. hácia el fin donde opina que, cuando haya duda sobre sí el dinero se ha depositado numeradamente ó solo se ha entregado dentro un saco ó talega sin contarlo en el acto de la entrega se presumirá mas bien lo segundo que lo primero.

(360) Bueno es que se ponga esta cláusula, y V. l. 14. §. 2. C. *de non numer. pecun.*

del alquiler deue ser fecha en esta guisa (361). Sepan quantos esta carta vieren, como Gonçalo arrendo, e otorgo en nome de alquiler a Pedro vnas casas, que son en tal lugar, de manera que pueda morar en ellas, e tenerlas desdel dia de Sant Miguel fasta vn año (362); el qual Gonçalo el sobredicho prometio a Pedro, que el otorgamiento deste alquiler que lo aura por firme, e non vernia contra el en ninguna manera fasta el plazo de suso dicho; e que non le tomaria estas casas, nin las empeñara, nin las enagenaria (363) fasta el plazo cumplido; ante lo defendera, e lo amparara de todo ome que lo quisiesse embargar, o contrallar la tenencia, o la morada de aquellas casas. E esto prometio de fazer, de guisa que el, o los que morassen en ellas por su mandado, las puedan tener, e auer, e vsar de ellas fasta el plazo sobredicho sin embargo, e sin contienda ninguna. E porende Pedro el sobredicho prometio otrosi de dar a Gonçalo de suso nombrado por alquiler destas casas treinta marauedis por vn año, en esta manera: la meytad en el comienço del año (364), e la otra meytad al acabamiento del. E todas estas cosas, e cada vna dellas por si, otorgaron, e prometieron ambas las partes, de guardar, e de cumplir la vna a la otra, assi como sobredicho es; e de non fazer, nin venir contra ellas en ninguna manera, so pena de cinquenta marauedis, e so obligamiento de sus bienes: la qual pena quier sea pagada, o non, sean todas estas cosas firmes, e valederas, assi como sobredichas son. Otrosi prometieron el vno al otro, de refazer, e de emendar todas las despensas, e los daños, e los menoscabos que qualquier dellos fiziesse por non ser estas cosas guardadas en la manera que sobredicho es.

LEY 74. *Como se deue fazer la carta de arrendamiento de viñas, o de huertas, o de otra cosa.*

Arriendan unos omes a otros viñas, o huertas, e otras cosas: e la carta del arrendamiento deue ser fecha en esta manera (365). Sepan quantos esta carta vieren, como Aluaro arrendo, e otorgo a Diego vna su huerta, o vna su viña, en que ha tantas arançadas, e es en tal lugar, e ha tales linderos; de manera que el, e sus herederos la puedan tener, e labrar, e esquilmar fasta tal plazo. Otrosi prometio, e otorgo, que la viña, o la huerta, e el fruto della non gelo tomaria, nin gelo embargaria en ninguna manera fasta el plazo sobredicho; ante gela defenderia (366) de todo ome, o de todo lugar, que gela quisiese em-

(361) La misma fórmula se lee en Specul. siguiendo á Rolan. tít. *de locat. princ.*

(362) ¿Qué deberá decirse, cuando no se haya prefijado el tiempo que ha de durar el arriendo? Si se trata de un predio rústicio, parece que deberá durar un año, y si de un predio urbano, todo el tiempo que lo haya habitado el arrendatario, l. 13. §. 11. D. *de locat.*

(363) Este pacto con la hipoteca general de todos los bienes, tal como se propone en esta nuestra ley, hace que el comprador, á quien el dueño de la cosa arrendada la hubiere enagenado, haya de respetar el arriendo celebrado antes de la compra, porque es mas eficaz el derecho de un acreedor hipotecario que el de un comprador l. 7. §. últ. D. *de distrah. ping.* Y si bien se disputaba entre los DD. si para dicho efecto se requiria el haberse hipotecado especialmente la misma cosa arrendada, ó si bastaba la hipoteca general de todos los bienes, sobre lo cuál V. á Alex. á la l. 25. col. 3. D. *solut. matrim.* y á la l. 38. §. 1. D. *de acquir. posses.* con todo la mas comun opinion es la de que basta la general hipoteca, segun Ang. y Paul. de Castr. á d. l. 25. Bart. Bald. y Salic. á la l. 9. C. *de locat.* Juan de Anan. al cap. últ. col. 4. *ne prælati vices suas* y lo mismo se infiere de la presente ley. Pero, si el arrendador se hubiese obligado á no enagenar la cosa bajo cierta pena, y se ofreciese á pagarla el comprador de la misma cosa arrendada, podria entónces espeler al inquilino; porque se entenderia contraida la hipoteca ú obligacion de bienes en seguridad del pago de la referida pena; y lo propio tendria lugar, siempre que el comprador ó adquisidor de la cosa se obligase á indemnizar al inquilino los perjuicios que este reclamare por el desaucio, segun espresa Bart. á d. l. 9. y Salic. tambien allí y Juan de Anan. á d. cap. últ. Pero si el inquilino insistiese en que á él de ningun modo le conviene desocupar, entónces podria permanecer en la habitacion hasta concluir el tiempo del arriendo, segun Juan de Anan. lugar citado; entendiéndose empero, lo que se ha dicho de la pena, á menos que escediese al importe de la estipulada el de los perjuicios reclamados; en cuyo caso, aunque se ofreciese á pagarla el comprador, no podria obligar á desocupar al inquilino hasta haberle indemnizado enteramente, l. 28. D. *de action. empt.* por ser el arrendamiento un contrato de buena fé.

(364) Y ¿si nada se hubiese pactado acerca el tiempo en que deberian hacerse los pagos? V. l. 4. tít. 8. Part. 5.ª

(365) Añád. Specul. tít. *de locat.* princ. col. 3.

(366) Pero para que el arrendador deba defender al arrendatario, es menester que este le haga saber las perturbaciones que sufra, y le impidan el uso de la cosa, segun Alex. á quien puede verse, consil. 127. col. 5. donde trata del caso

bargar, o mouer contienda sobre ella. E otrosi prometio, que en todo el tiempo que este arrendamiento ha de durar, que non la vendera (367), nin la empeñara; nin la enagenara; de guisa que pueda venir embargo, nin estoruo al sobredicho Diego. E porende otrosi Diego el de suso dicho prometio a Aluaro, de labrar, e de femenciar bien aquella viña, o huerta, de todas las lauores quel perteneciessen, de manera que las vides, o los arboles que en ella fueren, non se puedan empeorar (368), nin secar por su culpa, o por mengua que non ouiessen las lauores en el tiempo que las deuian auer. Otrosi prometio, que los desfrutaria a buena fe sin mal engaño, en las sazones (369) que los frutos se deuen coger; e de dar, e de pagar a el, e a sus herederos, en la fiesta de Sant Miguel cien marauedis, e vn par de capones; e en el acabamiento del plazo sobredicho, de entregalle, o desampararle la viña, o la huerta, assi labrada, e sazonada, como sobredicho es: e todas estas cosas, e cada vna dellas etc. deuen ser escritas en esta carta, assi como diximos de suso en la carta del alquiler de las casas. E en esta misma manera deuen ser fechas las cartas de los arrendamientos de las otras heredades, poniendo en ellas todas las posturas que las partes pusieren entre si, en la manera que se acordaren en ellas ante el Escriuano publico.

LEY 75. *En que manera deue ser fecha la carta de la lauor, que un ome promete de fazer a otro.*

Lauores prometen a las vegadas los omes de fazer vnos a otros. E la carta (370) deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Pedro Martinez el Escriuano prometio, e otorgo, e obligose al Dean de Toledo, de escreuirle el testo de tal libro (diziendo señaladamente su nome) e que gelo escriuiria (371), e que gelo continuaria fasta que fuesse acabado, de tal letra qual escriuio, e mostro en la primera foja deste libro, ante mi Fulan Escriuano publico que fize esta carta, e los testigos que son escritos en ella. E otrosi prometio el sobredicho Escriuano, de non trabajarse de escriuir otra obra (372), fasta que sea acabado este libro. E esta prometio de fazer por precio de treinta marauedis, de los quales otorgo, e vino manifiesto, que auia rescebido diez del Dean

en que el arrendatario se vea impedido por causas que el arrendador no pueda remover.

(367) V. lo anotado á la l. prox. antec.

(368) Añád. l. 7. tít. 8. Part. 5.ª l. 25. §. 3. l. 35. §. 1. y Bart. allí. D. *locat.* y l. 1. C. *de man. et col.* donde se establece que los arrendatarios que en el último año del arriendo esquilman y deterioran los predios ó viñas arendadas para coger mas abundante cosecha, están obligados á indemnizar al dueño los perjuicios; si, por causa de ellos, en los años siguientes produce el predio menos de lo que producia; y lo propio dice Juan de Plat. allí, de los que encargan el cultivo ó la poda de los arboles á quien no tenga el arte y esperiencia necesarias para ello, esto es, que son tambien responsables de los daños que tal vez resultaren.

(369) Previénese esto así en la escritura; porque, de cogerse los frutos ante de estar en sazon, podria seguirse perjuicio al predio, l. 27. §. 25. D. *ad leg. Aquil.*: pero no deberia espresarse, cuando pudiesen cogerse los frutos en cualquier sazon, sin ocasionar perjuicio alguno, y añád. Glos. á la l. penúlt. D. *de usufr. legát.*

(370) Acerca la fórmula propuesta aquí para el contrato de arriendo de obras, V. Specul. tít. *de locat.* §. *restat super. operarum locationibus.*

(371) Y he aquí un caso en que, segun la Glos. á la l. 21. §. 4. D. *de nov. oper nut*, el que ha prometido verificar un hecho está precisamente obligado á cumplir, y se le compele á ello, llegándose hasta á sugetar con grilletes al escribiente que no quiere copiar el libro, como hubiere prometido: pero Bart. á la l. 72. D. *de verb. oblig.* col. 16. afirma que no es ese el espíritu de la ley, á menos que sea una disposicion especial para el caso referido y por razon de pública utilidad; y añád. Bald. á a l. 4. C. *de act. empt.* y á la l. 14. C. *de locat.* Y acerca de si se daria por cumplido al que se hubiese obligado á copiar un libro, si lo mandase hacer por otro, V. Juan de Plat. despues de Din. á la l. 60. C. *de decur.*, donde opina por la negativa, á menos que el escribiente haya llegado á verse constituido en dignidad posteriormente á la obligacion ó promesa.

(372) ¿Qué seria si, antes que á este, hubiese prometido á otro escribir ó copiar otro libro? V. l. 25. D. *locat.* donde se establece que el que ha arrendado sus obras á varios, debe verificarlas primero á favor de aquél, á quien primero las prometió, y V. Paul. de Castr. allí, donde dice que lo mismo tendrá lugar con el abogado, y con el vasallo que tiene feudos de varios señores; y trata tambien del caso en que un escolar, despues de haber prometido á alguno no salir del distrito de la universidad sin su licencia, hubiere sido llamado por su padre ó por el obispo de quien tiene su beneficio; porque si bien en las obligaciones personales de dar alguna cantidad no se atiende á la prioridad de tiempo, l. 32. *de privil. credit.* pero en las obligaciones de hacer que no pueden cumplirse mas que á favor

sobredicho; e los otros marauedis deuen ser pagados (373) en esta manera: los diez, quando fuere escrita la meytad del libro, e los otros diez, quando fuere acabado: e todas estas cosas, e cada vna dellas etc. deuen ser puestas en esta carta, assi como de suso diximos en la fin de la carta del alquiler de las casas. E si por auentura prometiere vn ome a otro, de fazer casa, o torre, o otra lauor, deue el Escriuano publico que ha de fazer la carta, catar afincadamente lo que promete la vna parte a la otra; e poner en la carta primeramente la postura del vno, e despues la del otro; e en fin de la carta poner aquella clausula general, que dizen. E todas estas cosas sobredichas, e cada una dellas, que prometieron la vna parte a la otra etc. assi como diximos (374) en la carta del alquiler de la casa.

LEY 76. *Como deue ser fecha la Carta del loguero.*

Alogan los omes sus bestias a otros; e la carta del loguero deue ser fecha en esta manera (375). Sepan quantos esta carta vieren, como Remon aloga, e da a alquiler vn par de azemilas, que es cada vna dellas de tal color, a Guillen, que era presente, e las rescibio ante mi Fulan Escriuano, e los testigos que son escritos en esta carta; que fueron apreciadas (376) entrellos acordadamente por cient marauedis. E estas azemilas, que las pueda lleuar cargadas de cargas comunales (377), e guisadas fasta tal logar: E prometio Guillen el sobredicho, de fazer bien pensar (378) estas bestias, de ceuada, e de paja, e de las otras cosas (379) que les fuesse menester, a su costa, e a su mission; e de le dar, e de le pagar por alquiler, e en nome de alquiler, cada mes tantos marauedis; e de tornar, e entregarle estas azemilas non empeoradas, o la estimacion sobredicha dellas, en tal lugar fasta tal plazo. E todas estas cosas, e cada vna dellas prometio Guillen el sobredicho a Remon, de fazer, e de cumplir, e de pagar, assi como sobredicho es, a buena fe sin mal engaño, so pena de cient marauedis: la qual pena quier sea pagada, o non, sean todas estas cosas firmes, e estables, e valederas; obligando a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes a Remon, e a los que lo suyo ouiessen de heredar: e renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero etc. assi como de suso diximos en las otras cartas.

LEY 77. *En que manera deue ser fecha la Carta del afletamiento de la naue.*

Afletan los omes sus nauios, e la carta del afle-

de uno de los acreedores, aquél se considera tener mejor derecho, que ha estipulado primero, segun d. l. fundado en la cuál dice Bald. á la l. 9. col. 2. C. *de locat.* que entre dos colonos es siempre preferido el mas antiguo.

(373) En la fórmula aquí propuesta viene espresamente convenido el tiempo y forma en que debe hacerse el pago. Pero ¿qué seria si nada acerca de esto se hubiese prestado? Bald. á la l. únic. D. *de sufrag.* col. últ. opina que en los arriendos de obras mécanicas y otras semejantes, se debe pagar á medida y en proporcion de lo que se vaya trabajando; porque así el trabajo como el dinero son susceptibles de division l. 10. D. *de ann legat.* Podria inferirse tambien de la presente ley que el pago del precio debe hacerse en tres plazos iguales á saber la tercera parte al empezar la obra, la otra tercera á la mitad de ella, y la otra cuando estuviese concluida. Y ¿si un escribiente que hubiese prometido copiar un libro, pasa un mes sin escribir por no entregarsele original? Podrá pedir los perjuicios que se le hayan ocasionado por el tiempo transcurrido sin trabajar, ll. 38 y 19. §. últ. D. *locat.* l. 13. D. *de ann legat.* mientras no haya trabajado en él por cuenta de otro, segun d. l. 19. y Specul. tít. *de locat.* §. *postquam* col. 3. *et scias.*

(374) L. 73. de este tít.

(375) Añád. Specul. tít. *de locat.* §. *jam dicendum* princ. donde trata tambien de la fórmula con que debe celebrarse ese contrato.

(376) V. lo anotado á la l. 71. de este tít. y Specul. tít. *de locato* §. *jam dicendum*, col. 2. vers. *ad evidentiam* y col. 3. vers. *quando enim periculum.*, y Juan Andr. en sus adiciones allí.

(377) Y será responsable de las resultas, si carga las acémilas con mayor peso del que pueden soportar, l. 30. §. 2. D. *de locat.* y Bart. allí y Juan de Plat. á la l. 1. C. *nequid. oner. publ. impon.* mas no lo seria, aunque muriese la acémila alquilada, con tal que no la hubiese puesto una carga desproporcionada á sus fuerzas ó mayor de la que acostumbraba llevar, V. l. 14. y Plat. allí C. *de curs. publ.*

(378) Añád. l. 18. y Juan de Plat. allí C. *de curs publ.* pues son tambien responsables los que escasean el pienso á las caballerías y no les dan el alimento regular y acostumbrado, el cuál no puede negarseles aunque se haya encarecido, á fin de que puedan trabajar, lo que no pueden hacer sin el necesario alimento, segun d. Plat. allí.

(379) ¿Podrá el que haya alquilado un mulo pedir que se le abone lo que hubiere gastado para curarlo? Parece que sí, cuando no sea una cantidad muy corta é insignificante, segun la l. 7.

lamiento deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Don Jordan, Maestre (380) de la naue (381) que ha nome Buenauentura, afleto essa misma naue a Aleman el Mercadero, para lleuar a el con todas sus cosas, e con tantos quintales de cera, e con tantos frexes de cueros, desde Seuilla fasta la Rochela (382). E prometio, e otorgo el Maestre sobredicho al Mercader, de le leuar esta naue (383) bien aguisada de velas, de antenas, e de masteles, e de xarcias, e de ancoras, e de restas: e con dos naucheles, e quarenta marineros, e con diez sobresalientes armados, e guisados con sus ballestas, e quatro seruientes, e vn batel; e de todos los otros gouiernos, e guarnimientos que pertenescen, e son menester a naue que va en tal viaje. E otrosi prometio el Maestre, de entrar con su naue en el Puerto (384) de Lisbona (385), o en el de Ribadeo, o en el de la Coruña, o de Santander, por lleuar ende tales Mercadores que son sus compañeros, o a tales mercadurias que tiene y el Mercadero allegadas. Otrosi prometio el Maestre al Mercador, de entrar, e de salir del puerto con la naue a su voluntad, e a su mandar, e de guiar, e de guardar al Marcador (386), e a sus cosas bien e lealmente en todo este viaje. E este otorgamiento, e este afletamiento fizo el Maestre al Mercader por dozientos marcos de plata, los quales marcos de plata le prometio el Mercader, de dar, e de pagar, a ocho dias que la naue fuere llegada al Puerto de la Rochela. E otrosi le prometio el Mercador al Maestre sobredicho, de auer cargada la naue en el Puerto de Seuilla en todo el mes de Março de tantas mercadurias quantas dichas son de suso; de manera que el Maestre pueda mouer del Puerto de Seuilla (387) en Calendas de Abril, dandole Dios buen tiempo (388). E todas estas cosas, e cada vna dellas prometio el Maestre al Mercador, e el Mercador al Maestre, en la manera que dichas son, de guardar, e de fazer, e de cumplir a buena fe sin mal engaño, so pena de cient marcos de plata: la qual pena sea tenudo de pagar el vno al otro, quantas vezes fiziere contra alguna de las cosas

§. 16. D. *solut. matrim.* y Bart. allí; bien que este habla del caso en que el mulo fuese prestado; mas parece que la misma razon habria en el arriendo; porque estos pequeños gastos se equiparan á los alimentos, l. 18. §. 2. D. *commod.* y porque lo mismo se previene en d. l. 7. §. 16. relativamente al siervo dotal.

(380) Es válido el contrato de fletamiento celebrado con el Maestre de la nave aunque no sea el dueño de ella, l. 1. §. 2 y 3. D. *de exercitor.*: por lo que, no debe imputarse al fletador el que no haya cuidado de averiguar si el buque era ó no propiedad del maestre con quien ha contratado; lo que seria muy engorroso y dificultaria los contratos de esa especie tan comunes en el comercio V. d. l. 1. princ. y Specul. tít. *de oblig. et solut.* §. *prænotandum* princ. y acerca de la potestad que compete al maestre de la nave para castigar á los que delinquen en ella V. l. 2. tít. 9. Part. 5.ª —*En órden á lo que dice el Glosador en esta nota y las siguientes, refiriéndose al comercio marítimo, nos abstenemos de hacer observacion alguna por las razones espresadas en la adicion á la nota 1.ª tít. 9. Part. 5.ª

(381) Un buque mas bien se equipara á un predio urbano que á un predio rústico, Bald. á la l. 5. C. *de locat.*

(382) En el tiempo en que se formaron las Partidas no estaba tan estendido como hoy el comercio marítimo de España. en donde se ha verificado en nuestros tiempos lo que dijo Séneca en su tragedia, Medea *Veniet annis sœcula seris, quibus Oceanus vincula rerum laxet, et ingens pateat tellus, Tethisque novos detegat orbes, neque sit terris ultima Thule.* Quiera el grande y Omnipotente Dios que ha dado á la España un nuevo mundo, que siga este perpetuamente afirmándose en la cristiana Religion para mayor bien de nuestros Reyes y de toda la República.

(383) Y en el caso de haber duda sobre si se ha arrendado toda la nave ó si se ha contratado solamente la conduccion ó fletamiento de determinadas mercaderías, tendrá el fletador la accion *præscriptis verbis* l. 1. D. *de præscr. verb.*

(384) Es necesario que esto se pacte espresamente; pues de otra manera no estaria el naviero obligado á dejar el camino recto, por el peligro que ofrece la entrada en los puertos.

(385) *Ulixbona*, ó Lisboa, segun Isidoro lib. 15. *Etymologiarum* cap. 1. fué fundada por Ulises, de de quien lleva su nombre; y es el punto, segun los historiógrafos, en que el cielo se separa de la tierra, y la tierra de los mares.

(386) El maestre de la nave tiene obligacion de avisar á los navegantes el tránsito por los lugares ó puntos peligrosos, véas. l. 9. tít. 9. Partida 5.ª

(387) Sevilla fué fundada por Julio César, el cuál, en memoria del mismo y de la ciudad de Roma, le dió el nombre de *Julia Romula*; y se llamó *Hispalis* [nombre con que se le designa en los textos y documentos latinos] por habérsela fundado en un lugar cenagoso y por medio de estacas clavadas en el suelo *(his palis)* para que no se apoyase en un cimiento ligero y deleznable. Isidoro lib. 15. *Etymologiarum* cap. 1. hácia el fin.

(388) Esta cláusula se pone para mayor abun-

que en esta carta dize; e finque todavia este pleyto valedero, assi como sobredicho es. E porque todas estas cosas fuessen mejor guardadas, obligo el Maestre al Mercador a si mismo, e a sus herederos, e señaladamente esta naue sobredicha: e otorgo poderio al Mercador, que en toda tierra, o lugar (389) do le fallasse, que le pueda mouer pleyto en juyzio, en razon destas cosas que sobredichas son, e que non se pueda escusar de fazerle derecho ante qualquier Judgador, ante quien lo emplazasse: e renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero, etc. E otrosi obligo el Mercador al Maestre a si mismo, e a sus herederos, e a todas sus mercadurias, e renuncio, etc. E porque los Mercadores, e los Maestres ponen entre si desuariadas posturas, e pleytos, deue el Escriuano ser auisado, para entenderlas, e screuirlas en la carta, en la manera que ellos las pusieren entre si.

LEY 78. *Como deue ser fecha la Carta de la compañia, que algunos quieren fazer.*

Compañias (390) fazen los omes vnos con otros, para ganar algo de consuno. E la carta de la compañia deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Pedro de la Rochela, e Don Arberat, Mercaderes de Seuilla, fizieron entre si compañia por diez años (391), para comprar paños de color, de consuno, e venderlos a retajo en la rua de los Francos de Seuilla; e para fazer todas aquellas cosas que pertenescen a esta mercaderia (392); en la qual compañia metio cada vno dellos mil marauedis Alfonsis (393), con los quales prometieron entre si el vno al otro, de fazer esta mercaduria bien e lealmente, e de compartir entre si toda ganancia, o daño, o perdida (394) que ouiessen por razon desta mercaduria. E todas estas cosas sobredichas, e cada vna dellas prometieron el vn Mercador al otro de fazer, e de guardar, assi como dichas son; e non fazer, nin venir contra ninguna dellas, so pena de mil marauedis: la qual pena quier sea pagada, o non, siempre sea firme la postura de la compañia; obligandose el vno al otro a si mismo, e a sus herederos; e renunciando, e quitandose de toda ley, e de todo fuero.

LEY 79. *En que manera deue ser fecha la Carta, quando algund ome da a otro su heredad a labrar a medias.*

A medias (395) dan los omes a labrar sus heredades. E la carta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Domingo Esteuan dio, e otorgo, a labrar a medias a Periuañez tal heredad, que es en tal lugar, e ha tales linderos, fasta cinco años; e prometio el sobredicho Domingo Esteuan por si, e por sus herederos, de non embargarle, nin de contrallarle esta heredad en ninguna manera. Mas de todo ome que gela quisiesse embargar en juyzio, e fuera de juyzio, que se la desembargaria, e lo defenderia en ella a el, e a sus herederos, en todo tiempo fasta el plazo sobredicho. E otrosi Periuañes el sobredicho prometio, e otorgo de labrar, e de arar la heredad sobredicha tantas vezes en el año, e de sembrarla de tales simientes a su costa (396)

miento; y aunque no se pusiese, se sobreentenderia, pues la condicion, *si Dios quiere, si es posible*, va necesariamente anexa á toda promesa ó juramento, cap. *beatus* 22. q. 2. y la Glos. allí, y Juan de Plat. á la l. 2. C. *his qui non impl. stip.* y cap. *quemadmodum* 25. *de jurejur*,

(389) Acerca de este pacto de poder el Maestre ser convenido en cualquier lugar, V. Bart. á la l. 1. D. *de eo quod certo loc.* y Socin. al cap. *dilecti, de for. compet.*

(390) V. Specul. tít. *de judiciis* §. *generaliter.* princ. y tít. *de fideijuss.* §. 1. col. 2. vers. *quid autem.*

(391) Y dentro del tiempo convenido así como no puede socio alguno disminuir el capital impuesto en la sociedad, tampoco puede hacerlo con los réditos ó ganancias procedentes del mismo que se consideran como parte del capital, l. 2. y Bart. y Juan de Plat. allí, C. *de frum. urb. Constantinop.*

(392) Y este pacto debe entenderse y cumplirse en los términos que sean de costumbre entre los comerciantes, V. Bald. la l. 1. col 2. C. *pro soc.*

(393) V. l. 81. de este tít.

(394) Y conviene añadir por pacto espreso que las pérdidas que tal vez resultaren haya de probarlas el socio administrador dentro un plazo de tiempo determinado, segun Juan de Plat. á la l. 2. *C. de naufrag.*

(395) V. Specul. tít. *de locato* princ. col. 3. y 4. donde, á proposito de esta fórmula, trata la cuestion de si el colono ó parcero deberá percibir tambien la mitad de los arboles existentes en la heredad.

(396) El colono debe poner, á sus costas la semilla y demás necesario para el cultivo, aunque no se haya pactado espresamente, segun el cap. *tua nobis* 26. *de decimis* y Bald. á la l. 1. col. pen. C. *pro soc.*

e a su mision. E otrosi le prometio de le dar, e de le entregar en su casa (397) la mitad de quantos frutos cogiere (398) en aquella heredad. E todas estas cosas, e cada vna dellas prometieron, e otorgaron por si, e por sus herederos, los sobredichos Domingo Esteuan, e Peryuañez, cada vno el uno al otro; e de non venir contra este pleyto en ninguna manera etc. vt supra, assi como dize fasta la fin de las otras cartas.

LEY 80. *Como deue ser fecha la Carta de la particion que fazen los hermanos, o algunos otros, de las cosas que han de consuno.*

Parten los hermanos, e los otros omes, lo que han de consuno: e la carta (399) de tal particion deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Domingo Perez, e Rodrigo, fijos que fueron de Peresteuan, queriendo fazer particion de todos los bienes que auian de so vno, e heredaron de su padre, e son escritos en esta carta, acordadamente fizieron dellos dos partes; poniendo, e señalando en vna parte tal casa, que es en tal lugar, e ha tales linderos, otrosi tal viña, e tal pieça de tierra, e de tantas alfajas, e tantos marauedis; la qual parte, con auenencia de ambas las partes, cupo a Domingo Perez el sobredicho: e esse Domingo Perez el sobredicho, con plazer del hermano sobredicho, escogio, e tomo aquella parte, e otorgose por pagado della. E en la otra parte pusieron, e señalaron vna casa, e vna viña, que son en tales lugares, e han tales linderos, e tantas alfajas, e tantos marauedis: e esta otra partida destos bienes cupo a Rodrigo, e escogiola, e tomola con plazer de su hermano, el sobredicho, e otorgose por pagado della. E otrosi los sobredichos hermanos por si, e por sus herederos, prometieron, e otorgaron el vno al otro, que si contienda, o pleyto fuesse mouido contra alguno dellos, por razon de aquellas cosas que copieron en su parte, que amos a dos fiziessen, o pagassen comunalmente las despensas, e las missiones que fuessen fechas en juyzio en razon del empeoramiento della; e si por auentura aquella cosa fuesse vencida en juyzio (400) a alguno dellos, que el daño se refiziesse, e se compartiesse entre ellos comunalmente: e esta particion, e todas las otras cosas, e cada vna de ellas, que en esta carta son escritas, prometieron los sobredichos hermanos de lo auer todo por firme, e de nunca venir contra ello en ninguna manera, so pena de mil marauedis: e la pena pagada, etc. Obligandose el vno al otro, e a sus herederos, e sus bienes, etc. assi como diximos en la primera carta de la vendida.

LEY 81. *Como deue ser fecha la Carta del quitamiento de la debda, o de otras cosas que vn ome quiere quitar a otro.*

Quitan los omes muchas vezes las debdas que han contra otros, o otras cosas. E la carta de tal quitamiento (401) deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Aparicio por si, e por sus herederos, ante mi Fulano Escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta, fizo a Gomez recibiente por si, e por sus herederos, fin, e quitamiento, e pleyto de nunca jamas le demandar ninguna de quantas de-

(397) Tal vez es necesario que se pacte así espresamente, para que se entienda el parcero obligado á llevar á la casa del dueño la parte de frutos correspondiente á este; pues otramente la conduccion de ellos se entenderia deber hacerse á costas del mismo dueño, á tenor de lo anotado por Bald. á la l. 19 q. 15. C. *de usur.* y por considerarse al parcero como á un socio l. 25. §. 6. D. *locat.* El simple arrendatario, empero, no siendo parcero, está obligado á llevar á sus costas los frutos á la casa del dueño, mientras este no resida en distinto territorio de aquél en donde radica la heredad arrendada, segun el propio Bald. á d. l. 19 q. 12. y Alex. allí, en sus adiciones, á quien puede verse y el mismo consil. 120. vol. 5.

(398) ¿Qué sería si no se hubiese pactado espresamente que se pagase en frutos, ni en dinero? Entónces deberia el colono pagar en frutos, mas bien que en dinero, á menos que hubiese costumbre en contrario, l. 5. y Glos. y Juan de Plat. allí C. *de agric. et cens.*

(399) V. Specul. tít. *de judiciis* §. *sequitur.* col. antepén. vers. *porró* siendo laudable el que los hermanos procedan de comun acuerdo á hacer la particion, V. Bald. §. *præterea ducatus, de alien. feud. prohibit. per Federic.* col. pen. l. últ. D. *famil. ercisc.* y como dice Ambros. lib. *de Abraham*, cap. 3. *divide, ut potiús maneat amicitia: indivisa domus duos non substinet.* y la escritura de particion es una prueba de que han sido comunes los bienes entre los que la han verificado ó entre los causantes de estos. véas. Socin. consil. 46. vol. 3.

(400) Añád. l. 14. y Glos. notable allí C. *famil. ercisc.* y l. 9. tít. 15. Part. 6.

(401) Puede obligarse al acreedor á otorgar escritura de quitamiento ó remision, V. Bald. á la l. 9. princ. D. *de novat.* y en órden á si aquél, á quien compete legalmente una escepcion contra

mandas auia contra el, por ninguna razon, nin en ninguna manera. E señaladamente le quito la demanda de los cient marauedis que le deuia, assi como parece por la carta que fue fecha por mano de tal Escriuano publico. E este pleyto, e este quitamiento fizo Aparicio por esta razon: porque otorgo, e vino conociendo que Gomez el sobredicho le pago los cient marauedis de suso dichos, e passaron a su poder. E destos marauedis, e todas las otras cosas (402) que fasta este dia le deuia dar, o fazer, o pagar, dixo que era entregado, e pagado dellos, de manera que non le fincaua ninguna querella, nin demanda contra el; e torno (403) a Gomez la carta sobredicha de la debda, cancelada, e rota. E dixo, e otorgo, que si alguna carta paresciesse, que fuesse fecha ante del dia, e de la era desta carta, sobre cosa que Gomez le ouiesse de dar, o de fazer; que fuesse cancelada, e rota, e que non valiesse en ninguna manera, nin en ningund tiempo. E todas estas cosas, e cada vna dellas prometio Aparicio por si, e por sus herederos, a Gomez recibiente por si, e por los que lo suyo ouieren de heredar, de guardarlas, e de cumplirlas, e auerlas siempre por firmes; e de nunca fazer nin venir contra ninguna dellas en ninguna manera, nin por ninguna razon, so pena de cient marauedis: la qual pena tantas vegadas pueda ser demandada, quantas Aparicio, o sus herederos fizieren contra alguna destas cosas sobredichas; e que siempre el pleyto deste quitamiento sea firme e valedero. E porque todas estas cosas, e cada vna dellas sean mejor guardadas, obligo Aparicio el sobredicho a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes, a Gomez el sobredicho, e a los que lo suyo ouiessen de heredar. E renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero etc. Si por auentura de esta manera non quisiesse fazer en general la carta, como sobredicho es, mas mandasse fazer simple carta, de como era pagado de algund debdo; estonce deue ser fecha en esta manera. Sepan quántos esta carta vieren, como Pero Ruyz otorgo, e vino conociendo que Juan Perez le pago cient marauedis Alfonsis, los quales era tenudo de le dar, e pagar por razon de emprestido, o de compra, o de otra manera (segund dixeren las partes) assi como parece en la carta de la debda, que fue fecha por mano de tal Escriuano publico. E renuncio, e quitose de toda ley, e defension; señaladamente desta, que non pudiesse dezir que aquellos marauedis non le fueran contados, e pagados. E sobre todo esto torno Pero Ruyz a Juan Perez el sobredicho la

el acreedor, puede pedir que se le declare desobligado por pacto espreso, V. Bart. á la l. 3. §. 1. D. *de lib. leg.*

(402) No deben los acreedores ser fáciles en poner estas cláusulas ó renuncias generales, para que por una palabra dicha ó escrita indeliberadamente y sin precaucion no pierdan mas derechos, que aquellos á que han entendido renunciar, l. últ. C. *de dot. promiss.* y no puede obligarseles á poner otras de esas cláusulas generales que las que sean necesarias para ratificar las especiales y darlas la debida fuerza, l. 3. §. 1. D. *de contrar. judic tut.* Bald. á la l. 3. col. penúlt. princ. C. *de collationibus;* porque la remision ó quitamiento general ó de todas las deudas se presume capcioso, l. 5. D. *de transact.* de la cuál infiere Bart. que no puede obligarse al acreedor á que lo otorgue, y del mismo sentir son Ang., Paul. de Castr. y Jas. á d. l. y añád Alex. consil. 42. col. 3 y 4. vol. 1. pudiendo verse tambien en órden al mismo quitamiento general, la l. 18. §. 1. D. *de acceptil.* y Bart. á la l. 28. §. 4. D. *de liber. leg.* donde dice que por la remision ó quitamiento general no se entiende estinguida la accion reivindicativa, á menos que así se haya espresado.

(403) Añád. l. 17. tít. 2. de esta Part. y l. 2. *de condict. ex leg. et sin caus.* deduciéndose de la presente ley que, no solo debe el acreedor otorgar escritura de remision, sino tambien devolver al deudor la que se hubiese otorgado para que constase el crédito; y aun podria el deudor pedir que esta fuese cancelada en su original, segun Bart. autent. *cassà, et irritá C. de sacros. eccles.* Y sobre si por la mera devolucion del documento de crédito se entiende ó no remitida la deuda, V. señaladamente á Abb. al cap. pen. *ut lit. pend.* col. antepén. pen. y últ. donde propone, acerca el particular, varias notables cuestiones; y añád. Bald. despues de la Glos. §. pen. C. *de latin. libert. tollend.* donde se dice que el deudor, en poder de quien se encuentra cancelado el documento de crédito, está obligado á probar que se lo ha devuelto el mismo acreedor. V. la l. 11. tít. prox. anteced. de esta Part. y lo anotado allí. ¿Qué seria, empero, si además de tener el espresado documento, pudiese probar, por medio de un testigo, haber verificado el pago o haber obtenido el pacto de no pedir? V. Bald. á d. §. pen. donde dice que le bastará esto al deudor para escepcionar la reclamacion que se le haga; pero es, por lo dicho, mejor obtener formal escritura de quitamiento, que la simple devolucion del documento de crédito, l. 14. C. *de solut.* y V. Glos. y Bald. allí. Y si este se ha perdido, de suerte que no pueda ser hallado, ¿que deberá hacer entonces el acreedor? V. acerca de esto un texto notable en la l. 84. §. 7. *de leg.* 1. y Bart. allí y Bald. á la l. 24. C. *de fideicom.* y á la l. 30. col. últ. C. *de testam.* Y en órden al medio de que de-

carta deste debdo rota, e cancelada. E prometiole, que por esta debda, nin por razon della nunca moueria a el, nin a sus herederos, pleyto, nin contienda en juyzio, nin fuera del, so pena de cient marauedis, etc. vt supra.

LEY 82. *Como deue ser fecha la Carta de la paz, que los omes ponen entre si.*

Paz ponen los omes entre si a las vezes. E la carta (404) deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Don Rodrigo Alfonso por si, e por Fulano, e por Fulano, de la vna parte (405), e Don Ramir Ruiz por si, por Fulano, e por Fulano de la otra, ficieron entre si acordadamente paz que durasse para siempre (406), sobre todas las desauenencias, e desacuerdos, e mal querencias, e desonrras que los vnos ouiessen fecho contra los otros de palabras, o de fecho, fasta el dia desta carta, e señaladamente por razon de la malquerencia de tal omezillo. E en señal de verdadero amor, e de concordia que deue entrellos ser guardada, se besaron (407) ante mi el Escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta. E prometieron, e otorgaron los vnos a los otros esta paz, e esta concordia, de la auer siempre por firme, e de nunca fazer, nin venir contra ella (408) por si, nin por otri, de dicho, nin de fecho, nin de consejo, so pena de mil marcos de plata; la qual pena quier sea pagada, o non, esta paz, e esta auenencia sea siempre firme e valedera. E porque todas estas cosas sean bien guardadas, e firmes, obligaronse los vnos a los otros a si mismos, e a sus herederos, e a sus bienes, renunciando, e quitandose de toda ley, e de todo fuero.

LEY 83. *Como deue ser fecha la Carta de la tregua, que los homes ponen entre si.*

Tregua (409) ponen los omes entre si muchas vezes. E la carta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Ferrand Ruyz por si, e por Fulano (nombrandolos cada

berá valerse el deudor cuando, despues de haber pagado y habersele devuelto el documento de crédito, lo hubiere perdido y el acreedor prevaliéndose de ello volviere á pedirle la deuda, V. Juan Andr. adiciones á Specul. tít. *de instrum. edit.* §. *postquam* col. 4. adicion á la palabra *in principio*.

(404) V. Specul. tít. *de treug. et pace* princ. y nótese que los contratos ó tratados de paz son de derecho de gentes, segun la l. 5. D. *de just. et jur.* con la l. 1. *de pact.* princ. y Bart. en la cuestion *Lucanæ civitatis statuto* col. 1. y acerca de dichos tratados y de la forma con que deben celebrarse, V. l. últ. tít. 12. Part. 7.

(405) Aquí deben incluirse todos los parciales de los contratantes, cuando los hubiere tales, que el tratado no pueda tener efecto sin el asentimiento de los mismos l. 111. D. *de verb. oblig.* citada por Ang. á la l. 43. D. *de rei vindict.* pudiendo verse el cap. *ad apostolicæ* 2. *de sent et re judic.* y añád. l. 1. tít. 8. lib. 4. Ordenam. Real. donde se dice que en el tratado de paz se entienden comprehendidos los domésticos de los contratantes y todos aquellos sobre quienes tengan los mismos algun imperio. Y se consideran parciales de cada una de las partes todos los que la favorecen con sus obras, socorros ó consejos, segun la l. pen. y Juan de Plat. allí C. *de discusor*, á los cuales se les llama tambien aliados ó secuaces, como en el cap. *ex parte*, *de for. comp.* y cap. 1. *de postul. prælat.* donde la Glos. y Abb. col. pen. dicen que, si no hay costumbre en contrario, no se entienden los parciales comprehendidos en el tratado, á menos que se haya así espresado, y citan d. cap. *ad apostolicæ*, cuya opinion es verdadera, á no ser que las palabras del tratado se refieran á una cosa determinada, segun Ang. á d. l. 43., ó que la paz no pueda tener efecto sin la cooperacion de dichos parciales, pues siendo así, aun no espresándose, se entienden comprehendidos, segun Ang. allí.

(406) Es esencial al tratado de paz el que sea esta perpetua, á diferencia de la tregua que solo es temporal; y se entiende la primera estipulada perpetuamente, aunque no obliga á cada una de las partes, sino mientras la otra cumpla fielmente lo pactado, l. 54. §. 1. D. *locat. et* §. 3. *Instit.* d. tít. Bald. *de pace Constanciæ* vers. *nos Romanorum*; y V. tambien allí como debe entenderse dicha perpetuidad.

(407) En los tratados de paz interviene el ósculo. V. l. últ. tít. 12. Part. 7. pues este es el señal de haberse ajustado aquella, cap. *pacem* 9. *de consecr.* dist. 2. y por esto dice S. Bernardo *super cantica* serm. 2. « *Si mihi vult esse persuasum Deus, quod de suæ beneplacito voluntatis tam creba jam legatione respondet, negue exhibet, osculetur me osculo oris sui, sicque in signo pacis faciat me pace securum:*» *pax enim est osculo reformanda* 2. *Regum* cap. 14. hácia el fin vers. 33. y añád. Ambros. *Hexomeron*, tratad. *sexti diei* y sobre el Salm. 59. col. 4.

(408) Por lo que hace á las circunstancias, mediando las cuales se entienden rotas las paces, V. lo anotado á la l. últ. tít. 12. Part. 7. y á la penúlt. tít. 11. de esta Part.

(409) Entiéndase por tregua el contrato de respetar cada una de las partes las cosas y perso-

vno por su nombre) de la vna parte, e Juan Ferrandez, vezino de tal lugar, por si, e por Fulano, e por Fulano de la otra parte, pusieron tregua entre si fasta vn año, e prometieron los vnos a los otros esta tregua, de la guardar bien, e lealmente a buena fe sin mal engaño en todo este plazo sobredicho; e de non fazer (410), nin venir por si, nin por otri, contra ella en ninguna manera de dicho, nin de fecho, nin de consejo, so pena de traycion: o otra pena en que las partes se auinieren. Ca el Escriuano, en la manera que es puesta entre ellos la tregua, e la pena della, deue escreuir la carta.

LEY 84. *Como deue ser fecha la Carta, quando alguno promete de dar su fija a otro en casamiento.*

Prometen algunas vegadas los omes, de dar sus fijas a otros en casamiento: e la carta (411) de tal prometimiento deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Martin Esteuan otorgo, e vino conociendo (412) que auia recebido por su fija Teresa en nome della, de Juan Garçia quinientos marauedis Alfonsis por arras, e en nome de arras; los quales marauedis passaron a su poder, e otorgo que era pagado dellos; renunciando, e quitandose de toda ley e de todo fuero, e señaladamente, que non dixiesse que le non fueron dados, e contados estos marauedis. Otrosi otorgo, e prometio el sobredicho Martin Esteuan, que el fara, guisara (413) assi que Teresa su fija consentira, e recibira a Juan Garcia por su legitimo marido, assi como manda Santa Eglesia, fasta dos meses: e que el dara con ella en casamiento, e por nombre de casamiento, tal heredad, que es en tal lugar, e ha tales linderos, e tantos marauedis. E porque este otorgamiento, e promission, fuesse mejor guardado, el sobredicho Martin Esteuan establecio, e otorgo a Juan Garcia el de suso

nas de la otra, celebrado antes de finalizar la guerra, Glos. al cap. 1. *de treug. et pac.* V. Juan Andr. adiciones al Specul. d. tit. rubric. donde propone sobre el particular varias cuestiones notables. El tratado de paz es una prueba de que antes ha habido guerra, Bart. á la l. 14. D. *de adim. legat.*

(410) V. ll. 1. 2. y 3. tit. 12. Part. 7.

(411) V. Specul. tit. *de sponsal.* §. *primo igitur.*

(412) Indícase aqui que debe estarse á la confesion de haber recibido las arras dadas en seguridad de la promesa de contraer matrimonio, cuando aquella confesion resulte hecha por alguna de las partes; y asi lo opina Bart. á la l. 134. D. *de verb. oblig.* bien que Ang. y Paul. allí sostienen la contraria, fundándose en la l. ult. C. *de sponsal.* en la cual, al hablar de las arras, se habla de las que real y verdaderamente se han recibido: y del mismo sentir es Abb. al cap. *gemma, de spons.* donde dice que la misma razon milita respecto de las arras, que respecto de la estipulacion de una pena; porque facilmente se induciria á los esposos á confesar que las han recibido muy considerables: y esta opinion creo que es la mas verdadera, como se puede inferir tambien de la l. 27. D. *de probat.* y de la circunstancia de ser sospechosa la confesion que hagan los esposos uno á favor del otro, por el amor que se profesan; por donde se ve que, ademas de la confesion que se formula en nuestra ley, debe constar la real y verdadera entrega; como parece probarlo tambien la l. 1. tit. 11. Part. 4. con las palabras: *Arra tanto quiere decir como peño, que es dado etc.* y lo propio sostiene Juan de Imol. á d. l. 134. col. penult.

(413) ¿Se entenderá que ha cumplido el padre con este pacto, cuando haya hecho por su parte todo lo posible para que su hija contrajera el matrimonio, pero sin haber podido lograr que aquella consintiese? Abb. á d. cap. *gemma, de spons.* dice que quedan libres de la obligacion y de la pena estipulada los estraños que se hayan obligado con ella mientras hayan hecho cuanto estaba de su parte; pero no habla de las arras dadas por el padre de la desposada, respecto de las cuales podria haber otra razon; y aun parece que el padre las perderia, no queriendo la hija cumplir los esponsales; y asimismo lo indican las palabras de esta nuestra ley: *si su fija non le quisiese tomar por marido.* Y si bien pretende Socin. consil. 3. vol. 1., citando á Anton y Abb. á d cap. *gemma,* que el padre cumple con hacer por su parte, todo lo que puede; parece con todo, que esta opinion tan solo puede admitirse respecto de la pena del duplo, la que perderá en aquel caso el padre cuando la hubiere prometido, á mas de dar las arras, segun la l. ult. C. *de spons.* pues, en efecto, en cuanto á la pena, la misma razon milita con el padre que con los estraños: pero por lo que hace á las arras dadas por el padre al esposo que por su parte hubiese dado otras, las perderia asimismo el padre, aunque hubiese hecho todo lo que hubiese podido: V. lo dicho por Jas. despues de Francisc. de Aret. á la l. 34. princ. col. 3. y 4.

dicho, por arras e nome de arras, e otrosi como por peño, tal viña (414), o tal heredad, que es en tal lugar, e ha tales linderos: e desapoderose de la tenencia della, e apodero (415) a el, a tal pleyto, que si su fija non le quisiesse tomar por marido, en la manera que sobredicha es, o el non gela quisiesse dar; que el señorio, e la possession, e la tenencia de aquella viña, o de aquella heredad, sea, e finque en Juan García, para fazer della, e en ella todo lo que quisiere, bien assi como de lo suyo. E otrosi el sobredicho Joan Garcia otorgo, e prometio a Martin Esteuan recibiente por si, e por su fija Teresa, que el la tomara por su muger, e consentira en ella, assi como manda Santa Iglesia, al plazo sobredicho; e que si por el fincare de fazer este casamiento fasta el plazo, como sobredicho es, que pierda las arras que dio, e sean de Teresa la sobredicha, de manera que nunca las pueda el domandar por si, nin por otri, por ningun fuero, nin por ninguna razon ecclesiástica, nin seglar. E todas estas cosas (416), e cada vna dellas, en la manera que sobredichas son, prometieron ambas las partes de tenerlas, e de cumplirlas, e de guardarlas a buena fe sin mal engaño, e de non venir contra ninguna dellas por ninguna razon; obligando el vno al otro a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes; renunciando, e quitandose de toda ley, e de todo fuero, etc.

D. *de verb. oblig.*: otramente podrian el padre y la hija mancomunarse y burlar con mucha facilidad la buena fé del esposo, figurando el primero hacer por su parte todo lo posible para que se contrajese el matrimonio, y procurando ocultamente que la hija negase su consentimiento, lo que no le seria dificil conseguir, atendida la deferencia que en esta materia suelen tener las hijas para con sus padres, cap. *honorantur* 32. quest. 2.

(414) Parece, segun esto, que no debe admitirse la doctrina de Bart. á la l. 134. D. *de verb. oblig.* donde dice que no pueden darse por arras fincas ni otras cosas en especie, fundado en que la l. ult. C. *de spons.* habla solamente de las arras consistentes en cantidad, y en que, no siendo asi, no podria estipularse el duplo de ellas: y la misma opinion adopta al cap. *gemma, de spons.* Pero Bald. á d. l. ult. Juan de Ymol. y Paul. de Castr. á d. l. 134. estan por la contraria, la que parece aprobarse por nuestra ley aquí. Y asimismo parece desecharse lo que dice el citado Bart. á d. l. 134. esto es, que no pueden darse arras por entrambas partes, contra lo que pretenden Cin. y Bald. á d. l. ult. 2. lectura. Adviértase, empero, que lo que dice Bart. allí, es que no puede darse por arras la misma cantidad por entrambas partes, por resultar entonces que deja de haberlas, pues cada uno de los contrayentes recibe de una parte lo que da por otra, arg. l. 55. D. *de solut.* y lo mismo pretende Abb. á d. cap. *gemma.* Paréceme, sin embargo, que ni aun en el caso propuesto de darse por entrambas partes igual cantidad por via de arras, puede admitirse la opinion de Bart.; porque la razon de d. l. ult. milita en dicho caso, lo propio que en el de haberse dado las arras por una de las partes solamente, y porque tampoco es exacto que en aquel caso hayan de resultar las arras ilusorias, pues que aunque por una y otra parte se haya dado igual cantidad, si la una de ellas se separa del matrimonio tratado, tendrá que restituir la que hubiere recibido y perderá la que hubiere dado; por lo que no es aplicable á las arras la citada ley 55. por hablarse en ella del que recibe otro tanto de lo que ha dado, puramente y sin que pueda resultar obligado á restituirlo; y á diferencia del que está en la eviccion de restituir, del cual no puede decirse que tenga realmente lo mismo que ha dado; á mas de que (segun declara Bald. á d. l. ult. primera lectura) en la espresada ley 55. se habla de un caso en que se entrega una cantidad para hacer un pago y se resuelve un acto que estaba pendiente de aquella entrega; por lo cual viene á quedar el pago ilusorio, y se deja en el propio acto sin efecto, por volver á recibir la cantidad el que la habia entregado: mas en nuestro caso se trata de celebrar dos actos compatibles, ninguno de los cuales queda resuelto; l. 134. D. *de reb. cred.* y asi procederia la opinion de Bart. cuando solo hubiese la confesion de entrambas partes de haber recibido las arras, sin que constase su verdadera entrega; en cuyo caso se presumiria que hay simulacion ó fraude, por no desembolsarse, por via de arras cantidad alguna, y reducirse todo de hecho á la estipulacion de una pena; pero cuando solo una de las partes confesase la recepcion, deberia estarse á dicha confesion, á menos que se hiciese prueba en contrario, segun Bart. á d. l. 134. y V. lo dicho en la nota 412.

(415) Deben entregarse las arras en realidad, sin que baste la cláusula de constituto, segun Bart. á la l. 134. col. ult. D. *de verb. oblig.*

(316) Como se ve por esta nuestra ley, se propone en ella el caso en que se hayan dado arras por una y otra de las partes. Cuando, empero, las diere tan solo una de ellas, previene la l. ult. C. *de spons.* que, si el que las ha

LEY 85. *Como deue ser fecha la Carta, en razon de consentimiento que faze el marido, o la muger, quando quieren casar.*

Consiente el marido, e la muger, el vno al otro, quando quieren casar por palabras de presente. E la carta de tal consentimiento deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Juan Garcia, queriendo casar con Teresa fija de Martin Esteuan, ante mi Fulano Escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta, consintio en ella por palabras de presente, diziendo assi (417): Plazeme de tomar, e de recebir a vos Doña Teresa por mi legitima muger, e consiento en vos assi como en mi legitima muger. E otrosi deue dezir luego Doña Teresa: Plazeme de fazer casamiento con vos Joan Garcia, e recibouos por mi marido legitimo, e consiento en vos por palabras de presente. E quando estas palabras fueren assi dichas, e passadas, acostumbran en algunas tierras, de tomar el marido por la mano a su muger, e meterle en los dedos los anillos (418), en señal que es fecho e acabado el matrimonio.

LEY 86. *Como deue ser fecha la Carta de la dote, que la muger da a su marido.*

Dotes dan muchas vegadas las mugeres a sus maridos: e la carta (419) deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren como Joan Garcia otorgo, e vino conociendo que auia recebido de Doña Teresa, fija de Martin Esteuan, quinientos marauedis por dote, e en nombre de dote, que passaron a su poder, e fue pagado dellos; e renuncio (420), e quitose de la defension, que non pudiesse dezir, que aquellos marauedis non le fueron contados, e dados. Otrosi prometio Joan Garcia a Doña Teresa por si, e por sus herederos, de tornarle, e darle estos marauedis que recibio della por dote, quando quier que el casamiento se partiesse por muerte, o por otra razon, so pena del doblo: e la pena pagada, o non pagada, etc. E otrosi le prometio de refazer a ella, o a sus herederos, todas las despensas, e los daños, e menoscabos que fiziesse por esta razon; obligando a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes, a Doña Teresa, e a los suyos: e renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero, etc. vt supra.

recibido se retrajere del matrimonio, deberá restituirlas duplicadas, ó cuadruplicadas, cuando se haya convenido; cuya opinion es adoptada comunmente, á pesar de pretender algunos que no puede tener lugar, estando vigente la disposicion de derecho canónico que establece hayan de ser los matrimonios enteramente libres, ni recuerdo tampoco haberla visto confirmada por ley alguna de Partidas, de las cuales tan solo en la l. 1. tit. 11. Part. 4. se establece que, retrayéndose del matrimonio contratado, pierda las arras el que las hubiere dado; sin que en parte alguna se conmine la devolucion del duplo ni del cuadruplo; y tal vez no sin razon, porque esto equivaldria á una pena, la cual no conviene que intervenga en los matrimonios segun d. l. 134. y d. cap. *gemma*, por la mayor facilidad con que se induce á cualquiera á que se obligue á pagar una pena, que no á que entregue algo por via de arras: debiendo por lo dicho aconsejarse que se entreguen arras por una y otra parte; pues si tan solo una de ellas las entregare, contando con que no puede separarse de lo tratado el que las recibe, sin tener que restituirle el duplo ó cuadruplo, podrán quedar burladas sus esperanzas, contestándosele que el pago del duplo ó cuadruplo viene á ser una pena, y que como tal, no está autorizado por las leyes de Partidas. Con todo esto, creo que es este punto digno de mas detenida reflexion.

(417) Añad. cap. *si inter virum.* 31 *de sponsal.* y Specul. §. *sequitur.* princ. d. tit. siendo muy útil y conveniente el que se celebre el matrimonio por medio de escritura, segun Bald. á la autent. *si quis in aliquo.* col. 2. C. *de edend.*; pues, aunque, por derecho civil, se presume el matrimonio por la sola cohabitacion y la vida conyugal, l. 24. D. *de rit. nupt.* pero no sucede lo mismo por derecho canónico, cap. 1. y Glos. allí 30. quest. 5. Bart. á la *Novell.* 74. tit. 3. cap. 1. *collatt.* 6. Y, sobre si es suficiente prueba de existir el matrimonio, la escritura de capitulaciones ó cartas dotales, V. Bald. á d. autent. *si quis in aliquo.* Abb. al cap. *illud*, *de præsumpt.* col. 3. y Alex. á la l. 1. princ. D. *de nov. oper. nunciat.*

(418) La misma costumbre refiere la Glos. al cap. *fæminæ.* 30. quest. 5. V. Abb. á d. cap. *illud*, penult. y ult. col. de *presumpt.*

(419) Añad. Specul. tit. *de dot. post. divort. restit.* princ.

(420) V. Glos á la l. 1. C. *de dot. caut. non numer.* y Bald. á la l. 1. C. *de privil. fisc.* col. 3.

LEY 87. *Como deue ser fecha la Carta de la donacion, e de las arras, que el marido faze a su muger.*

Arras, e donaciones fazen los maridos a sus mugeres. E la carta (421) deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Joan Garcia dio, e otorgo en donacion por razon de casamiento a Doña Teresa su muger tal heredamiento, que es en tal lugar, e ha tales linderos, con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias, etc. de manera que ella, e los fijos que ouieren amos de consuno, puedan auer, e tener este heredamiento, para fazer dello, e en ello todo lo que quisieren como de lo suyo mismo. E prometio, e otorgo el sobredicho Juan Garcia por si, e por sus herederos, de auer por firme esta donacion para siempre, e de nunca venir contra ella en ninguna manera por si, nin por otri. E otorgole poderio de tomar la tenencia de este heredamiento por si misma sin mandado de Juez, nin de otra persona. E todas estas cosas, e cada vna dellas prometio Juan Garcia a Doña Teresa la sobredicha, de las tener, e de las guardar a buena fe sin mal engaño, so pena de cient marauedis; la qual pena quier sea pagada, o non, etc. obligando a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes, a Doña Teresa recebiente por si, e por sus herederos. E renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero, etc. vt supra. E esta forma de esta carta es segund fuero de España (422); mas segund las leyes, aquellos pleytos, e aquellas posturas que son puestas en la carta de las arras, deuen ser puestas en tal de la donacion (423).

LEY 88. *Como deue ser fecha la Carta, quando alguno entra en Monesterio, e toma Orden de Religion.*

Entran en Orden de Religion algunos omes que han algo, e acaesce algunas vezes que fazen ende carta (424), e deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Domingo Vicente, auiendo fecho (425) su testamento de sus cosas, assi como parece por la carta del testamento que fue fecha por mano de tal Escriuano publico, queriendo venir a seruicio de Dios, e a salud de su alma, e saluas todas las cosas (426) que establecio en su testamento, ofrecio su persona a Dios, e a Sant Benito (427). E juntas las manos se metio en las manos (428) del Abad de tal Monasterio, recibiendolo el Abad en nome de su Iglesia, por si, e por sus sucessores. E prometio Domingo (429) Vicente el sobredicho al Abad obediencia, e reuerencia; e de guardar, e tener la Regla de la Orden sobredicha, e de biuir en castidad. E renuncio a

(421) V. Specul. tit. *de donat. int. vir et ux.*

(422) En España se da el nombre de arras á las donaciones por causa de matrimonio, l. 1. tit. 11. Part. 4. cuyas arras, por derecho del Reino, no pueden hoy esceder la décima parte de los bienes del marido, l. 1. tit. 2. lib. 3. Fuero de las leyes y l. 50. de Toro (l. 1. tit. 3. lib. 10. Nov. Recop.) lo que no estaba dispuesto por las leyes de Partidas; siendo de notar que en las espresadas arras suceden á la muger sus herederos, aunque no daya dejado hijos de aquel matrimonio, ni otorgado testamento, segun la l. 51. de Toro (l. 2. d. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.) y que puede hacerse donacion de las mismas á cualquiera muger, aunque sea viuda, como lo prueba el texto citado del Fuero de las leyes, y tambien el del *Fuero juzgo* tit. *de las arras*, que empieza: *porque muchas veces*, cuya ley comentó muy bien Rodrigo Suarez, antiguo oidor muy benemérito, al cual puede verse, y tambien lo anotado á d. l. 1. tit. 11. Part. 4.

(423) Esto es, donacion de arras, de las cuales se ha hablado en la l. 84. de este tit.

(424) V. Specul. tit. *de regularibus* vers. *conversionis autem* donde propone la misma fórmula, tomada de Rolando, que nuestra ley aqui.

(425) Pónese esto á tenor de lo establecido en la autent. *ingressi* C. *de sacros eccles.* V. autent. *si qua mulier* y Bart. allí y l. 17. tit. 1. Part. 6.

(426) Pónese esta cláusula para que, por el hecho de entrar en religion el que hubiese otorgado el testamento, no quedase este írrito y de ningun efecto, segun la Glos. á la autent. *si qua mulier* C. *de sacros eccles.* y Bart. allí.

(427) Infiérese de aqui que, al tiempo de formarse las Partidas, no existian todavía en España las ordenes regulares de Sto. Domingo, S. Francisco y S. Gerónimo.

(428) Esta formalidad no es esencial á la profesion; y tampoco lo son las que se encuentran establecidas en las reglas de los religiosos, para el acto de la profesion; la cual no deja de ser válida, aunque en ella se haya prescindido de tales formalidades, Glos. y Abb. al cap. *porrectum, de regular.*

(429) Estos son los votos que constituyen substancialmente la profesion, l. 2. tit. 7. Part. 1. y segun Bald. al cap. unic. *de milit.*

los bienes de este mundo, diziendo que de esse dia en adelante non queria auer ninguna cosa propria. E porende el Abad de suso dicho, estando delante Fulano, e Fulano Monjes, con plazer (430) e con otorgamiento dellos recibiolo por Monje de aquel Monasterio, e enuestiolo de los bienes temporales, e espirituales de aquella Iglesia con beso de paz.

LEY 89. *Como deue ser fecha la Carta, quando alguno se quiere fazer ome de otro.*

Metense algunos omes so señorio de otros, faziendose suyos. E la carta (431) deué ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Bernaldo por si, e por sus fijos (432) que há, e aura de aqui adelante, que seran varones (433), prometio a Domingo Yuañez recibiente por si, e por sus herederos, de ser su ome, e de sus fijos para siempre jamas. E de estar a el, e a sus fijos, a su mayoria, e a su señorio, e de darle cada año en la fiesta de todos Santos dos capones, e dos fogaças, de reconocimiento de Señorio. E otrosi prometio por si, e por sus fijos, de morar en tal su heredamiento para siempre jamas (434), e de labrarlo, e de femenciarlo quanto el pudiere: e non partirse de aquel lugar sin voluntad, e sin mandamiento de aquel su Señor. E todas estas co-

vasall. qui arm. bellic. depos. por el mero hecho de renunciar al siglo, parece profesarse toda la regla, é Inoc. al cap. *consuluit*, *qui cleric. vel vovent.* donde espresa que basta para la profesion renunciar á la propia voluntad, y entregarse del todo á la obediencia del Abad. Lo contrario, empero, pretende Specul. tit. *de stat. monachor.* quest. 37. citando una decision del Papa Clemente, por la cual declaró no haber profesado el que no hubiese hecho mas voto que el de obediencia: y esto segun Cardin., á la Clementin. *eos de regular.*, es mas conforme á derecho, aunque la opinion de Inoc. sea mas equitativa y favorable á la conciencia.

(430) Pónese esta cláusula por razon de la cuestion que trata Abb. al cap. *ad apostolicam, de regular.* y al cap. *ea noscitur* 6. *de his quæ fiunt à præl.* sobre si la recepcion de los que entran en la órden corresponde al Prelado, ó á este junto con el cabildo ó comunidad.

(431) V. Specul. tit. *de feudis* §. *quoniam* princ. y col. 3. vers. *hommagium*; donde, acerca el contrato á que se refiere la presente ley, trata muchas y notables cuestiones, y dice muy especialmente que mas bien es válido aquel por la costumbre que por derecho; por mas que algunos quieran suponerlo autorizado por la l. 22. C. *de agric. et censit.* y V. Luc. de Pen. allí, donde cita varios textos á tenor de los cuales puede cualquiera por simple pacto constituirse hombre de otro: y acerca las muchas especies que hay de hombres reducidos á esta condicion ó servidumbre, V. Glos. á la rubric. C. d. tit. y Juan de Plat. allí hácia el fin del título; deduciéndose de la presente ley que en efecto puede un hombre, por medio de un pacto, hacerse propiedad de otro y sujetarse perpetuamente al servicio del mismo y á prestarle tributo, como se establece en d. l. 32. y del propio modo que puede uno por pacto hacerse religioso, cap. *omnes fœminæ* 27. quest. 1. y l. prox. ant. deeste tit.: mas, aunque la religion es una especie de servidumbre, cap. *multos* 23. dist. 54. y Glos. Instit. *de jure personarum* glos. ult. ll. 3. y 55. C. *de decurion.*, no se presume que por ella disminuya la libertad del hombre, segun Specul. lugar citado col. 2. Y como dice Bald á la l. ult. C. *de transact.*, ningun hombre puede por pacto, hacerse de otro, y por este motivo tal vez ha dejado de estar en uso y no ha sido admitido en este Reino semejante contrato, aunque se haya tolerado por costumbre en otros paises.

(432) Asi, pues, puede el padre hacer á sus hijos hombres de otro, por medio de pacto; porque, como dice Specul. tit. *de feudis.* §. *quoniam* col. 4. hácia el fin. (V. nota antec.) se estiende á mucho el derecho de la patria potestad: donde, empero, no estuviese admitido el sobredicho pacto de hacerse un hombre á sí mismo propiedad de otro, como sucede en España, segun se ha dicho en la nota que antecede, tampoco podria el padre entregar á otro sus hijos, lo que conviene notar á propósito de la cuestion propuesta al anotar la l. 8. tit. 17. Part. 5.

(433) Cuando alguno, por pacto, se hace hombre de otro á sí y á sus hijos, no se comprehenden en él las hijas hembras; porque estas no pueden dedicarse á los trabajos rústicos, ni tampoco la consorte, segun Juan de Plat. á la l. 13. C. *de dignit.* y Specul. tit. *de feudis* §. *quoniam* versic. *quæritur* 20. Pero, bien puede una muger entregarse por pacto á otra, segun la l. 6. C. *de agric et censit.*

(434) Nótese aqui un caso en que es válido el pacto por el cual alguno se obliga á habitar perpetuamente en cierto lugar, contra lo establecido en la l. 71. §. 2. D. *de condit. et demonstr.* lo cual se funda en que, bien

sas prometio e otorgo Bernaldo el sobredicho por esta razon (435): que Domingo Yuañez le prometio, que lo defenderia, e lo consejaria, e lo ampararia a el, e a sus fijos, e a sus bienes, en juyzio, e fuera de juyzio, de todo ome que le quisiesse embargar, o fazer mal, o tuerto. E otrosi le dio, e le otorgo el heredamiento sobredicho a Bernaldo, que lo pueda auer, e tener, e labrar, e desfrutar el, e sus fijos para siempre jamas; en tal manera, que puedan fazer de los frutos que ende lleuaren, todo lo que quisieren, como de lo suyo. E otorgole poderio, que pudiesse entrar la tenencia de aquel heredamiento sin mandado de Juez, o de otra persona cualquier, e que la pueda tener dende adelante assi como sobredicho es. Otrosi le prometio, que en razon deste heredamiento non le moueria pleyto, nin contienda en juyzio, nin fuera del; faziendole el seruicio sobredicho, e guardandole lealtad, e verdad, assi como deue ome fazer a su Señor. Otrosi le prometio, de le amparar este heredamiento de todo ome, o lugar que gelo quisiessen embargar. E todas estas cosas, e cada vna dellas prometieron entre si los sobredichos Bernaldo, e Domingo Yuañez, por si, e por sus herederos, de guardar, e de cumplir a buena fe sin mal engaño, e de non fazer, nin venir contra ellas en ninguna manera, nin por ninguna razon, so pena de mill marauedis; la qual pena quier sea pagada, o non, esta postura siempre sea firme, e valedera. E porque todas estas cosas sean mas firmes, e mejor guardadas, obligaronse el vno al otro, a si mismos, e a sus herederos, e a sus bienes. E renunciaron, e quitaronse de toda ley, e de todo fuero etc. E luego que las partes ayan mandado fazer esta carta, e otorgadola; para ser firme este pleyto, ha menester que vengan, este que se faze ome de otro, e su Señor, delante del Judgador, e que otorguen otra vez todas estas cosas antel. E que deste otorgamiento sea fecha otra carta, ca de otra guisa non valdria la primera (436).

LEY 90. *Como deuen fazer la Carta del aforramiento.*

Aforran muchas vegadas los omes sus sieruos. E la carta del aforramiento deue ser fecha en esta guisa (437). Sepan quantos esta carta vieren, como Gonçalo Yuañez (438) aforro a Mahomad, e a su muger Axa, e a sus fijos (439) Fulano, e Fulano, e a sus fijas Fulana, e Fulana, e dioles, e otorgoles derecha, e verdadera libertad, e quitolos, e librolos de su mano, e de su señorio, e de su poder, ante mi Fulano Escriuano publico, e los testigos que son escriptos en esta carta. Otrosi les quito el derecho del padronadgo (440) que el podria, e deuia auer en ellos (segund dizen

puede obligarse á habitar en cierto lugar, el que se ha hecho hombre de otro, segun se ve por esta ley, y V. lo anotado por Juan Fabr. al §. 2. Instit. *de Jur. person.* y los colonos que en dichos términos se han obligado á cultivar ciertas y determinadas tierras, de ningun modo pueden separarse de ellas, ll. 2., 11 y 12. C. *de agric. et censib.*

(435) Esto prueba que un hombre no puede hacerse de otro sin causa; la que puede consistir, como se ve en esta ley, en estipular la proteccion y defensa. V. Specul. tit. *de feudis.* §. *quoniam.* vers. 4. *quæritur.*

(436) Apruébase aqui la opinion de Azon. *in summa* C. *de agricol. et censib.* col. 2. donde esplica en este mismo sentido la l. 22. princ. de d. tit.; y la ratificacion del pacto y duplicacion de la escritura se requieren en esta especie de contratos, porque por ellos se hace el uno de los contrayentes de mucho peor condicion y asi es necesario que tenga muy perfecto conocimiento de lo que hace. La Glosa, sin embargo, á d. l. 22. vers. *incrementum* y Juan de Plat. allí pretende que basta una sola escritura, y que en la cit. l. 22., al exigirse que se haga por duplicado, se habla tan solo del caso en que la primera no se haya otorgado de un modo formal y absoluto, sino por via de confesion y por palabras que se refiriesen á un pacto anteriormente celebrado. Pero de todos modos, seria lo mejor hacerlo en los términos que previene esta nuestra ley de Partida.

(437) V. cap. *cum redemptor* 12. quest. 2. y Spec. tit. *de servis non ordin.* col. 3. y 4; y esta escritura de manumision está obligado á entregarla el manumitente al manumitido, l. 17. tit. 2. de esta Part.

(438) De propósito se pone aqui el nombre del mismo señor, pues la manumision no puede hacerse por medio de apoderado, l. 3. C. *de vindict.* y V. glos. á la l. 27. D. *mand.* y Bald. á la l. 4. C. *de dolo.*

(439) Y ¿si dijese: doy la libertad á fulano *con sus hijos*? V. l. 62. D. *de legat.* 1. y l. 13. §. ult. D. *de manumis. testam.* y en órden al efecto que produce la manumision de una esclava, hecha bajo la condicion de *si diere á luz tres hijos*, no menos que, acerca de si se entenderán manumitidos tambien los hijos V. Bald. á la l. 15. D. *de stat. homin.*

(440) V. l. l. 8. y 10. tit. 22. Part. 4. y

las leyes deste nuestro libro que fablan en esta razon), e otorgoles, que oüiessen libre, e quita, tal, e tal cosa que ellos auian en su pegujar (441). E este aforramiento fizo, e otorgo Gonçalo Yuañez el sobredicho desembargadamente, de manera que el sobredicho Mahomad, e su muger, e sus fijos, e sus fijas, puedan estar en juyzio, e fazer pleytos, e posturas, e testamentos, e todas las otras cosas que omes forros, e libres pueden, e deuen fazer. Otrosi otorgo el sobredicho Gonçalo Yuañez, que auia recebido, e passaron a su parte, e a su poder cien doblas de oro; las quales Mahomad el sobredicho le conto, e le dio por precio (442) deste aforramiento de si mismo, e de su muger, e de sus fijos, e de sus fijas, ante mi Fulano Escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta. E sobre todo prometio e otorgo Gonçalo Yuañez el sobredicho por si, e por sus herederos, que este aforramiento, e otorgamiento de libertad que fizo a Mahomad, e a su muger, e a sus fijos, e a sus fijas, e todas las otras cosas que sobredichas son, que siempre las auria por firmes, e que nunca vernia contra ellas por si, ni por otro en ninguna manera, nin por ninguna razon; e que los ampararia (443), e los defenderia en juyzio, e fuera de juyzio, de todo ome que esta libertad les quisiesse embargar, o mouerles pleyto de seruidumbre; obligando a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes, a Mahomad recibiente (444) por si, e por su muger, e por sus fijos, e por sus fijas: e renuncio, e quitose de toda ley, e de todo fuero, etc. ut supra.

LEY 91. *Como deue ser fecha la Carta del porfijamiento, de ome que este en poder de su padre natural.*

Porfijan los omes a las veces fijos agenos que estan en poder de sus padres, e la carta (445) de tal porfijamiento deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Ruy Perez, con otorgamiento (446) de Gonçalo Ruyz Juez de Toledo, porfijo a Fernando, fijo de Garci Perez, con plazer deste (447) Garci Perez su padre que estaua delante quando este porfijamiento fue fecho; e tomo este Garci Perez a su fijo Fernando por la mano, e metiolo en mano de Ruy Perez, e otrosi Ruy Perez recibiolo por su fijo. E el Juez sobredicho otorgo este porfijamiento, catando todas las cosas que deuen ser catadas, assi como dizen las leyes (448) deste nuestro libro que fablan en esta razon: e mando a mi Fulano Escriuano publico, que fiziesse ende carta: e el Escriuano deue dezir, en el lugar do escriue su nombre en tal carta como esta, que la fizo por mandado del Juez, e con consentimiento de las partes.

LEY 92. *Como deue ser fecha la Carta del porfijamiento, quando algund ome quiere porfijar a otro, que non este en poder de su padre.*

Porfijando alguno fijo de otro, que non estouiesse en poder de su padre, deue ser la carta (449) fecha desta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Domingo Ruyz, estando delante el Rey (450), porfijo, e tomo por fijo a Pero Ferrandez, fijo que fue de Ferrand Velazquez, estando el delante (451),

V. lo anotado á la l. 9. de d. tit.

(441) Esto se sobreentenderia, aunque no se espresase, siendo hecha la manumision entre vivos, l. unic. C. *de pec. ejus qui lib. mer.* debiendo, empero, limitarse, por lo que hace á los libertos de la Iglesia, en el sentido que es de ver en la glos. al cap. *cum redemptor.* 12. quest. 2.

(442) Esta entrega del precio debe entenderse hecha con dinero que tuviese el esclavo con ciencia y paciencia del señor (*conniventibus oculis domini*) pues otramente no podria haberlo adquirido, l. 4. §. 1. y l. 5. D. *de manumis.*

(443) Nótese esta cláusula de eviccion que se continua aqui, y por ella queda obligado el señor manumitente, cuando ha recibido precio por la manumision, como en el caso á que se refiere la presente ley; en el cual deberia prestar dicha eviccion, aunque no se hubiese espresado, segun la l. 7. princ. y Jas. allí D. *de pect.* Mas no estaria obligado á prestarla, ni á continuar aquella cláusula, á menos que libremente quisiese hacerlo, cuando hiciese la manumision por pura liberalidad y sin retribucion alguna.

(444) Y aunque el manumitido no aceptase, no por eso dejaria de hacerse libre por la manumision, l. ult. y Bald. y Glos. allí. C. *de testam. manum.*

(445) V. Specul. tit. *de cognat. legal.*

(446) L. 2. princ. D. *de adoption.* l. 4. tit. 16. Part. 4.

(447) Añad. l. 5. D. *de adoption.*

(448) L. l. 2. y 4. tit. 16. Part. 4.

(449) V. Specul. tit. *de cognat. legal.*

(450) V. l. 4. tit. 16. Part. 4.

(451) Pues no podria hacerlo por medio de

e plaziendole. E tomo este Domingo Ruyz a Pero Ferrandez el sobredicho con todos sus bienes, tambien muebles como rayces, e recibiolo assi como padre recibe a tal fijo en su compaña, e so su poderio. E seyendo preguntado este Pero Ferrandez, si le plazia (452) de tomar a Domingo Ruyz por padre; e otrosi Domingo Ruyz, si le plazia de tomar, e de recebir a Pero Ferrandez por fijo, respondieron ambos, que si. E porende catadas, e guardadas todas las otras cosas que dizen las leyes (453) deste libro, que fablan en esta razon, otorgo el Rey este porfijamiento, e mando a Fulano Escriuano, que fiziesse ende carta etc. vt suprà, en la carta que es ante.

LEY 93. *Como deuen fazer la Carta de la emancipacion.*

Emancipar quiere tanto dezir, como sacar el fijo de poder de su padre, e la carta de tal mancipacion deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta (454) vieren, como Diego Aparicio, estando delante Gonçalo Yuañez Alcalde de Toledo (455), tomo por la mano a Ferrand Dominguez su fijo, e dixo, e otorgo con plazer de su fijo (456), que lo sacaua de su poder, e le daua, e le otorgaua libre poder para fazer pleytos, e posturas, e testamentos, e todas las otras cosas (457) que puede fazer en juyzio, e fuera de juyzio, ome que non esta en poder de su padre. E otrosi quitose Domingo Aparicio el sobredicho, del derecho que otorgan las leyes (458) deste nuestro libro al padre, para poder retener para si por galardon en los bienes del fijo, quando lo saca de su poder. E demas, porque Ferrand Dominguez su fijo pueda mejor fazer su fazienda, diole (459) libremente, e sin ninguna condicion, por juro de heredad por siempre jamas, tal heredamiento que es en tal lugar, e ha tales linderos, con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias, assi como dize de suso en la carta de las donaciones. E todas estas cosas dichas, deue dezir en la fin de la carta, que esta emancipacion, e el donadio (460) sobredicho fue fecho con otorgamiento del Alcalde (461) de suso nombrado, con plazer de ambas las partes.

procurador, l. 25. §. ult. D. *de adopt.*

(452) L. 2. pr. D. *de adopt.* l. 4. tit. 16. Part. 4.

(453) D. l. 4. tit. 16. Part. 4. y lo mismo se lee en el §. 3. Instit. *de adopt.*

(454) V. Specul. tit. *de nat. ex lib. ventr.* col pen. y ult. Antiguamente se hacia la emancipacion injuriando y abofeteando el emancipante al emancipado, segun se lee en la *Novell.* 81. princ. tit. 10. *collat.* 6., y hoy debe hacerse por medio de escritura, V. Bald. á la l. 11. C. *de fid. instrum.* y Glos. al cap. 1. *de cens.*

(455) Añad. l. ult. C. *de emancip. lib.* y l. 15. tit. 18. Part. 4.

(456) Porque nadie puede ser emancipado sin saberlo, ó contra su voluntad, V. l. 15. tit. 18. Part. 4. y Bald. á la l. ult. C. *de testam. manum.*, l. penult. princ. C. *de adopt.* y Jas. á la l. 107. D. *de verb. oblig.*

(457) ¿Podria emanciparse á alguno, nó en términos absolutos, sino para el preciso efecto de que pudiese verificar un acto determinado, como padre de familias? V. Bart. á la l. 1. §. 6. D. *ad Trebell.* donde empieza á tratar por partes esta cuestion y la deja sin resolver. Pero Bald. á la l. 3. C. *qui testam fac. poss.* dice que no puede hacerse la emancipacion para un solo acto; y da la razon, porque, dice, la patria potestad es indivisible, y nadie puede tener dos estados, ó ser padre é hijo de familias á un tiempo mismo, V. al mismo allí estensamente adicionado por Barbar.

(458) V. l. 15. tit. 18. Part. 4. debiendo añadirse que podria el padre recibir una cantidad en retribucion de la emancipacion, segun la l. 107. D. *de verb. oblig.* y sobre si podria pactarse que quedase el padre escluido de suceder al hijo, V. Ang. allí.

(459) Pero ¿estará el padre obligado á hacer alguna semejante donacion á favor del hijo cuando lo emancipare? V. Bald. á la l. 15. C. *de fideicom.* donde opina por la negativa; y así, aquella donacion cuando se hiciere, deberá considerarse como una simple liberalidad de parte del padre, como así la califica tambien la presente ley hácia el fin, y añad. l. ult. y Bald. allí C. *de emancip. liber.* y Jas. á d. l. 107. D. *de verb. oblig.*

(460) Confírmase con esto la opinion de Bart. á la l. 7. princ. *de oper. lib.* donde dice que la donacion hecha por el padre á favor del hijo, al emanciparle, aunque lo haya sido sin interponerse á la misma el decreto judicial, es válida mientras este se interponga despues. Y si aparecen la donacion y emancipacion otorgadas en un mismo dia y con distintas escrituras, se presume, en caso de duda, que la primera lo ha sido con posterioridad, para que pueda tener efecto y no adolezca de nulidad por ser incapaz de adquirir el hijo no emancipado. V. Alex. á la l. 40. col 2. D. *solut. matrim.* y Bald. y Ang. á la l. 37. §. 1. D. *de hered. instit.*

(461) Las razones, por las cuales se re-

LEY 94. *Como deuen fazer la Carta de la guarda de los huerfanos.*

Guardadores ponen los ombres a los huerfanos, e a sus bienes. E la carta (462) de tal guarda deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Rodrigo Esteuan Alcalde de Seuilla, auiendo fecho emplazar los parientes de Gil Perez, huerfano, veniendo ante el Fulano, e Fulano, escogio a Garci Dominguez, e a Esidro Ruyz, tios deste huerfano, por Guardadores del, e de sus bienes, porque les fallaron que eran omes buenos (463), e de buen testimonio, e desembargados para fazer, e cumplir todas las cosas que pertenecen a esta guarda. E otrosi, porque eran los parientes mas propincos (464) que el huerfano auia. E porende los otorgo por sus Guardadores. Los quales Guardadores prometieron, e juraron a mi Fulano Escriuano publico, recibiente por el huerfano (465) que estaba delante, de fazer, e cumplir (466) todas las cosas que son buenas, e prouechosas a aquel huerfano, e de le desuiar, e non fazer las que le fuessen dañosas. E de guardar bien, e lealmente la persona del huerfano, e todos sus bienes. E otrosi de buscar toda su pro del huerfano, e señaladamente que fagan escreuir en carta publica todos los bienes, assi muebles como rayzes, que ha, e deue auer de derecho, e de fecho; e de defender, e amparar a buena fe sin mal engaño los derechos del huérfano en juyzio, e fuera de juyzio. E que quando fuere acabado el tiempo en que lo auian a tener en guarda, quel daran quenta bien, e lealmente, de todas las cosas del huerfano que touieron en guarda, e passaron a su poder. E sobre todo dieron los Guardadores a Don Martin por fiador (467): el qual fiador por ruego, e mandado de los Guardadores sobredichos, prometio a mi Fulano Escriuano publico recibiente por el huerfano, que el faria, e guisaria de manera, que los Guardadores de suso dichos farian todas estas cosas, como sobredichas son en esta carta. E señaladamente, que los bienes del huerfano fincarian en saluo; obligando a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes (468) al Escriuano sobredicho recebiente por el huerfano, e por sus herederos.

quiere en la emancipacion el decreto del juez, pueden verse en Bald. á la l. 25. D. *de adopt.*

(462) V. Specul. tit. *de tutor.*

(463) Repruébase con estas palabras de la ley lo que dice Bart. á la l. 5. D. *de legit. tut.* sobre lo cual V. lo anotado á la l. 9. tit. 16. Part. 6.

(464) V. la autent. *sicut hæreditas.* C. *de legit. tut.*

(465) Añad. l. 2. y Glos. D. *rem pup. salv. fore.*

(466) Añad. l. 27. C. *de episc. aud.* l. últ. C. *arbitr. tut.* l. ult. §. 6. C. *de curat. furios.* y *Novell.* 72. cap. 5. *collat.* 6. y l. ult. §. 4. C. *de admin. tut.*, siendo de notar en esta ley las cosas que debe prometer y jurar el tutor, y añad. l. 9. tit. 16. Part. 6. y acerca los demas requisitos que deben cumplirse, al discernir la tutela y al hacerse cargo el tutor de la administracion de la misma, V. Bart. á la l. 5. D. *de legit. tut.*

(467) Pues el tutor legítimo debe afianzar su administracion, segun previene la l. 9. tit. 16. Part. 6. y en esta ley se espresa la forma en que debe prestarse aquella fianza; siendo de notar, por lo que se dice aqui, que el fiador del tutor puede obligarse de dos maneras, esto es, simplemente, como aqui, y solo en defecto del tutor, ó sea para el caso en que este resulte insolvente; y puede adaptarse cualquiera de estas fórmulas, segun la l. 2. y Bald. allí C. *de fidejuss. tut.* Pero ¿podrá ejecutarse á ese fiador sin mas forma de proceso y en méritos de la sola escritura de fianza? Parece que no, segun d. l. 2. porque por dicha fianza no se entenderá que el que la presta quiera sujetarse á la jurisdiccion contenciosa, sino tan solo á la voluntaria; en cuyo concepto aconseja el citado Bald. para que pueda procederse ejecutivamente contra todos los fiadores, que se les haga prometer y obligarse, no solamente á afianzar el cumplimiento del contrato, sino tambien á pagar lo juzgado, arg. l. ult. C. *de usur. rei judic.* Mas á pesar de todo, parece preferible la fórmula que propone nuestra ley aqui; por la cual se obliga el fiador simplemente; en cuyos términos será válida la renuncia que hiciere del beneficio de la autent. C. *de fidejus.* y podrá procederse contra él, aun antes de escutirse al tutor. Otramente, ó si tan solo se obligase á sacar indemne al acreedor ó pupilo, no tendria la espresada renuncia efecto alguno, ni estaria el fiador obligado, sino despues de escutido el deudor principal, segun declara Salic. á d. l. 2.

(468) Adviértase que en la presente ley, esta obligacion de todos sus bienes que se supone contraer el fiador, no se exige al tutor ó principal obligado. Parece, sin embargo, que asimismo deberá este último contraerla espresamente, segun la l. 27 C. *de episc. and.* y lo notado por Bald. á d. l. 5. D. *de legit. tut.* Pero no dejarán de ser válidos el discer-

LEY 95. *Como deuen fazer la Carta, quando los Juezes ponen los huerfanos en guarda de sus madres.*

Ponen muchas veces los Juezes a los huerfanos en guarda de sus madres. E la carta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Doña Hurraca, queriendo (469) tener su fijo, huerfano, e los bienes del en guarda, vino delante (470) Gonçalo Yuañez, Alcalde de Toledo, e pidiole, que le diesse a su fijo, e a sus bienes en guarda. E porende el Alcalde sobredicho, teniendo, e sabiendo que ella era buena muger, e de buen recabdo, veyendo que el padre del huerfano non dexo Guardador (471) en su testamento, otorgole que touiesse en guarda el huerfano sobredicho su fijo, e sus bienes: la cual Doña Hurraca prometio, e juro (472) a mi Fulano Escriuano publico recibiente por el huerfano, de non se casar mientra touiesse sus bienes, e su fijo en guarda. E otrosi, que faria, e cumpliria todas las cosas que fuessen buenas, e prouechosas al huerfano, etc. vt supra, assi como dize en la carta que es ante desta fasta en el acabamiento della. E sobre todo, que diga como Doña Hurraca la sobredicha en esta carta renuncia las leyes (473) deste nuestro libro, que dizen, que las mugeres non se pueden obligar por otri.

LEY 96. *Como deuen fazer la Carta, quando los Guardadores de los huerfanos fazen Personeros, para demandar en Juizio los bienes del huerfano que tienen en guarda.*

Fazen los Guardadores de los huerfanos Personeros, por demandar en juyzio los bienes del huerfano que tienen en guarda. E la carta (474) de tal personeria deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vie-

nimiento de la tutela, el decreto del Juez y los actos de administracion del tutor, aunque no se haya estipulado espresamente la referida obligacion, ó se haya estendido la escritura, insiguiendo exactamente la fórmula propuesta por nuestra ley aqui, segun Bald. adiciones á Specul. tit. *de tut.*

(469) La madre no puede ser obligada, contra su voluntad, á desempeñar el cargo de la tutela, como se indica aqui y en la autent. *matri, et aviæ* y Glos. allí vers. *permittimus.* C. *quand. mul. offic. tut. fung. pot.* y l. 9. tit. 16. Part. 6.

(470) Salic. á la autent. *presbyteros* la 2. C. *de Episc. et cleric.* fundado en el texto de la misma, pretende que la madre y la abuela si bien son admitidas, queriéndolo ellas, á ejercer el cargo de la tutela, estan, empero, obligadas á manifestar si quieren ser tutoras, dentro el término de cuatro meses, finidos los cuales quedan escluidas: con todo, añade allí mismo que tal vez no les perjudicaria el transcurso de aquel término, si fuesen mugeres rústicas, o de un pais en donde hubiese la costumbre de no salir las viudas de casa hasta pasado un año de la muerte de sus maridos. Y Alex. consil. 140. col. 2. vol. 1. califica de aventurada, por derecho comun, esa opinion de Salic. por no haber, dice, ley alguna que prefije á la madre aquel término para encargarse de la tutela, sino para el efecto de privarla de la sucesion del hijo, á tenor de lo que se establece en la l. 10. C. *de legit. hæred.* y l. 2. C. *qui pet. tut.* y, de todos modos, es digna de notarse por su autoridad la referida opinion de Salic.; bien que á mí me parece preferible la de Alex. que aprueba tambien Bald. á d. autent. y dice estar admitida en la práctica; y añad. Dec. consil. 16. hácia el fin.

(471) Dícese esto porque seria preferido el tutor testamentario, si le hubiese; d. aut. *matri. et aviæ* y l. 9. tit. 16. Part. 6.

(472) No se requiere este juramento de no casarse, segun la l. 4. tit. 16. Part. 6. y autent. *sacramentum.* C. *quando mul. offic. tut. fung. poss.* sino la renuncia de pasar á segundas bodas, segun d. l. 4.

(473) V. ll. 2. y 3. tit. 12. Part. 5. y en esta renuncia general se comprende la del remedio de nulidad de que hablan la autent. *si qua mulier.* y la l. 23. §. ult. C. *ad Velle. jan.* y Bald. allí. Pero ¿deberá asimismo continuarse la renuncia de todo otro recurso que competa por las leyes? Parece indudable que deberá continuarse, por derecho comun, segun la glos. á d. autent. *matr. et aviæ.*, y Bart. á la l. 11. col. 5. D. *de testam. tut.* donde encarece la utilidad de semejante renuncia, y V. Alex. consil. 32. col. 3. vol. 4. y tambien parece conveniente y mas seguro que se continue, por derecho de nuestro Reino; pero creo que, aun cuando dejara de continuarse, no por esto seria nulo el discernimiento de la tutela, por no exigirse aquella en la presente ley, ni en la l. 4. tit. 16. Part. 6. Bart. en el lugar antes citado opina por la contraria, pero es este punto digno de mas detenida reflexion.

(474) V. Specul. tit. *de actore ab univer-*

ren, como Doña Hurraca, Guardadora de su fijo huerfano, seyendo embargada (475) de tal enfermedad, o de otras cosas, de manera que non puede entender a procurar por si misma los bienes, e los derechos que pertenecen a su fijo; porende fizo, e establecio a Ferran Perez por Personero, é fazedor de los bienes del huerfano (r) en juyzio, e fuera de juyzio, contra qualquier persona, o lugar, e señaladamente (476) en tal pleyto que el huerfano ha, o espera auer con Gonçalo Ruyz delante tal Juez. E prometio, e otorgo, que quanto este Procurador, e fazedor, procurare, e ficiere en juyzio en nombre del huerfano, que lo auria por firme: e que si por culpa, o por engaño, o por negligencia del alguna cosa se perdiese, o se menoscabase de los derechos del huerfano, que ella lo pecharia (477), e lo refaria de los sus bienes; obligando a si misma, e a sus herederos, e a sus bienes a mi Fulano Escriuano publico que fize esta carta, recibiente por el huerfano, e por sus herederos. E renuncio, e quitose ella de las leyes deste nuestro libro, que dizen que las mugeres non se pueden obligar por otri.

LEY 97. *Como deuen fazer la Carta de la Personeria.*

Personeria (478) muchas veces da vn ome a otro para recibir, é recabdar algunas cosas fuera de juyzio: e la carta deue ser fecha desta guisa. Sepan cuantos esta carta vieren, como Fernand Garcia fizo, e establécio a Pero Martinez su Personero, o su Mayordomo, dandole, e otorgandole poderio, que (s) entre en nombre del tales viñas, e tales casas que son en tal logar. E otrosi, que tome la possession, e la tenencia dellas, que las tenga, e las aliñe por el. Otrosi le otorgo poderio, que el pueda recabdar todas las cosas, assi muebles como raices, quantas el ha en Seuilla; e que les pueda alogar, e arrendar, e recebir los frutos, e los logueros dellas, e vsar de todos los derechos, que el ha, en nombre del, bien assi como faria Fernand Garcia si fuesse en el lugar: e de todas estas cosas, e de cada vna dellas le otorgo libre e llenero poder; e prometio, e otorgo, que siempre auria por firme quanto el fiziese por esta razon en nombre del, e que nunca vernia contra ello por si, nin por otro, en ninguna razon.

LEY 98. *Como deuen fazer la carta de la Personeria, quando algun Concejo de Villa, o Eglesia conuentual fazen sus Personeros.*

Concejo de Villa, o Eglesia Conuentual fazen

(r) dandol et otorgandol poderío para procurar et demandar los bienes et los derechos deste huerfano en juyzio etc. Acad.

(s) compre Acad.

sitate, etc. col. 2. Juan Andr. en sus adiciones allí; y Bart. á la l. 9. D. *rem rat. hab.*

(475) Parece indicarse aqui que no puede el tutor nombrar un apoderado sin justa causa; pero bastará que esta sea voluntaria, aunque no haya habido necesidad, como dice Bart. á la l. 24. D. *de admin. tut.* y á la l. 9. D. *rem rat. hab.*, bien que siempre será mas prudente el espresar algun motivo, aunque sea general, por el cual se nombre el procurador.

(476) El tutor no puede otorgar sino poderes especiales y para un negocio determinado, Glos. á la l. 10. C. *de appellat*, y á la l. 1. §. 1. C. *quod cujusq. univ. nom.* contra la Glos. á la l. 11. C. *de procurat.* y V. Paul. de Castr. allí. ¿Podrá, empero, el tutor nombrar procurador para los actos de jurisdiccion voluntaria? V. l. 6. y Bald. allí C. *de præd. min.* ¿podrá por el contrario gestionar el tutor en asuntos de su interes particular contra el procurador nombrado para dichos actos? V. Bald. á la l. 8. primera lectura, D. *de adopt.* *Y V. l. 13. §. 4. D. *ad Senat. Cons. Trebell.* D. *de adopt.*

(477) Ponese esta cláusula porque el procurador se nombra por cuenta y riesgo del tutor, l. 24. D. *de admin. tut.* y §. ult. Instit. *de curat.*

(478) Añad. l. 14. tit. 5. de esta Part. en la cual se esplican las cláusulas que deben continuarse en la escritura de poder. Y ¿qué fuerza tendria esta, si en ella hubiese prometido el poderdante ratificar y tener por válido todo cuanto legítima y canónicamente hiciese el apoderado? V. Glos. al cap. *relatio* 21. quest. 1. donde dice que no por esto quedaria el principal menos obligado por los actos de su procurador; porque de otro modo siempre podria decir que no los tiene por legítimos. Y acerca de la fórmula con que deben estenderse las escrituras de poder para los negocios asi judiciales, como estrajudiciales, V. Specul. tit. *de procurat.* §. *ut autem*, col. 4. ¿El procurador que lo es general para los negocios ¿se considerará que lo es tambien para las causas? V. cap. *qui generaliter* 5. *de procurat.* y Specul. tit. *de procurat.* §. 1. hácia el fin, donde opina por la afirmativa. Y añádase que el procurador constituido en los términos que espresa la presente ley, puede obligar los bienes de su principal, cuando esto

a las vezes sus Personeros. E la carta (479) de tal personeria deue ser fecha en esta guisa. Sepan cuantos esta carta vieren, como Rodrigo Esteuan, e Alfonso Diaz, Alcaldes de Seuilla, seyendo ayuntado el Concejo desse mismo lugar en tal Eglesia, con plazer, e con otorgamiento de todos (480) fizieron a Diego Alfonso su Personero, para demandar, e para responder ante nuestro Señor el Rey, o ante sus Juezes en el pleyto que han, o esperan auer, con el Arçobispo, o el cabildo de Santa Maria de Seuilla, en razon de Villa Verde, o en otra cosa cualquier a que la Eglesia de Seuilla mouiesse pleyto contra el Concejo desse mismo Lugar. E otorgaronle poderio para fazer preguntas, e respuestas, e para poner defensiones entre si, e tomar alçada, e seguirla; e para fazer todas las otras cosas que verdadero Personero puede fazer en juyzio, e fuera de juyzio. E prometieron, e otorgaron, que aurian por firme, e por estable quanto aquel Personero fiziesse, e que nunca vernian contra ello: e mandaron a mi Fulano Escriuano publico, que fiziesse ende esta carta publica. En esta misma manera deue fazer el Perlado su personeria con otorgamiento de su Cabildo. E la carta de la personeria, que los otros hombres fazen para demandar en juyzio cada uno su derecho, mostramoslo en el Titulo de los Personeros, e porende non la ponemos aqui.

LEY 99. *Como deuen fazer la Carta, a que llaman Inuentario.*

Inuentario (481) llaman, la carta en que deue el Guardador fazer escreuir todos los bienes de los huerfanos. E tal escripto hase de fazer assi. Sepan quantos esta carta vieren, como Garcia Aluarez, Guardador de Ruy Ferrandez, huerfano, fijo que fue de Pero Ruiz, assi como parece por la carta fecha por mano de tal Escriuano publico, que mando e fizo escreuir este inuentario de los bienes que fallo en poder (482) del huerfano sobredicho, luego que fue dado por su Guardador. E primeramente dixo, e otorgo el Guardador sobredicho, que fallo tantas cosas (483) muebles en los bienes del huerfano, e tantos heredamientos de pan, e tantas viñas, e tantos

sea necesario para la espedicion de los negocios para la cual se le ha otorgado el poder, segun la Glos. á la l. 27. D. *de reb. cred.* y Bald. á la l. 3. C. *de quadrien. præscript.*

(479) V. Specul. tit. *de syndic.* hácia el fin.

(480) Las dos partes á lo menos de la corporacion deben hallarse presentes, é intervenir la mayoría de sus individuos en el nombramiento de síndico; l. 2. y Juan de Plat. allí *de præd. decur.* Pero ¿deben continuarse en la escritura los nombres de todos los individuos? V. Bart. á la l. 1. D. *de alb. scrib.* siendo comun opinion la de que en los negocios muy importantes debe siempre hacerse mencion nominal de todos los individuos que intervengan en ellos, Alex. consil. 1. vol. 4. col. 2. y V. Oldrald. consil. 100. y ademas en la escritura del nombramiento de síndico deben firmar dos testigos estraños, V. cap. 1. y Abb. allí notabl. 3. *de procurat.* y al cap. 1. *de syndic.*

(481) V. Specul. tit. *de instrum. edit.* d. §. col. 3. donde esplica tambien el modo con que debe formalizarse el inventario por el tutor: y no debe este hacerlo continuadamente y sin interrupcion, pero sí ante el mismo escribano y testigos, Glos. á la *Novell.* 1. cap. 2. §. 1. *collat.* 1. vers. *inventarium,* cuyo texto califica de notable Bald. á la l. 1. quest. 17. D. *de offic. consul.*: por lo demas, tampoco es necesario, segun se ve por nuestra ley aqui, que el tutor preste el juramento delante del Juez, como lo pretendia Bald. á la l. 13. C. *de admin. tut.* el cual tambien opinaba que hasta en el inventario debia interponerse el judicial decreto, á la l. 4. C. *in quib. casib. restit. in integr. non est. neces.* pues nada de esto se requiere, segun Specul. y Bart. á la l. 7. col. 1. hácia el fin D. *de admin. tut.* y aun el mismo Bald. á la l. 32. notab. 5. C. *de Episc. et cleric.* á pesar de opinar como siempre que es necesario el consentimiento del juez, añade, empero, que dicho decreto judicial, solo se requiere para el efecto de que el inventario formado por el tutor pueda hacer fe contra los deudores del pupilo, l. 57. D. *de admin. tut.* siendo necesario para esto que dichos deudores hayan sido citados por el Juez, segun Bald. á d. l.

(482) No debe, pues, el tutor afirmar que pertenecen al pupilo las cosas que contiene en inventario, sino que las ha hallado entre los bienes del mismo, como se ve por nuestra ley aqui, y es digno de notarse: añad. Bart. á la l. 7. D. *de admin. tut.*

(483) Y ¿deben justipreciarse estos bienes, y espresarse el valor de los mismos en el inventario? Parece que no; porque no lo exige la presente ley, antes al contrario la l. ult. C. *de magistr. conveniend.* prueba que no se requiere semejante justiprecio, y V. Bald. allí, y Salic., el cual afirma que tampoco se acostumbra, aunque cree ser esto perjudicial á los pupilos. Pero por lo demas, en el inventario de-

oliuares, e tantas casas; diziendo señaladamente (484) quantos son, e en que lugares. E otrosi, que fallara que auia de recebir de Fulano tantos marauedis, e de Fulano tantos; de los cuales tenia cartas, fechas por mano de Fulano Escriuano publico. E todas estas cosas, e cada una dellas otorgo que fallo al huerfano sobredicho, e que las tiene en su poder, e en su guarda. E mando a mi Fulano Escriuano publico, ante los testigos que son aqui escriptos, que fiziesse ende carta publica, porque non pudiesse nacer dubda sobre los bienes del huerfano.

LEY 100. *Como deuen fazer el Inuentario, en que fazen los herederos escreuir todos los bienes del finado.*

Escrito y a otro, que es dicho inuentario, en que fazen los herederos del finado escreuir todos sus bienes. E tal carta (485) deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Domingo, fijo que fue de Don Antolin, heredero de su padre, assi como parece por la carta del testamento, e de las mandas que fizo, que fue fecho por mano de tal Escriuano publico, en la cual Domingo el sobredicho es establecido por heredero; queriendose ante ver, de manera que non ouiesse mas de pagar a los debdores de su padre, de quanto heredase del; e otrosi, porque pueda tener, e sacar de las mandas que el finado fizo, aquella parte que las leyes (486) deste libro otorgan al heredero que face el inuentario; porende Domingo el sobredicho fizo, e mando escreuir este inuentario. E primeramente otorgo, e vino conociendo que auia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles, e tantas raices, e tantas debdas quel deuian, o quel deuia, nombrando todas estas cosas, quantas son, e quales. E otrosi, quien son los debdores, e quantas son las cartas de las deudas, e por qual Escriuano fueron fechas. E deuen fazer este inuentario ante tres omes (487) buenos, que sean vezinos del lugar. E en la fin del inuentario deue escreuir el heredero, que todas las cosas que son escriptas en el, son verdaderas. E si non supiere escreuir (488), deuelo escreuir por el, otro Escriuano publico.

LEY 101. *Como deue ser fecha la Carta, quando el heredero quier desechar los bienes del finado.*

Desechan a las vegadas los herederos los bienes del finado, e la carta (489) de tal desechamiento deue ser fecha en esta manera. Sepan cuantos esta carta vieren, como Rodrigo Ygneguez, fijo que fue de Don Ygnego, vino ante mi Gonçalo Yuañez, Alcalde de Toledo, e dixo, que el heredamiento que su padre le auia dexado en su testamento, o quel cayera del, porque murio sin testamento, que lo desemparaua, e quel non queria ser su heredero, por razon que su padre deuia muchas

ben describirse todas las cosas largamente y aun si es menester por medio de circunloquios de manera que conste la naturaleza y calidad de las mismas, Bart. y Bald. á la l. 7. col. pen. D. *de admin. tut.* Los créditos del pupilo, cuando no se encuentran documentos que los justifiquen, no debe continuarlos el tutor en el inventario; y aun, segun Bald. á la l. 1. §. 7. D. *de offic. præf. urb.*, ningun administrador está obligado á describir en inventario las cosas que no son de su principal. Pero lo contrario se infiere de lo anotado por Ang. á la l. 40. §. 1. D. *de adquir. posess.* (y del mismo parecer son Imol., Paul. de Castr. y Alex. allí) esto es que el heredero debe inventariar hasta las cosas que tuviese el testador en depósito ó comodato, V. Bart. ad. l. 40. col. 2. vers. *quid si tutor.* Y cuando el pupilo no posea bienes algunos ¿qué es lo que deberá hacer el tutor? V. Bald. á la l. ult. C. *qui bon. ced. poss.*, donde opina que, en tal caso, deberá el tutor hacer al Juez manifestacion de la falta de bienes, la cual suplirá al inventario, arg. l. 2. C. *de annal. except.* Y por el contrario deberá ampliarse este, cuando despues de concluido, hayan aumentado los bienes del pupilo, Bald. á la l. 13. C. *de admin. tut.* siendo muy útil que desde un principio se continue en el inventario la protesta de ampliarlo en el caso de aumentar los bienes del pupilo, Bald. á la autent *sed cum testator.* C. *ad* L. *falcid.*

(484) Añad. l. 7. y Bald. allí C. *de bon. proscript.*

(485) V. Specul. tit. *de instrum. edit.* d. §. col. 9. y l. ult. C. de *jur. delib.* debiendo este inventario hacerse en el lugar donde radican los bienes hereditarios ó la mayor parte de ellos, V. Specul. lugar citado, col. pen. y ult.

(486) L. 7. tit. 11. Part. 6.

(487) Conc. la *Novell.* 1. cap. 2. §. 1. versic. *si verò absunt. collat.* 1. y l. 5. tit. 6. Part. 6. donde se previene tambien que debe citarse á los legatarios.

(486) Añad. l. ult. princ. C. *de jur. delib.*

(489) Acerca el modo como debe estenderse la renuncia de la herencia hecha por el he-

debdas, e non se atreue a pagarlas por los bienes quel fallara, e porende los desechaua, e se quitaua del, ante el Alcalde, deziendo que de aquel heredamiento, que fuera de su padre, que non queria pro, nin daño: e rogo a mi Fulan Escriuano publico, ante los testigos que son aqui escritos, que fiziesse ende carta publica. E en esta misma manera deue ser fecha la carta del que fuesse establecido por heredero de alguno, maguer non fuese su fijo si quisiesse desamparar el heredamiento, en que fuera establecido por heredero.

LEY 102. *Como deuen fazer la Carta, quando los huerfanos resciben cuentas de los Guardadores.*

(*t*) Reciben cuenta los huerfanos de sus Guardadores. E la carta (490) deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Aluar Perez, seyendo mayor de catorce años, otorgo, e vino conociendo, que Sancho Garcia, que fue su Guardador, le auia dado cuenta buena, e leal, e verdadera, de todos cuantos bienes del tomara en guarda, muebles e raices, que vinieran a su mano, e a su poder; e que fiziera bien e lealmente, todo cuanto ouiera a fazer en los sus fechos, e en las sus cosas. E otrosi vino conosciendo, que le auia entregado de todos quantos bienes del touiera, e de los frutos, que dellos rescibio, e todas las cosas que a su mano, e a su poder vinieran por razon de la guarda: e otorgase por bien pagado dellos. E sobre todo prometio Aluar Perez el sobredicho, que nunca le moueria pleyto, nin contienda, nin le demandaria (491) otra cuenta sobre esta razon: e dixo, e otorgo, que auia por firme todos quantos pleytos, e posturas fiziera el sobredicho Guardador por el, (*u*) e las pagas que fiziera el sobredicho Guardador por el, e otrosi las pagas que fiziera, e rescebiera en nombre del. E otrosi Aluar Perez se quito de todo derecho, e de toda cosa que pudiera demandar a Sancho Garcia, e a sus herederos; e señaladamente, que dende en adelante non pudiese dezir, nin querellar, que por engaño (492), nin por culpa, nin por negligencia del, que perdiera, o menoscabara alguna cosa de lo suyo. E todas estas cosas, e cada vna dellas prometio e juro (493) el sobredicho Aluar Perez por si, e por sus herederos, de las tener, e de las guardar, e de las auer por firmes para siempre jamas; e de nunca fazer, nin venir contra ellas el, nin otro por el, en ningund tiempo por ninguna razon, so pena de mill marauedis: la qual pena quier sea pagada, o non, este pleyto, e este quitamiento siempre sea valedero; obligando a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes; e renunciando, e quitandose de toda ley, e de todo fuero etc. assi como dize en la primera carta de la vendida.

(*t*) Cuenta toma el huerfano á las veces de su guardador, et la carta en quel quiere dar por quito ha de seer fecha etc. Acad.

(*u*) Las palabras que siguen hasta *E otrosi* faltan en la edic. de la Acad.

redero suyo ó estraño, V. Specul. tit. *de instrum. edit.* d. §, col. 7. vers. *ad hoc autem.* y V. lo anotado en las ll. antepen. pen. y ult. tit. 6. Part. 6.

(490) Añad. Specul. tit. *de instrum. edit.* d. §. col. 4.

(491) ¿Qué fuerza tendria este quitamiento ó remision, en el caso de haberlo obtenido un tutor que no hubiese rendido debidamente sus cuentas, ó antes no hubiesen sido revisadas, ó que hubiese hecho dolosamente alguna ocultacion? Seria entonces de ningun efecto, y dicho tutor estaria obligado á rendir otra vez sus cuentas, l. 30. tit. 11. Part. 5. V. l. 4. C. *de transact.* y Bald. á la l. 29. C. d. tit. donde dice que ó bien habria consistido el dolo en la ocultacion ó distraccion de algunas cosas, ó bien en el deterioro de las mismas: en el primer caso pretende que no aprovecharia al tutor el quitamiento que hubiese obtenido del pupilo, pero sí en el segundo, porque en este el dolo no tiene una causa permanente y es susceptible de reparacion.

(492) Entiendase esto en el sentido que acaba de esplicarse en la nota que precede. Pero ¿tendrá algun efecto esta remision especial del dolo que tal vez haya cometido el tutor; Parece que lo tendrá, segun la doctrina de Bald. á la l. 28. §. 9. D. *de liber. legat.* col. 2. y que en virtud de la misma no será responsable el tutor de lo que hubiere ocultado ó fraudulentamente sustraido; lo cual, sin embargo, creeria que debe entenderse, con tal que las cosas sustraidas no permanezcan todavía en todo ó en parte en poder del tutor, pues si las conservara, no le eximiria de responsabilidad la remision especial del dolo, segun Bald. á d. l. 29. C. *de transact.* á menos que se hubiese espresado que se hacia por razon de dichas cosas sustraidas: pudiendo verse ademas en órden á esa especie de quitamientos ó remisiones que se otorgan entre vivos á favor de los tutores, lo que notablemente dice Socin. vol. 2. consil. 159. que empieza *in præsenti consultatione.*

(493) Specul. tit. *instrum. edit.* d. §. acon-

LEY 103. *Como deuen fazer la Carta del testamento.*

Testamento, (494) fazen los omes muchas vegadas, e la carta del testamento deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como yo Esteuan Fernandez, seyendo enfermo del cuerpo, e sano de la voluntad, fago este mi testamento. e esta manda en que muestro la mi postrimera voluntad. Primeramente mando a tal Eglesia tantos marauedis por mi alma. E de si deue escreuir el Escriuano todas las cosas de las mandas que el fiziere por su alma, e las otras que fiziere por razon de su sepultura, e las debdas (495) que deue, e los tuertos (496) que fizo a otro, que manda endereçar, en la manera que los dixere el que faze el testamento. E despues desso deue dezir, como establece a Fulano, e a Fulano, por sus herederos, e escreuir y las condiciones, e las maneras en que los establesciesse por sus herederos, non cambiando ende ninguna cosa. E si por auentura mandase escreuir, de como deseredaua a algun su fijo deue el Escriuano escreuir las razones (497) por que lo desereda. E sobre todo esto, deue escreuir quales son aquellos que establece por sus Albaceas, que ayan poderio de pagar sus mandas. E si sus fijos non fueren de edad, deue dezir en cuya mano los dexa. E despues desto deue dezir en la fin del testamento: Yo Esteuan Fernandez el sobredicho quiero, e mando, que este mi testamento, e esta mi postrimera voluntad sea valedera por siempre jamas. E otorgo, e quiero, que todo testamento, o manda que ouiesse yo fecho, ante que este, que sea cancelado, e non vala (498). E si otra mi manda, o testamento, pareciesse de aqui adelante, que fuesse fecho despues deste, quiero otrosi, e mando, que non vala; fueras ende, si en el fiziese señaladamente mencion deste testamento, diziendo que lo reuocaua todo, o alguna partida del. E de si deue dezir el Escriuano, en que lugar fue fecho el testamento, e ante quales testigos, e el dia, e el mes, e la era. E mientra que fuere biuo (499) aquel que lo mando fazer, non lo deuen mostrar a ninguno, si non a el. E despues de su muerte deuen dar traslado de todo a sus herederos, e a lo que han de auer las mandas, en las cosas tans solamente (500) que les pertenescieren. E tal testamento deue ser leydo, e fecho ante siete testigos (501). E si por auentura el que lo fiziere, non quisiesse que los testigos supiessen lo que es fecho en el, puedelo mandar fazer al Escriuano en poridad (*v*). E despues que fuere, deuen los testigos sobredichos escreuir en el sus nombres, e sellarlo de sus sellos, assi como dizen las leyes deste nuestro libro en el Titulo de los Testamentos.

(*v*) et facerlo sobrescrebir á tantos testigos et seellar de sus seellos, assi como dicen etc. Acad.

seja tambien que ese quitamiento ó remision lo haga el menor con juramento.

(494) Acerca las fórmulas del testamento nuncupativo y del escrito, V. Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *compendiosè.* col. 13. 14. y sigs. y ll. 1. y 2. tit. 1. Part. 6. *Ll. 1. y 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.

(495) Y cuando el testador hubiere ordenado que sean pagadas sus deudas, sin esplicar cuales sean estas, ¿deberá el heredero pagarlas todas, inclusas las meramente naturales, las que hayan prescrito y las que procedan de una sentencia injusta, contra la cual hubiera podido el mismo testador oponer sus escepciones? V. Bald. á la l. 24 col. 3. C. *de Episc. et cleric.* donde trata ademas sobre el particular otras varias cuestiones.

(496) Y esto debe ser lo primero, 14. quest. 6. cap. *si res.* cap. *cum tu.* §. *de usur.* pues no se deben pagar los legados, sino despues de deducidas las deudas, l. ult. §. 5. C. *de jur. delib.* 1. quest. 1. cap. *non est putanda* 27.

(497) Autent. *non licet*, C. *de liber. præter. Novell.* 16. cap. 3. *collat.* 8. y l. 4. tit. 7. Part. 6.

(498) Esta cláusula derogatoria de la precedente voluntad se sobreentiende, aunque no se esprese en el testamento posterior, §. 2. Instit. *quib. mod. testam. infirm.* l. 21. tit. 1. Part. 6. y Bald. á la l. ult. col. 10. C. *de edict. Divi Adrian. toll.*, de donde se infiere que es por demas el continuarla. V. Jas. á la l. 56. §. 1. D. *de verb. oblig.*

(499) Conc. l. 2. §. 4. D. *testam. quemad. aper.* Y ¿si el notario dijere haberle ordenado el testador que no abriese el testamento hasta algunos años despues de su muerte? V. Ang. allí, donde opina que no debe darse crédito á esta manifestacion del notario, si no consta de otra manera la referida disposicion del testador, y lo mismo dice Juan de Imol. allí.

(500) Añad. l. 3. C. *quemad. testam. aper.* y cap. *contingit.* 5. *de fid. instrum.*

(501) Y conviene que se espresen en el testamento los nombres de los testigos y sus calidades y circunstancias, l. 8. princ. C. *qui testam. fac. poss.* Bart. á la l. 17. princ. quest.

LEY 104. *Como deuen fazer la Carta de otra manera de manda, a que llaman Codicillo.*

Codicillo (502) llaman a otra manera de manda que los omes fazen, e la carta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como yo Pero Ferrandez, queriendo mudar alguna cosa en el mi testamento que fize en tal tiempo, que fue fecho por mano del Escriuano publico, mando que tal cosa que yo auia mandado a Sancho, que la den a Garcia, e que Sancho que la non aya: e otrosi tal viña que yo auia mandado a tal Eglesia, non quiero que la aya, mas que finque a mios herederos. Otrosi mando a Fulano mio amigo, que aya de lo mio mill marauedis : e quiero que Fulano, a quien auia dado a mis fijos por Guardador, que lo non sea (503); mas quiero que lo sea Fulano. E todas las otras cosas que dize en el mi testamento, mando que sean firmes, e valederas; sacadas estas que señaladamente cambie, o creci. E deuese fazer tal manda como esta, ante cinco testigos (504). E puede poner el que la faze, todas las cosas que quisiere; fueras ende, que non puede establecer en ella heredero (505), nin mudar otro, nin desheredar a ninguno de sus fijos en ella. Ca estas cosas se deuen fazer en testamento acabado, assi como de suso diximos.

LEY 105. *Como deuen fazer la Carta, quando los fijos que estan en poder de sus padres, quieren fazer donaciones por razon de sus muertes.*

Estando los fijos en poder de sus padres, fazen donaciones por razon de sus muertes: e la carta (506) deue ser fecha assi. Sepan quantos esta carta vieren, como Nicolas Fernandez, estando en poder de su padre Fernan Perez, porque segund dizen las leyes deste nuestro libro, que el fijo que esta en poder de su padre non puede fazer testamento (507), maguer su padre gelo consienta, mas puede fazer donacion en tiempo de su muerte con plazer de su padre; porende el sobredicho Nicolas Fernandez, con consentimiento de su padre, mando que diessen al Hospital de Sant Miguel de Seuilla tantos marauedis; o a tal ome que fuera su compañero en Escuelas. que le diessen sus libros; o a tal ome su amigo, quel diessen tal viña, que es en tal lugar, e ha tales linderos. E para estas mandas cumplir, e pagar, establescio a su padre por su Mansessor, e dixo, e mando, que si el guareciesse de aquella enfermedad, que non valiesse aquella donacion, mas que fincasse a el en saluo. E si moriesse de aquella enfermedad, que fuesse la donacion valedera. E deue ser fecha la carta de tal donacion como esta ante cinco testigos (508), estando el padre delante, e otorgandola.

LEY 106. *Como deuen fazer la Carta del compromiso.*

Contiendas han entre si a las vezes los omes,

7. D. *de condit. et demonstr.* y debe espresarse tambien el segundo apellido, cuando por el primero no estuviese exactamente designado alguno de los testigos, y pudiese nacer en lo sucesivo alguna duda, segun Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *instrum. edit.* §. *breviter.* adicion que empieza: *acur. ultra prædicta. etc.* siendo de advertir que en el dia no se requieren tantos testigos para la otorgacion del testamento nuncupativo; sino que debe este hacerse con las formalidades prescritas en la l. 1. tit. 2. lib. 5. Orden real. y l. 3. de Toro. *Ll. 1. y 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.

(502) V. Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *viso.* donde trae otro fórmula ademas de la que en la presente ley se propone para la otorgacion de los codicilos.

(503) Puede en un codicilo revocarse el nombramiento de tutor hecho en testamento, l. 8. princ. D. *de testam. tut.*

(504) Añad. l. 32. tit. 16. de esta Part. y l. ult. §. 3. C. *de codicill.* En el dia empero, deberá observarse lo dispuesto por d. l. 1. tit. 2. lib. 5. Orden Real (d. l. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.) y aunque se dice en ella que bastan cinco testigos para la otorgacion de un testamento, no puede inferirse de esto, que basten tres para la de un codicilo, segun Bart. á la l. 2. D. *de legat.* 1.

(505) Añad. l. 6. y 8. tit. 3. Part. 6. l. 2. C. y §. 2. Instit. *de codicill.*

(506) Acerca el modo de otorgarse las donaciones por causa de muerte, V. tambien á Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *porrò.*

(507) Añad. l. 13. tit. 1. Part. 6. l. 25. D. *de don. mort. caus.* y l. ult. tit. 4. Part. 5. las cuales estan hoy derogadas por la l. 5. de Toro, *l. 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. en la cual se dispone que el hijo de familias pueda hacer testamento mientras tenga la edad necesaria para ello, aunque se halle en poder de sus padres.

(508) Añad. l. ult. C. *de don. mort. caus.* y

e ponenlas en manos de auenidores. E la carta (509) de tal auenencia llamanla Compromisso, e deue ser fecha desta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Garcia Fernandez de la una parte, e Gil Perez de la otra, acordaron, e fizieron, e escogeron a Fernand Matheos por auenidor, e por arbitro, e por arbitrador (510), e por amigo comunal, sobre tal contienda, o pleyto que era entre ellos; (e deuelo el Escriuano escriuir en la carta, en la manera que es) los quales Garcia Fernandez, e Gil Perez, prometieron el vno al otro amos ayuntadamente al arbitro sobredicho, de estar, e de cumplir, e de obedecer todo quanto el arbitro ficiere, o judgare, o mandare en el pleito sobredicho. E otrosi le otorgaron poderio, que pueda judgar, e mandar vna vez, o mas (511) si quisiere, en escrito, o sin escrito, e en dia feriado (512), o non, estando las partes delante (513), o non, guardando la orden del derecho, o non (514), e en cualquier lugar (515), o en qual tiempo quier (516); e que pueda prendar (517) las partes, e fazer cumplir su juyzio, e su mandamiento. E otrosi, que pueda declarar, e enterpretar (518) las palabras de su juyzio, si fuessen escuras, o naciesse alguna dubda sobre ellas. E sobre todo le otorgaron libre, e llenero poder de fazer, e de demandar, e de judgar entre ellos, assi como Juez, o auenidor, o comunal amigo. E prometieron, que todas las cosas que son escritas en esta carta, que cada vna dellas obedeceran, e auran por firmes por siempre jamas, e non vernan contra ellas por si, nin por otri en ningund tiempo por ninguna manera, so pena (519) de mil marauedis: la qual pena tantas vegadas sea pagada, quantas veces (520) fizieren, o venieren, contra lo que el auenidor sobredicho judgare, e mandare: e la pena pagada, o non (521), siempre sea firme, e valedero, todo quanto en esta carta dize. E otrosi todo

d. l. 32. tit. 16. de esta Part.

(509) Acerca la forma en que deben otorgarse las escrituras de compromiso, V. Specul. tit. *de arbitr.* §. *ut autem*: y en ellas ademas de las cláusulas contenidas en esta ley, pueden continuarse otras muchas, para dar al compromiso mayor amplitud, como la de que puedan los árbitros prorogar el plazo, l. 27. tit. 4. de esta Part. l. 32. §. ult. y l. sig. D. *de recept. qui arbitr.*; la de que por la muerte de los comprometentes no quede el compromiso sin efecto, sino que pase á los herederos, l. 27. §. 1. D. d. tit. y Bart. á la l. 49. §. 2. d. tit.; la de que puedan los árbitros delegar su jurisdiccion, l. 32. §. 16. D. d. tit.; la de que puedan imponer multas al que fuere contumaz, l. 39. princ. D. d. tit. y l. 2. §. ult. D. *de judic.* y que se estienda el compromiso á los pleitos futuros, V. Bart. á la l. 46. D. *de recept. qui arb.* Jas. á la l. 76. §. 1. D. *de verb. oblig.* y Socin. consil. 27. vol. 1. hácia el fin y consil. 251. quest. 5. vol. 2. Asimismo puede continuarse la cláusula de que trata Socin. consil. 282. col. 3. y consil. 299. col. 2. esto es, la de que se entienda haber versado el litigio sobre todas las cosas de que hayan hecho mérito los árbitros en la sentencia ó laudo que profirieren; V. sobre lo mismo á Abb. al cap. *exposita*, *de arbit.* col. ult. y notablemente á. d. Socin. consil. 220. col. 2. vol. 2. y finalmente puede espresarse tambien en el caso de nombrarse dos árbitros, que pueda fallar el uno separadamente del otro, V. l. 32. tit. 4. de esta Part.

(510) Entiéndase que debe espresarse así, cuando se nombran los compromisarios en las dos calidades de árbitros y arbitradores, pues á veces se les nombra en una sola de ellas, y entonces no debe espresarse la otra, l. 23. tit. 4. de esta Part.

(511) V. ll. 21. y 43. D. *de recept. qui arb.*

(512) Añad. l. 32. tit. 4. de esta Part. y l. 36. D. *de recept. qui arb.*

(513) V. l. 27. tit. 4. de esta Part. y l. 27. §. 4. D. *de recept. qui arb.* y sobre si, habiéndose otorgado el compromiso en estos términos, podrán los árbitros proferir sentencia sin citar las partes, V. Glos. y Paul. á la l. 2. C. *quib. ex caus. maj.* y Spec. tit. *de arbitro* §. *excipitur.* hácia el fin, donde dice que de todos modos debe hacerse la citacion.

(514) Los árbitros propiamente tales, á menos que asi espresamente se les dispense de observar el órden de derecho, no podrán salirse de él, porque semejantes arbitramientos se equiparan á los juicios, ll. 1. y 13. D. *de recept. qui arb.* V. Abb. al cap. *quintavallis de jurejur.* col. 4.

(515) V. l. 21. §. 10. D. *de recept. qui arb.*

(516) De dia ó de noche, V. Bald. á la l. 6. §. 5. hácia el fin C. *de appell.*

(517) Pues de otra manera no podria llevar á ejecucion la sentencia que profiriese, cap. *per tuas* y Abb. allí notab. 1. *de arbitr.*

(518) V. Specul. tit. *de arbitr.* §. ult. col. 17. vers. *sed numquid verbum obscurum.*

(519) V. ll. 11. §. 2. y 27. §. ult. D. *de recept. qui arb.* l. 1. C. d. tit. y cap. *per tuas.* 9. d. tit.

(520) V. l. 34. §. 1. y Bart. allí D. *de recept. qui arb.*

(521) V. d. l. 34.

lo que judgare, e mandare el auenidor. E porque todas estas cosas sean mas firmes, e mas estables, obligaronse Garci Fernandez, e Gil Perez los sobredichos, el vno al otro, a si mismos, e a sus herederos, e a sus bienes, e renunciaron, e quitaronse de toda ley, e de todo fuero, etc. pero si las partes quisieren poner su pleyto en otra manera, el Escriuano lo deue poner, en la guisa que las partes se auenieren.

LEY 107. *Como deuen fazer la Carta, quando los Juezes de auenencia judgan los pleytos, que las partes ponen en su mano.*

Judgan los Juezes de auenencia los pleytos que las partes ponen en su mano. E la carta (522) de su juyzio deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como yo Fernand Matheos, escogido por arbitro, e por auenidor, e por comunal amigo de Garci Fernandez de la vna parte, e de Gil Perez de la otra, sobre tal pleyto, o contienda que era entre ellos, assi como parece por la carta que era fecha por mano de tal Escriuano publico; oyda la querella, e la demanda que auia Garci Fernandez contra Gil Perez, e la respuesta que Gil Perez fizo a ella; e otrosi seyendo començado el pleyto ante mi; e auiendo rescebido la jura de ambas las partes, assi como es derecho; e vistos los testigos, e las cartas, e las razones de la vna parte, e de la otra; e auiendo consejo con omes (x) sabidores sobre este pleyto; judgo, e mando, que Gil Perez peche a Garci Fernandez tantos marauedis, e que Garci Fernandez quite la querella, e la demanda que auia contra el sobre esta razon: todas estas cosas mando que sean guardadas de amas las partes, so la pena que es dicha en la carta del compromisso, que fue escrita por mano de tal Escriuano publico.

(x) Lonos et sabidores. Acad.

LEY 108. *Como deuen fazer la Carta, quando el Juez ha de dar sentencia contra alguna de las partes, por razon que es rebelde.*

Rebelde es a las vegadas alguna de las partes, de manera que el Juez ha de dar sentencia contra ella. E la carta (523) de tal sentencia deue ser fecha en tal guisa. Sepan cuantos esta carta vieren, como yo Fernand Matheos, Alcalde de Seuilla, a querella que me fizo Gonçalo Yuañes de Esteuan Perez, fizele emplazar por mi carta, o por mi ome, assi como es derecho. E porque fue rebelde, e non quiso venir ante mi, maguer fue emplazado tres vezes, la vna, a su persona (524) misma, e las dos en su casa do moraua; porende oyda la querella, e la demanda de Gonçalo Yuañes el sobredicho, que auia con Esteuan Perez, que es esta. Ante Nos Fernand Matheos, Alcalde del Rey en Seuilla etc. e el Escriuano deue escreuir en la carta toda la querella, e la demanda, en la manera que fue puesta ante el Alcalde. E quando fuere acabada, deue dezir: Yo Fernand Matheos, Alcalde mayor en Seuilla, auiendo recebido la jura (525) de Gonçalo Yuañez el sobredicho, que non fazia esta demanda maliciosamente, mas que cuydaua alcançar derecho; por ende judgo, e mando, que este Gonçalo Yuañez sea entregado, por mengua de respuesta, en tantos bienes de Esteuan Perez, que valan mill marauedis. Pero esta entrega mando que sea fecha en tal manera, que finque en saluo a Esteuan Perez, que non esta presente, toda defension, e toda ayuda que pueda, e deua auer con derecho en esta razon. E si por auentura la querella fue dada sobre cosa que demande por suya, o la tenencia della, estonce deue dezir en fin del juyzio, como manda, que sea entregado por mengua de respuesta, de tales cosas que demandaua por suyas, o de la tenencia dellas (526), quando demandasse la tenencia tan solamente.

(522) Specul. tit. *de arbitro* §. *ut autem.* donde pone otra fórmula mas lata para las sentencias arbitrales; siendo de notar que el árbitro arbitrador puede proferir su sentencia cerrada y sin leerla á las partes, V. Bald. á la l. 1. col. ult. C. *de sentent. ex peric. recit.*; y ¿podrá asimismo fallar en el mismo momento y acto continuo de haberse otorgado el compromiso? V. Bald. á la l. 4. col. penult. C. *de sentent.* donde opina por la negativa: pero podrá hacerlo en ausencia de las partes, segun el mismo Bald. á la l. 7. C. *de episc. aud.* y V. Bart. á la l. 27. §. 4. D. *de recept. qui arb.* y l. 43. D. *de verb. oblig.*

(523) Añad. l. 2. tit. 8. de esta Part. con lo anotado allí y Specul. tit. *de 1. decreto* §. *sequitur*, col. 3.

(524) Esta citacion personal no es necesaria en cuanto al primer decreto, segun se ha dicho á la l. 2. tit. 8. de esta Part.

(525) L. 2. tit. 8. de esta Part.

(526) Adviértase que, segun declara nues-

LEY 109. *Como deuen fazer la Carta de la sentencia difinitiua.*

Sentencia diffinitiua tanto quiere dezir, como juizio acabado, e la carta (527) de tal sentencia deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como sobre contienda que era ante mi Fernand Matheos, Alcalde del Rey en Seuilla, fizo Pero Lorenço demanda a Domingo Yague etc. E el Escriuano deue escreuir en la carta toda la demanda, en la manera que la fizo ante el Alcalde, e la respuesta que le fizo el demandado. E despues desto deue dezir: Onde seyendo començado este pleyto ante mi Fernand Matheos por demanda, e por respuesta, e auiendo vistos (528) los testigos, que la vna parte, e la otra quisieron traer ante mi, e otrosi las preguntas, e los otorgamientos, e las cartas, e todas las otras razones, que las partes razonaron ante mi; e sobre todo auiendo tomado consejo con omes buenos, e sabidores de derecho; e otrosi, auiendo dado plazo a las partes a que viniessen oyr la sentencia diffinitiua; judgo, e mando, que Domingo Yague entregue a Pedro Lorenço, la casa, o el heredamiento que le demandaua ante mi, assi como de suso dize, porque es suya, e a el pertenesce de derecho; e el otro non mostro sobre ella ninguna razon que deuiesse valer. E si por auentura Pedro Lorenço demandasse la tenencia tan solamente de la casa que le demandaua, deue dezir: (y) Saluo el derecho (529) de la vna parte, e de la otra, en razon de la propriedad, o del señorio della. Mas si la demanda fuesse fecha sobre quantia de marauedis, o sobre otra cosa que se pudiesse contar, o pesar, o medir, deuele condenar en tanta quantia quanta el demandador prouo: e si entendiere que el demandado defiende el pleyto maliciosamente, deuele condenar aun en las costas que el Judgador tassare, e el demandador jurare que fizo sobre esta razon, assi como diximos en las leyes que fablan de los juyzios.

(y) Mando et judgo que le entregue de la tenencia de la cosa que demando, salvo el derecho etc. Acad.

LEY 110. *Como deuen fazer la Carta de la alçada.*

Alçanse los omes muchas vegadas de las sentencias que los Judgadores dan contra ellos. E la carta (530) de la alçada deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como sobre contienda que era entre el Abad de Oña de la vna parte, e Gonçalo Royz de la otra, en razon de vna sentencia que dio Don Marin, Alcalde de Burgos, por el Abad contra Gonçalo Ruyz; de que Gonçalo Ruyz se touo por agrauiado, e alçose al Rey, e amas las partes vinieron en juyzio ante Nos, Ferrand Yuañes el Gallego, e Domingo Yuañes, Oydores (531), e Judgadores de las alçadas de Casa del Rey. Onde Nos, visto el juyzio de Don Marin etc. E deue ser el juyzio todo escrito, e de que se alço. E despues desso deue dezir: E otrosi vista la alçada, e los actos del pleyto, de como paso ante Don Marin el Alcalde; e oydas todas las razones que la vna parte, e la otra quisieron mos-

tra ley, la posesion que obtienen los que, por el primer decreto, son inmitidos en ella, es conforme á la accion que para obtenerla han intentado: por lo que, si esta es accion real, se entenderá que poseen por derecho de dominio; y por derecho de posesion, si han intentado meramente un interdicto posesorio, V. lo anotado á d. l. 2. tit. 8. de esta Part., y asimismo serán inmitidos en la mera detentacion, cuando tan solo hubieren pedido esta, como se dice en la presente ley.

(527) V. Specul. tit. *de sentent.* §. *ut autem.* col. 3., 4. y 5.

(528) Y ¿deberá siempre presumirse que realmente han precedido las actuaciones y procedimientos de que se haga mérito en la sentencia? V. Abb. al cap. *qui contra,* col. 14. y sig. *de probat.* Bald. á la autent. *si quis in aliquo,* col. 2. C. *de edend.* el mismo al cap. ult. *quo tempore miles,* y al cap. 1. *de milit. vasall. qui contum. est,* col. 4.

(529) Y ¿si no se continuara en la sentencia esta reserva? Tambien entonces podria intentarse la demanda de propiedad, en nada obstante lo fallado en el juicio posesorio, segun la l. 14. §. ult. D. *de except, rei jud.* y lo anot. por Bart. á la ley 12. §. 1. D. *de adquir. posess.* donde trata tambien de los efectos que produciria la sentencia proferida en méritos de un juicio posesorio que participase de la naturaleza del de propiedad.

(530) V. Specul. tit. *de sentent.* §. *ut autem,* col. 8. y 9., donde dice que bastará que declare el juez de apelacion que la sentencia apelada es injusta y la apelacion legítima, para que se entienda aquella revocada y declarado lo contrario de lo que en la misma se habia fallado; y lo funda en la l. 3. C. *de sentent.* pareciendo confirmarse lo mismo por la presente ley. V. la Glos. y DD. á la l. 6. princ. C. *de appell.* y V. nota 534 de este tit.

(531) Segun esto, pues, á los Jueces de

trar, e razonar ante Nos; e auido consejo con omes buenos, e sabidores de derecho: Judgando dezimos: Que Don Marin judgo bien (532), e Gonçalo Ruyz se alço mal, e confirmamos la sentencia sobredicha de Don Marin. E si por auentura fuesse (z) toda la sentencia en razon de muchas cosas, e en algunas dellas judgasse el Juez bien, e en otras mal; entonce (533) deuen dezir los Juezes que judgaren la alçada: Porque fallamos que en tal razon que el Alcalde Don Marin judgo como deuia; porende dezimos, que Gonçalo Ruyz se alço mal, e el Juez sobredicho judgó bien. E otro si, porque fallamos, que sobre tal cosa se agrauio Gonçalo Ruyz en su derecho; porende judgando dezimos, que quanto en aquella cosa judgo mal (534) el Alcalde, e Gonçalo Ruyz se alço bien.

LEY 111. *Por quantas razones los Preuilejos, e las Cartas pueden desechar los omes con derecho, que non sean valederas.*

Las formas, e las maneras de los preuilejos, e de las cartas que se fazen en la Corte del Rey, e las otras de los Escriuanos publicos, auemos mostrado assaz cumplidamente en las leyes de suso dichas. Agora queremos aqui decir, de las razones por que los preuilejos, e las cartas se deuen desechar con derecho delante los Judgadores, e son estas. La vna es, si la carta fuere atal, que non se pueda leer (535), nin tomar verdadero entendimiento della. La otra es, si fuese raida (536), o ouiere letra canmiada, o desmentida en el nome de aquel que manda fazer la carta, o que la da, o del que la recibe, o en el tiempo del plazo, o en la quantia de los marauedis, o en la cosa sobre que es fecha la carta, o en el dia, o en el mes, o en la era, o en los nomes de los testigos, o del Escriuano, o en el nome del lugar do fue fecha. (a) Pero si la raedura, o la letra fue fecha, o canmiada, o dexada por yerro del Escriuano, o fuere en otro lugar de la carta, que non se can-

(z) dada Acad.

(a) Pero si la raedura o la letra deshecha o camiada, o dexada por yerro del escribano fuere en otro logar en la carta que non sea destos sobredichos et que non se camie por hi la razon o que non deba dubdar en ella el Judgador o otrome sabio que non fuese fecha a mala parte, decimos que non debe seer desechada porende. Acad.

apelacion, en el tiempo en que se formaron las Partidas, se les llamaba tambien Oidores, como en el dia.

(532) Y ¿si en la sentencia de vista no se espresa que sea justa ó injusta la apelada? Tambien bastará que esto se haga por medio de palabras equivalentes, aunque tampoco se esprese que se ha apelado bien ó mal, segun Paul. de Castr. consil. 16. vol. 1. que empieza *si ponderentur*, y lo prueba asimismo la l. 102. §. 1. D. *de solut.* l. 20. D. *judic. solv.* y l. 38. D. *de minor.*

(533) Añad. cap. *Rainutius.* 16. *de testam.*

(534) Cuando la sentencia apelada hubiere sido condenatoria y la de apelacion absolutoria, puede esta última estenderse en los terminos propuestos por nuestra ley aqui: pero cuando al contrario, la sentencia apelada hubiere sido absolutoria, no le bastará al actor apelante que aquella sea revocada simplemente en dichos términos, pues con ellos nada quedaria declarado que pudiese pedirse fuese llevado á ejecucion: y asi deberia entonces condenarse al reo espresamente, como dice muy bien Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de sentent.* §. *ut autem.* col. 7. versic. *in judice,* donde refiere las varias opiniones que ha habido sobre el particular, y lo mismo sostiene Bart. á la l. 20. princ. D. *judic. solv.* cuya opinion viene, al parecer, confirmada por la l. 27. tit. 23. de esta Part. contra lo que pretende Bart. á la l. 6 C. *de appell.* añadiendo que asi opinan comunmente los DD., esto es, que basta en dicho caso que el Juez de apelacion declare que la sentencia apelada es injusta y legítima la apelacion, para que se entienda condenado el reo que habia sido absuelto en primera instancia. Lo propio pretende la Glos. allí, contra lo que dice la misma á la l. 97. D. *de legat.* 3. y tambien Paul. de Castr. allí, el cual, empero, aunque no muy esplícitamente, añade ser necesario que se declare ademas que el reo es deudor de la cantidad reclamada, Alber. y Salic. lugar citado adoptan tambien la opinion de la Glos. á d. l. 6. la que en efecto parece ser la mas comun: bien que creo mas conveniente el que se condene espresamente al reo, sobre todo atendido lo que establece d. l. 27. donde dice: *mejore el juizio, e judgue el principal.* Y cuando la sentencia del inferior resultare nula ¿en cuáles términos deberá declarársela tal? V. Alber. á d. l. 6. princ. col. 3. y Bart. á la l. 23, §. 1. D. *de appell.* *V. lo anotado á d. l. 27. tit. 23 de esta Part.

(535) L. 1. D. *de his. quæ in test. delent.* y añad. cap. *inter dilectos* 6. y cap. ult. *de fid. instr.* y Specul. tit. *de instr. edit.* §. *instrumentum.* col. 4. versic. *item excipitur,* y V. tambien la l. 114. de este tit. que empieza *valer deuen.*

(536) Añad. cap. *ex litteris* 3. *de fid. ins-*

mie por y la razon, o que non deua dubdar en ella el Judgador, o otro ome sabio, que fuese fecho a mala parte; dezimos que non deue ser desechada porende (537). Otrosi de-

trum. Specul. tit. *de instr. edit.* §. *restat.* princ. l. 44. de este tit. y Part. con lo anotado allí y l. 12. tit. 1. de esta Part.

(537) *Digno es de notarse el diverso sentido que ofrece esta cláusula de la presente ley, tal como la hemos tomado de la edicion de Greg. Lopez, ó tal como se lee en la de la Academia de la historia, segun la variante que oportunamente dejamos anotada. Entrambos textos están conformes en declarar nulas y de ningun valor las escrituras, cuando en alguna parte esencial de ellas hubiere raspaduras ó enmendados (esto es, no estando esos defectos salvados debidamente, pues si lo estuvieren en la forma prevenida por las leyes, es lo mismo que si no existiesen): asimismo lo estan en que no son nulas las escrituras, cuando los espresados vicios recayeren en alguna parte de ellas no esencial, ó no alteraren el sentido en lo sustancial del acto, en la data del mismo, en los nombres de los otorgantes, ni en los de los testigos ó el escribano. Pero, segun el texto de Gregor. Lopez, podrá haber casos en que se sostenga una escritura, á pesar de ser viciada en parte esencial; esto es, cuando el vicio proceda de *yerro del escribano;* de cuyo caso, en dicho texto se forma una especial escepcion, separándolo con la partícula disyuntiva del en que los vicios de la escritura afecten una parte secundaria y no sustancial de la misma: al paso que, segun la edicion de la Academia, podria llegarse á creer que ni aun esto último fuera bastante para la validez de una escritura viciada, sino que seria necesario que concurriesen las dos circunstancias de no recaer los vicios en parte esencial y de proceder de *yerro del escribano,* y no de otra causa distinta, como, por ej., de alteraciones que hubiese hecho un tercero en la escritura despues de firmada y cerrada. De tan importante discrepancia se hace cargo D. Joaquin Escriche en su Diccionario razonado, tomo 2. pags. 468 y 469, pero limitándose á llamar sobre ella la atencion y sin indicar las causas que pueden haberla producido, ni cuál de los dos textos haya de tenerse en ese particular por mas legítimo y autorizado. Por nuestra parte nos limitaremos tambien á observar, en primer lugar, que á mas de a que nos sirve de texto, (es la de 1829), hemos consultado otras ediciones del mismo Greg. Lopez, (las de 1611 y 1789), y todas las hallamos conformes con la primera en el pasaje que nos ocupa; en segundo lugar, que el texto de la Academia está tambien conforme con el de los diferentes códices que se tuvieron á la vista para su publicacion y cuyas variantes todas se indican en aquella edicion oportunamente, sin que haya una sola anotada en todo el texto de la presente ley: y en tercero y último lugar, que, si bien dicha edicion de la Academia tiene un carácter oficial; pero no menos lo tiene la de Greg. Lopez; pues en la Real órden de 8 de Marzo de 1818, por la que se mandó publicar la primera, se dice que «se la autoriza para que se use de ella en los tribunales *indistintamente* y como se usa de la publicada por el Lic. Greg. Lopez;» de suerte que por la publicacion de la Academia no disminuyó la autoridad de la del Glosador, sino que dejó de ser esclusiva, como lo habia sido hasta entonces y desde su primera aparicion en 1555. Por lo demas, y pasando á la comparacion razonada de los dos textos variantes, no vemos de una parte, motivo plausible por el cual haya de sostenerse una escritura, aunque viciada en parte esencial y solo por el hecho de proceder el vicio de yerro del escribano, como resulta de la edicion de Greg. Lopez; ni, al contrario, nos parece justo que un defecto indiferente y no sustancial sea causa de nulidad, por proceder de otra ocasion cualquiera que no sea yerro del escribano. Pero tampoco creemos que eso último esté en el espíritu de la ley, aun adoptándose la letra de la edicion de la Academia; antes bien nos inclinamos á pensar que en ella se señala el yerro ú omision del escribano en salvar las enmiendas, como la causa mas comun y natural de semejantes defectos, y no con el ánimo de escluir las demas ó de establecer que, no procediendo de la primera los vicios de la escritura, aunque no sustanciales, haya de anularse aquella: y en este sentido nos parece mas lógica y consecuente la disposicion que resulta del texto de la Academia, es decir, la de que los vicios no salvados debidamente anulan las escrituras ó dejan de anularlas, segun que recaen ó no en parte esencial de las mismas y sea cual fuere la causa ú ocasion de que procedan. Es verdad que de esta suerte los intereses de los que otorgan una escritura, en lo que dependan de la autenticidad de aquella, vendrán á quedar pendientes de la pericia ó impericia, y si se quiere, de la buena ó mala fe del escribano; pero tambien lo es que de todos modos habrian de quedarlo tambien de otras causas no menos eventuales, como de las alteraciones que haga un tercero, sin noticia del escribano, en la escritura firmada ya y cerrada: de modo que, discurriendo asi, podria hasta llegar á sostenerse que los vicios

zimos, que si la carta es sopuntada, o testada en los lugares sobredichos, o rota (538), o tajada de manera que la tajadura tanga en las letras, es sospechosa (539) porende, e non deue ser creyda; fueras ende, si aquel que la aduze quisiere prouar, que fue fecho sin su agrado por fuerza de otro, o por ocasion. Otrosi, quando la carta fallaren que se desemeja en la letra con otras de las en que fuesse escrito el nombre del Escriuano que dice en ella que el la fizo, non deue ser creyda; fueras ende, si vieren omes buenos, e conoscedores de letra, que juren primero que digan verdad, e dixeren, que aquella desemejança es por razon de la tinta (540), o del pargamino, o del tiempo en que fue fecha, mas que la materia de la letra es una, assi como adelante mostramos. Otrosi es sospechosa la carta, en que dizen los testigos, que ellos con sus manos escreuieron en ellas sus nombres; e que semeja la letra del uno con la del otro, de manera que parezca, que todo fue escrito de una

de una escritura, aunque esenciales, no ocasionasen la nulidad de la misma, con tal que otramente pudiese averiguarse su primitivo y genuino contenido. Esto, sin embargo, seria contrario á la terminante disposicion de la ley; la cual, aun segun el texto de Greg. Lopez, establece que se *deuen desechar con derecho* las escrituras viciadas en parte esencial, esceptuando tan solo el caso de proceder aquellos vicios de yerro del escribano: escepcion, en nuestro concepto, inmotivada y por lo tanto insostenible, pero en el indicado texto tan espresamente consignada, que, por razon de ella, como hemos dicho, creemos preferible el de la Academia. El que los intereses de los particulares queden, hasta cierto punto, á discrecion del escribano, es una consecuencia necesaria de la institucion del oficio, mas bien que de las disposiciones legales en determinados casos. Considerados los escribanos como depositarios de la fe pública, la ley les exige ciertas garantías por los trascendentales perjuicios que pueden ocasionar abusando de su oficio, y les conmina severas penas, si, en lugar de ser guardianes de los intereses que se les han confiado, se convierten en defraudadores de los mismos, y si por dolo ó culpa dan ocasion á que se cometan falsedades. Pero la ley no puede reconocer como auténtica una escritura en que aparezcan alteraciones ó enmiendas esenciales no salvadas oportunamente por el escribano: ni de hecho es posible por la propia escritura venir en conocimiento de si aquellas enmiendas se han puesto allí con conocimiento de las partes y dejando de anotarlas el escribano por inadvertencia, ó si las ha puesto el escribano despues de cerrada la escritura y sin conocimiento de las partes, ó alguna de estas sin conocimiento del escribano, ú otro tercero sin conocimiento del escribano ni de las partes. Podrá suceder que los interesados reconozcan de comun acuerdo, la legitimidad de las enmiendas aunque no salvadas, ó que manifiesten querer estar al primitivo contesto de la escritura, siendo inteligible, aunque alterado; pero en tales casos no será la escritura viciada la que tendrá fuerza de prueba, sino la conformidad de las partes que equivaldrá á una verdadera ratificacion. Podrá suceder tambien que se averigüe el motivo de los defectos de la escritura y que se justifique el originario y genuino contenido de la misma: pero tampoco entonces, será la escritura la que haga prueba; antes bien su incierta autenticidad será substituida por esas nuevas justificaciones que patentizarán cual fuese el hecho consignado en el instrumento vicioso é ineficaz: porque (y esto conviene tenerlo muy presente) la ley, cuando anula la escritura viciada, no anula el acto para cuya autenticidad se habia aquella otorgado; ni escluye las otras especies de prueba que para justificarlo pueden aducirse: á menos que se tratare de alguno de aquellos actos para cuya validez se requiere esencialmente que sean otorgados mediante escritura; en cuyo caso y aun en todos los demas, podrán los interesados, cuando lo permita la naturaleza de la escritura, exigir una copia original de ella en el acto mismo de su otorgacion, para que conste asi la ilegitimidad de las enmiendas que en lo sucesivo se hicieren en la matriz. Cuando, empero, esto no sea posible, como en los testamentos, (y lo mismo debe decirse en órden á las enmiendas no salvadas oportunamente por el escribano,) todo dependerá de la pericia y buena fe de este último, el cual será siempre responsable, respecto de los otorgantes, de su omision en no salvar las enmiendas acordadas y de su descuido en permitir que se hicieran alteraciones en la matriz ó protocolo con posterioridad á la otorgacion de la escritura.

(538) V. l. 12. tit. 1. de esta Part.

(539) Añad. l. 24. C. *de probat.* y entiéndase que es sospechosa la escritura, tan solo cuando concurran en ella los vicios que se espresan en la presente ley; pues no bastaria para que lo fuese una informalidad ó vicio cualquiera, segun Specul. tit. *de instr. edit.* §. 1. versic. *et nota quod tabellio*, col. 5. y Paul. de Castr. consil. 19. vol. 1. que empieza: *supradictæ exceptiones*, col. 3.

(540) V. *Novell.* 73. princ. *collat.* 6. y l.

mano (541): ca non puede ser, que semeje tanto la letra del vn Escriuano, (*b*) como del otro, porque non aya alguna desemejança en ellos: e por esto non vale. Otrosi non vale carta publica, en que non sea escrito el mes, e el dia (542), e la era en que fue fecha, e los nomes de dos testigos a lo menos, que sean escritos y de sus manos mismas, o (543) de mano del Escriuano publico que fizo la carta publica, segun costumbre de la tierra. Otrosi, quando alguna de las partes aduze dos cartas en juyzio, que contradiga la vna a la otra en un mismo fecho, non deue valer ninguna dellas (544), porque en su poder era, de aquel que las mostro, de amostrar aquella que ayudava a su fecho, e non la otra.

(*b*) con la del otro, que non haya hi alguna desemejanza entre ellas. Acad.

LEY 112. *Como los Judgadores deuen ser acuciosos, en saber escodriñar los engaños que fazen los omes malos en las Cartas.*

Tantos son los engaños que los omes malos e falsos punan de fazer en las cartas, que si el Judgador non fuere mucho acucioso en saberlos buscar, e escodriñar, que podrian ende venir grandes daños. Mas para guardar esto, dezimos, que quando alguno aduxere carta en juyzio, para prouar lo que demanda, o para defenderse, que la deue mostrar al Al-

118. de este tit. que empieza: *desechar queriendo.*

(541) Nótese esto, á tenor de lo cual debe atenderse mucho al carácter de las letras en que esten estendidos cualesquiera documentos, y examinar en los actos ó providencias judiciales suscritas por el Juez y el escribano si las firmas de este son de una misma letra que las de aquel; pues por esta sola razon he visto redargüirse de falsedad algunos documentos.

(542) V. Glos. á la l. 3. C. *de tabular.* y Abb. al cap. 1. *de fid. instrum.* y al cap. *imputari*, d. tit. y Specul. tit. *de instrum. edit.* §. 1.

(543) *Segun esto, pues, no será necesario que firmen la escritura los testigos instrumentales, como quedaba prevenido que lo hiciesen por la l. 54. de este tit. y Part., en la cual, no solo se exige la presencia de dos escribanos por testigos, á mas del que recibiere la escritura, ó en falta de ellos, la de *tres homes bonos por testigos*, sino que se añade espresamente que estos *escriban hi sus nomes.* Dificil es determinar cuál de dichas dos disposiciones ha de prevalecer á la otra; si bien es creible que por la presente ley, mas bien que derogar la 54 y establecer que pudiese absolutamente prescindirse de las firmas de los testigos instrumentales, se habria querido sin duda prevenir el caso de ser aquellos personas rústicas ó que no supiesen escribir, los cuales, y no otros, estuviesen dispensados de firmar, sin que su incapacidad de hacerlo les escluyese de ser testigos. En la práctica, sin embargo, no suelen firmar los espresados testigos, aunque sepan hacerlo; costumbre que no creemos conveniente ni muy conforme, por lo dicho, con el espíritu de nuestras leyes; por mas que la autorice, en cierto modo, la letra de la presente, que deja libre la alternativa de firmar los testigos ó dejar de hacerlo *segun costumbre de la tierra.*

(544) Conc. l. 14. C. *de fid. instrum.* y cap. *imputari* 13. d. tit. deduciéndose de lo dicho aqui que el no hacer fe una ni otra de las escrituras contrarias tendrá lugar, cuando sean entrambas producidas por una misma parte; mas no, si lo fuesen por diferentes. como lo declara Bart. á la. l. 47. D. *de legat.* 2.; donde puede verse tambien lo que deberia decirse, cuando una de dichas escrituras fuese la original matriz ó protocolo y la otra una copia, y cuando se produjesen dos copias de un testamento libradas en el mismo dia y en las cuales se hiciesen á un mismo sujeto dos distintos legados de cantidad, V. Bald. á la l. 19. col. 9. C. *de furt.* vers. *scius tamen*, donde opina que en este último caso deberia prevalecer el legado de menor cantidad, y funda esta opinion en d. l. 47. añadiendo que cuando de las dos copias de un mismo documento aparece la una raida, no merece por esto menos fe la que no lo sea, V. al mismo allí. Y ¿qué seria si las dos escrituras producidas no fuesen contrarias, sino mas formal la una que la otra? Entonces deberia prevalecer la mas formal, segun Bart. adiciones á Specul. tit. *de procurat.* Y ¿si apareciesen dos distintas escrituras de colacion de un beneficio hecho en el mismo dia á favor de distintos sujetos, y en una de ellas se espresase la hora en que se hubiese hecho, y no en la otra? Parece que deberia prevalecer la primera como mas completa, segun lo que espresa Felin. al cap. *pastoralis*, *de rescript.* añadiendo que asi lo habia declarado contestando á una consulta, Barth. Socin. el cual lo refiere asimismo á la l. 1. col. 2. D. *solut. matrim.* citando á Juan de Plat. á la l. 1. C. *de jur. fisc.* y á Bald. á la l. 13. C. *de donat. ante nupt.* V. Bald. á la l. 1. col. 2. C. *quando provoc. non est necess.* y en sus

calde, e dar traslado de ella al contendor (545), si lo demandare. Empero en el traslado della, que le dieren, non deuen y poner el dia (546), nin la AEra, nin el lugar en què fue fecha; nin los nomes de los testigos, ante quien fue fecha; fueras ende, si aquel que el traslado demandare, dixere que la carta es falsa, e que lo quiere prouar. Ca si por tal razon lo pidiere, entonce todo el traslado (547) della le deuen dar cumplidamente; jurando

adiciones á Specul. tit. *de appell.* col. 20. donde trata del caso en que se presentasen dos sentencias contrarias proferidas en un mismo dia; y otras muchas declaraciones y limitaciones sobre lo dicho aqui, pueden verse en Felin. á d. cap. *imputari.*

(545) Entiéndase cuando lo pidieren para su defensa, pues no deberia facilitársele documento alguno, si lo pidiese para el objeto de poner alguna acusacion ó demanda contra el que lo hubiese producido, segun Bart. á la l. 7. D. *de admin. tut.* col. ult. en cuyo caso no debe exhibírsele todo el documento íntegramente, sino tan solo aquella parte del mismo que pueda serle útil.

(546) Conc. l. 1. §. 2. D. *de edend.* y l. 2. §. 6. D. *testam. quemadm. aper.* y lo dispuesto por nuestra ley es conforme al parecer de Azon, del que habla la Glos. á. d. l. 1. §. 2. bien que los nombres de los testigos y el lugar donde haya sido hecha la escritura no deben dejar de manifestarse, V. Bald. á la l. ult. col. pen. C. *si ex fals. instrum.* y Jas. á d. l. 1. §. 2. hácia el fin.

(547) Conc. l. ult. C. *de fid. instrum.* y nótense estas palabras de la ley: *dixesse que la carta es falsa,* por las cuales se ve no ser necesario manifestar en cuál de las partes de la escritura existe la pretendida falsedad, sino que basta decir simplemente que se la quiere redargüir de falsa, segun Bald. despues de Cyn. á d. l. ult. contra la Glos. á d. l. 1. §. 2. D. *de edend.* y asi se observa en la práctica, conforme á lo dispuesto en el cap. 11. de las ordenanzas de Madrid (l. 2. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.) y no se exige que el que quiere redargüir de falsedad una escritura se sujete á la pena del talion, mientras accione para ello civilmente, segun Paul. de Castr. á d. l. 1. §. 2. porque la citada l. ult. habla solamente del caso en que se hubiere intentado accion criminal, como es de ver en la Glos. allí. Sin embargo de esto, cuando el Juez conociere que a falsedad se opone maliciosamente, puede olbligar al que la ha opuesto á sujetarse á una pena estraordinaria, segun Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *videndum.* vers. *facienda*; y se acostumbra en la práctica llamar personalmente á la presencia del Juez ante quien vierte la causa á los testigos ministrados para probar la falsedad. Hay ademas otro caso en que se debe exhibir la escritura con espresion del dia y año en que fue otorgada, esto es, cuando aquel contra quien haya sido producida, no pueda venir en conocimiento de si aquella le perjudica ó no, sin tener conocimiento de la fecha; como sucede cuando un acreedor mas antiguo acciona por razon de la hipoteca contra el mas moderno, ó cuando es imposible saber el dia en que se ha hecho el pago sin saber el dia en que se ha otorgado la escritura, segun Paul. de Castr. á d. l. 1. §. 2. Adviértase tambien que en las escrituras ó documentos privados debe indistintamente manifestarse el dia en que han sido otorgados, segun la Glos. y Bald. á la l. 14. glos. ult. C. *de contrahend. vel committ. stip.* y añad. Bald. al cap. *contingit. de fid. instrum.* donde advierte notablemente que las letras ó ejecutorias de los Príncipes deben tambien exhibirse siempre con espresion del dia y año en que han sido espedidas, porque, como estas no pueden ser impugnadas por medio de testigos, tampoco es posible prevalerse de saber la fecha para redargüirlas de falsedad, y asi cesa la razon por la cual en d. l. 1. §. 2. se prevenia que se produjesen las escrituras sin espresar el dia ni el año, y V. la Glos. á la l. 2. §. 6. D. *testam. quem. aper.*: y por esto mismo añade allí el citado Bald. y dice ser digno de notarse que, á pesar de lo dicho, es necesario manifestar la fecha de las escrituras que se producen, siempre que estas sean tales que no pueda impugnárselas por medio de testigos. *Concuerda con la presente ley la 2. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec. la cual previene asimismo que se dé traslado de las escrituras presentadas, á la parte contra quien se produjeren, pero *con tanto que el traslado sea simple y sin dia, mes y año;* á menos que se alegue la falsedad de dichas escrituras, en cuyo caso dispone tambien la misma ley que *le sean mostrados los originales á cualquiera de las partes que los quisiere ver y á su procurador y letrado, y le sea dada copia con dia, mes y año, para que alegue de su derecho.* La l. 9. tit. 20. lib. 2. de la Recopilacion de la cual fueron literalmente tomadas las citadas disposiciones continuadas en la Novísima, espresábase en seguida en estos términos: *porque de no se aver hecho, la esperiencia ha mostrado que se han hecho muchas veces fingidamente las escrituras perdedizas.* Mas, como en el dia no se entregan los procesos á las partes, sino por medio de sus procuradores, y son estos y los letrados, en su caso, responsables de la custo-

(548) primeramente, que cree, que aquella carta es falsa, e que non dize esto maliciosamente. Otra razon ay, porque deue ser dado el traslado cumplido, maguer no quisiesse prouar que la carta era falsa. E esto seria, quando alguno viniese en juyzio, como Personero (549) de otro, o como Guardador de huerfano, a quien demandase traslado de la carta de la personeria, o de la guarda de aquel en cuyo nome quisiesse demandar, o defender. Ca atal carta como esta deue toda ser escrita en el traslado, con la AEra, e con todas las otras cosas: porque lo que fuese fecho en el pleyto, non pueda venir en dubda, negando el otro despues, que non era Personero, nin Guardador de aquel, por quien razonaua. Esso mismo dezimos, que quando alguna de las partes vsasse en juyzio de alguna sentencia, o mandamiento, o otra escriptura alguna de aquellas que llaman actos (550), que fuesen fechas sobre algun pleyto delante el Judgador. Ca el traslado de tales escrituras como este, deue ser dado cumplidamente a la parte que lo pidiere, porque son comunales de amas las partes, e non puede en ellas ser fecho engaño tan ligero, como en las otras escrituras.

LEY 118. *Por que razon non deue ser dado el traslado de todo el Preuillejo, o de todo el Testamento, o de toda la Carta.*

Acontece a las vegadas, que aduzen los omes en pleyto preuillejo, o otra carta publica, o testamento, en que ha muchas cosas, o muchos derechos departidos que pertenecen a muchas cosas. E aquel que lo aduze, quiere vsar, e aprouecharse de lo que le pertenece a el tan solamente, e non quiere mostrar todo su pre-

dia y restitucion de los mismos, á tenor de lo prevenido en la l. 9. tit. 24. lib. 5. Nov. Rec. ha cesado todo peligro de fraudulenta ocultacion y por consiguiente la razon que tenia la ley para no comunicar los documentos sino por copia; de donde deriva la espresion vulgar en el lenguage forense de *conferir traslado* por mandar la comunicacion de la demanda ó proceso, como oportunamente observa el conde de la Cañada, Instit. práct. de los Juicios civiles, parte 1. cap. 3. §§. 36. y 37. Asi es que ha dejado totalmente de observarse en la práctica el comunicar los documentos por copia; antes bien se entregan aquellos originales á la parte contra quien se han producido, habiendo por consiguiente caido tambien en desuso la otra disposicion de nuestras leyes, ó sea la de no revelar las fechas de las escrituras, á menos de haberse protestado y jurado que quieren estas redargüirse de falsas. Se observará tal vez que con lo dicho no queda todavía desvanecida la otra razon indicada por el glosador en la presente nota, esto es, la de que, prevaliéndose de saber anticipadamente la fecha de la escritura la parte contra quien se hubiere producido, podrá ser mas fácilmente inducida á alegar la falsedad de aquella y á tratar de probarla por medio de testigos perjuros. Pero semejante razon, que la ley no espresa, es muy dudoso que verdaderamente hubiese sido la de la disposicion citada, porque con esta no hubiera conseguido la ley su objeto, y sí solo coartar inútilmente la defensa á los litigantes de buena fe. El que, sin reparar en los medios, quisiese impugnar á todo trance la legitimidad de las escrituras contra él producidas, no esperaria haber visto las fechas para decir que son falsas, sabiendo que le basta alegar la falsedad, para que deban aquellas manifestársele y comunicársele íntegramente: y al contrario el que, procediendo con lealtad y conciencia, tratara de valerse tan solo de los medios legítimos de defensa, ¡cuántas veces, no solo en los casos que esceptua aqui Greg. Lopez, sino en todos los demas que pudieran ocurrir, se veria privado de defenderse con la debida latitud, si no se le permitiese enterarse de las fechas de las escrituras, con que se le ha demandado, ó escepcionado su demanda! Por estas razones, pues, es de aplaudir, á menos que algunas circunstancias particulares aconsejen obrar de distinta manera, la práctica universalmente adoptada de comunicarse á las partes los procesos y documentos originales, á pesar de ser directamente contraria á lo prevenido en la presente ley de Partida y á la citada l. 2. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.

(548) Conc. d. l. ult. C. *de fid. instrum.* y dd. Ordenanzas de Madrid (d. l. 2. tit. 7. lib. 11. Nov. Recop.) y este juramento, que es propiamente el llamado de malicia, se exige, aunque antes se haya prestado el de calumnia, segun Abb. al cap. *accepimus.* col. ult. *de fide instrum.*

(549) Pues, segun declara Ang. á la l. 1. § 2. D. *de edend.* es comun á todas las ese crituras de poder, ó de nombramiente de curador ó administrador el haber de producirse íntegramente; y lo mismo tiene lugar en los testimonios que se produzcan de sentencias ú otras actuaciones judiciales, como se añade tambien hácia el fin de la presente ley.

(550) Conc. d. l. 2. C. *de edend.* y Glos. á d. l. 1. § 2. D. d. tit. lo cual debe tener-

uilejo (551), o todo su testamento. E porende mandamos, que si pidieren traslado del preuilejo, o de la carta, o del testamento, que en tal caso como este non sea tenudo de gelo dar todo (552), si non en quanto a el pertenezca, o del lugar en que se quiere ayudar en juyzio, e non en las otras que dize en el; fueras ende, si la otra parte quisiesse dezir contra todo el testamento, o contra toda la carta, que es falsa.

LEY 114. *En que manera las Cartas deuen valer, non auiendo en ellas algunas de las falsedades, o menguas que de suso son dichas.*

Valer deuen las cartas para prouar con ellas los pleytos sobre que fueron fechas, non auiendo en ellas algunas de las falsedades, o menguas que mostramos fasta aqui en las leyes deste titulo, porque pueden ser desechadas; mas aun, porque los omes sepan mas ciertamente quales son, queremoslas aqui mostrar. Onde dezimos, que si fuere sellada con sello del Rey (553), o de Arçobispo, o de Obispo, o de Cabildo, o de Abad bendito, o de Maestro deOrden de Caualleros, que deue valer contra aquel (554), que la mando sellar, para prouar aquello que en ella fue escrito. En essa misma manera (555), dezimos que deue valer la carta que fuere sellada de sello de Conde, o de Rico ome que aya Seña, o de Concejo. E aun dezimos, que toda carta que sea fecha por mano de Escriuano publico, en

se presente, porque lo previene muy terminantemente nuestra ley aqui.

(551) Conc. cap. *contingit* 5. *de fid. instrum.* l. peñ. tit. 2. Part. 6. y añad. Bart. y DD. á la rubric. D. *de nov. oper. nunc.*

(552) Pero ¿deberá permitirse á la parte que lo pidiere el leer íntegramente todo el documento y ver si por las cláusulas que le preceden ó subsiguen está declarado el capítulo sobre el cual versa la cuestion? V. cap. *cum personæ, de privil.* y la Glos. allí vers. *integraliter*, donde se dice que deberá esto permitirse, pero pudiendo el juez hacer la lectura por sí mismo á la parte que la haya pedido, si creyere que el hacerla esta personalmente pudiese ser ocasion de nuevas disputas y cavilosidades, segun Bald. y Felin. despues de Hostiens. al cap. *contingit, de fid. instr.*

(553) V. lo anotado á la l. 1. col. 3. de este tit. debiendo notarse que los documentos sellados con el sello del Príncipe hacen fe hasta en beneficio del mismo Príncipe, segun Bald. despues de Ped. á la l. 7. hácia el fin C. *de probat.* lo cual empero, debe entenderse en el sentido que lo esplica Socin. consil. 120. col. 9. vol. 1. Y ¿si se perdiese el sello? V. Abb. al cap. *innotuit* col. 4. hácia el fin *de elect.*

(554) Conc. cap. *si quorumdam* 2. *de solut.* l. 26. D. *depos.* y Clement. 1. *de procurat.* Pero á favor de los mismos que los hubiesen sellado no valdrian semejantes documentos, si no llevasen otra garantía que la de dichosello, segun Inoc. y DD. al cap. *post cessionem, de probat.* y añad. Socin. consil. 120. vol. 1. col. 8. y 9. Y ¿en los negocios en que aquellos no pudiesen resultar perjudicados ni favorecidos? V. Abb. á d. cap. *post cessionem* y añad. la notable decision 22, nuevas decisiones de la Rota, donde se declara tambien que el sello del Obispo no hace fe en las causas propias del mismo. Y para que un documento auténtico haga fe contra el que lo ha sellado, ¿será necesario probar que el sello ha sido puesto con beneplácito del mismo? V. Alberic. á la l. 65. D. *de procurat.* donde distingue entre los documentos que tengan un sello público y los que lo tienen privado. Los primeros, dice, que hacen fe sin otra prueba; pero los segundos tan solo justificándose que han sido sellados con beneplácito de aquel cuyo es el sello; y da la razon, diciendo que los sellos públicos son mas conocidos y autorizados y por lo comun mejor custodiados que los de los particulares. Y para que tenga algun efecto lo dispuesto en nuestra ley aqui en cuanto indica que debe darse algun mayor crédito á los documentos librados con el sello de alguna de las personas que en ella se espresan, esceptuando, empero, el del Rey, deberia tal vez entenderse que estos últimos harian fe en perjuicio de los que los hubiesen sellado, aunque no se probase haberse puesto el sello con beneplácito de los mismos, dispensándose respecto de ellos semejante justificacion, por ser mas conocidos y autorizados los sellos de las personas referidas, por razon de la preeminencia de las mismas, y este parece ser, en efecto, el espíritu de la presente ley.

(555) Esto es, para el efecto de hacer fe contra aquel, cuyo es el sello, ó que lo ha puesto ó mandado poner: pero no contra los demas, como se ha dicho; y porque los sellos de los Condes y demas señores de quienes se habla aqui se consideran en la clase de sellos privados, segun Jacob. Butr y Bald. á la l. 22. C. *de Episc. et cleric.* donde añaden tambien que son tres las clases de sellos que se consideran cómo públicos, á saber, los de los Obispos, los de las ciudades y los de las universidades; y que todos los demas son pri-

que aya escritos los nombres de dos testigos a lo menos, e el dia, e el mes, e la era, e el lugar en que fue fecha, assi como de suso (556) mostramos; que vale para prouar lo que en ella dixere: esso mismo dezimos de la carta que non fuese fecha por màno de Escriuano publico, que seyendo ella escrita por otro, e firmada con dos testigos escritos con sus manos, deue ualer en vida, de aquellos que escriuieron y sus nomes; otorgando ellos (557), que assi fue fecho el pleyto como dize la carta. E esto se entiende, seyendo el pleyto atal, que se pudiese prouar con dos testigos. E aun dezimos, que si alguno faze carta por su mano, o la mando facer a otro, que sea contra si mismo, o pone en ella su sello (558), que puedan prouar contra el (559) por aquella carta, si la demanda fuere por razon de aquel mismo que fizo la carta, o la mando fazer; assi como de emprestido, que demanden, de pan, o dineros, o de otro mueble que se pueda contar, o pesar, o medir. Pero si aquel cuyo fuesse el nome, que fue escrito en la carta, lo negare, non deue ser creyda contra el; a menos que la otra parte prueue, que el la fizo, o por su mandado fue fecha (560). Mas si tal carta fue fecha sobre cosa señalada, assi como sobre vendida, o

vados. Mas ¿cuáles son los sellos llamados auténticos? V. Glos. al cap. 2. *de fid. instrum.* donde espresa que debe darse crédito á los documentos sellados con el sello de algun Príncipe seglar, siempre que asi lo haya introducido la costumbre, cap. *cum dilectus* 9. *de fid. instrum.* Añádase, ademas, que se consideran como públicos los sellos de cualquier Príncipe que sea soberano ó no reconozca superior, ó de cualquiera juez ordinario, segun Alberic. á la l. 65. D. *de procurat.*; y que, en consecuencia, á los sellos de los señores de quienes habla nuestra ley aqui, considerándose á estos como jueces ordinarios, se les daria crédito en los negocios referentes á su jurisdiccion y oficio, asi como se da crédito á las letras de los Obispos selladas con el sello episcopal, añad. Salic. á d. l. 22. versic. *sed fortè dici potest*, y l. 1. tit. 20. de esta Part. * A propósito de cuanto dice aqui el Glosador relativamente á los documentos auténticos, conviene tener presente que si los de esta clase que se produjeren en juicio, y aunque sean públicos, son librados ó autorizados en pais estrangero, no hacen fe ni prueba alguna, como no vayan acompañados de una certificacion del embajador, cónsul ú otro ministro representante de S. M. C. sobre la legitimidad y conformidad con las leyes y prácticas del pais en que dichos documentos se hubieren otorgado, y la traduccion de los mismos legalmente autorizada por la interpretacion de lenguas, Reales órdenes de 7 octubre 1783. de 30 junio 1837. y 14 setiembre 1841.; y por lo que hace á la autoridad y crédito que debe darse en juicio á los documentos sellados que suelen presentarse mas comunmente, como son las certificaciones dadas por los Ayuntamientos ó por los Curas Párrocos relativos á partidas de bautismos, entierros, pago de contribuciones, etc., y demas que se comprenden en la denominacion de auténticos, V. lo que espresa D. Joaquin Escriche en su diccionario razonado de legisl. y jurispr. tomo 2. pág. 463 y sigs.

(556) V. l. 54 de este tit.

(557) Y asi es muy poca la importancia de semejantes documentos, pues que toda su fuerza estriba en las deposiciones de los dos testigos, los cuales bastarian tambien sin los primeros, l. 12. D. *de testib.* y V. lo anotado á la l. 118. de este tit.

(558) Por lo que hace á la prueba que resulta de un sello privado, V. l. 2. y Glos. allí C. *de reb. alien. non alien.*

(559) Entiéndase en el caso de reconocer la escritura el mismo que la hubiere hecho ó mandado hacer, l. 119. de este tit.

(560) ¿Bastará, empero, que depongan los testigos haber presenciado la otorgacion de la escritura, aunque nada digan de los hechos contenidos en la misma? Bart. á la l. 31. col. 5. D. *de jurejur.* á la autent. *at si contractus* C. *de fid. instrum.* y á la l. 26. D. *de donat.* opina que de nada serviria semejante deposicion, porque podrian los testigos que la presentasen ser fácilmente engañados con otra escritura de letra semejante á la que ellos habian visto estender, no estando enterados de lo que se decia en la misma; y habiéndose limitado á presenciar la otorgacion de la escritura podrian fácilmente equivocarse tomando una por otra y dar ocasion á que se cometiese una falsedad: sobre lo cual V. estensamente á Socin. vol. 2. consil. 284. que empieza *in causa Dominæ Lisæ* col. 7. y parece dicha opinion espresamente confirmada por la *Novell.* 73. cap. 2. vers. *sed et si quis*, *collat.* 6. y Glos. allí, á la palabra *faciamus*: y lo propio sostiene Abb. al cap. 2. *de fid. instrum.* col. 2. En semejante caso, pues, deberia recurrirse á la comparacion ó exámen de la letra de la escritura presentada, el cual junto con la deposicion de los testigos probaria la identidad de la misma, segun el cap. 2. Novel. 73. No obstante, empero, lo dicho, Juan de

cambio de casa, o de viña, o de otra tal cosa, non vale para prouar con ella cumplidamente, como quier que faga alguna presuncion (561). E esto es, porque las cartas de tales pleytos (562) deuen ser fechas por manos de Escriuanos publicos, o de otros, seyendo firmadas por buenos testigos; porque falsedad, nin engaño non pueda ser fecho en ellas. Otrosi dezimos, que todo priuilejo, o carta de Rey, que fue fecha en la manera de como las vsauan (563) en vida de aquel Rey, de quien faze y mencion en ella, maguer non sea sellada, deue ser creyda en juyzio: porque fallamos, que algunos reyes fueron, que non vsauan sellar sus cartas, mas fazian en ellas sus signos. E maguer tales cartas, o ta-

Imol. á d. l. 26. y á d. cap. 2. *de fid. instrum.* pretende que la deposicion de los testigos, aunque se limiten estos á decir que han presenciado como se estendió la escritura, bastará por sí sola, con tal que aquellos den una razon de su dicho por medio de algun sentido corporal correspondiente y acomodado al acto de que se tratare. Lo mismo sostuvo, antes que d. Juan de Imol., Jacob. de Aren. á la l. 20. C. *de fid. instrum.* y, segun espresan los DD. pruébalo tambien lo dispuesto en el cap. 3. d. *Novell.* 73, y lo que se lee al principio de la misma; cuya opinion es adoptada igualmente por Alex. vol. 2. consil. 18. que empieza *in causa et lite vertente coram arbitris;* concluyendo, empero, los DD. allí que debe distinguirse de casos, y que, ó bien el que ha producido la escritura, empieza ofreciendo la comprobacion de la letra; y entonces no bastará esta, sino que será necesaria ademas la prueba de los testigos, en cuyo sentido debe entenderse lo dispuesto en dd. cap. 2. y 3.; ó bien habrá empezado por ofrecer las declaraciones de los testigos; y en este caso no habrá necesidad de comprobar la letra, cuya opinion parece poder fundarse en la presente ley y tambien en la l. 119 de este tit. Mas ¿bastarian en semejantes casos dos testigos? Abb. á d. cap. 2. dice que no bastarian, sino que serian necesarios tres, segun el cap. 1. de d. Novel. 73. y lo propio pretende Socin. en d. consil. 284., diciendo que asi lo indica tambien Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de instrum. edit.* § *nunc dicendum* vers. *primum* y Bald. á la rubric. C. *de fid. instrum.* Sin embargo de esto pretende Specul. allí col. 1. que, á tenor de lo dispuesto por derecho canónico, bastan dos testigos, y lo propio sostiene Alex. con respecto á los contratos cuya cuantía no esceda de una libra de oro; y creo que bastarian indistintamente, toda vez que no se halla prevenido en nuestras leyes de Partidas lo de los tres testigos; y por lo tanto debe creerse que para dicho efecto no han querido separarse de la regla general de que dos testigos hacen plena prueba, aun cuando estos se limiten á deponer que han presenciado como se estendia la escritura; sin que obsten á lo dicho las palabras de esta nuestra ley: *Otorgando ellos que assi fue fecho*: porque esto debe entenderse establecido con respecto á las escrituras de contratos sobre bienes raices, en las cuales no es estraño que se exija que los dos testigos instrumentales declaren los hechos contenidos en la escritura: pero si el contrato versare sobre cosas muebles y sujetas á peso, número y medida, por la frecuencia con que estos se celebran, y por la poca importancia de los mismos, procederá lo que antes se ha dicho, y parece confirmado por d. l. 119. de este tit. donde dice: *Otrosi dezimos.* Digno, empero, es este punto de mas detenida reflexion, y V. la presente ley mas abajo donde dice: *de tales pleitos* etc.

(561) V. Bart. á la l. 31. D. *de jurejur.* donde trata de las escrituras privadas, y Abb. al cap. 2. col. 3. *de fid. instrum.*

(562) Parece que por estas palabras de nuestra ley quiere hacerse alguna diferencia entre la escritura privada que versa sobre cosas muebles y fungibles, y la que versa sobre cosas ó bienes raices, estableciéndose que en el primer caso deba estarse á lo que resulte de la escritura, mientras no la niegue aquel contra quien se ha producido; pero no en el segundo, aun cuando no la niegue la misma parte: sin que baste entonces la comprobacion de la letra, ni aun siendo robustecida por la declaracion de los testigos, si estos no deponen, á mas de la otorgacion de la escritura, los hechos que en ella se contienen, como he dicho en la nota 560. O tal vez deba entenderse la presente ley en el sentido de que, siendo la escritura privada y versando el contrato que es objeto de ella sobre cosas fungibles, y negándola aquel que se dice habería hecho ó mandado hacer, hará con todo plena prueba, mientras los dos testigos continuados en ella declaren haber presenciado como se estendió; á diferencia de la escritura que versare sobre una venta ú otro contrato de bienes raices, la cual no hará plena prueba, sino que servirá solamente de alguna presuncion, aunque declaren los testigos, mientras estos no depongan tambien sobre los hechos contenidos en la misma, conciliándose asi las diversas y encontradas opiniones que, por derecho comun, ha habido sobre la materia.

(563) Nótese esto, y añad. cap. *cum dilec-*

les preuilejos fuesen viejos, o desatadas algunas letras en ellos, o fuesen roydos de mures, o de gusanos, o de otra cosa, o mojados de agua; solamente que se puedan leer, e tomar verdaderos entendimientos (564) dellos; non les empece, e valen assi como de suso mostramos (565). Pero si la parte contra quien son aduchos en juyzio, quisiesse prouar que eran falsos, o mostrare alguna otra razon, por que non deuiessen valer, deue ser oyda. E todo esto que diximos de los preuillejos, e de las cartas, que deuen ser creydas en juyzio, se entiende, quando aquel que se quiere aprouechar dellas, muestra la carta, o el preuillejo original, e non el traslado della. Ca si alguno quisiesse vsar en juyzio, para prouar su intencion, del traslado de alguna carta, o preuillejo, non deue ser creydo, a menos de mostrar el original, onde fue sacado; fueras ende, (c) si en este traslado fuesse autenticado, e firmado con sello del Rey (566), o de otro Señor, que deuiesse ser creydo, e fuesse sin sospecha.

(c) si este traslado fuese Acad.

tus 9. *de fid. instrum.*

(564) Nótese bien lo dispuesto aqui, á propósito de lo que refiere Bald. á la l. 1. D. *de his quæ in test. del.* col. 2. diciendo haber visto una escritura que tenia raida la mitad de su contenido hasta el estremo de no ser posible su lectura, pero que podia comprenderse su sentido á la ayuda de un entendimiento perspicaz: todo lo cual, con tal que provenga de una causa ó accidente posterior á la conclusion y perfeccion del documento, no impide que haga este plena prueba, cap. *inter dilectos* 6. y lo anotado allí *de fid. instrum.*

(565) V. l. 3. de este tit. Y ¿si un documento que se hubiese producido sin mancha ni vicio alguno, se manchase despues estando en poder del escribano actuario? En tal caso no deberia dársele por ello menos crédito, segun Bald. á la l. 12. hácia el fin C. *de testam.* y á la l. 30. d. tit.

(566) Añad. l. 44. de este tit. y autent. *si quis in aliquo* C. *de edend.* y cap. 1. *de fid. instrum.* y nótese bien que estan esceptuadas solamente las copias de documentos auténticas y selladas con el sello del Rey; pudiendo añadirse que, respecto de las copias de los documentos libradas judicialmente, no se exige la citacion de la parte, Abb. al cap. *ex parte, de privil.* y Felin. al cap. ult. col. 2. *de fid. instrum.* donde alega un dicho notable de Hostiense acerca las copias de documentos sacadas con la autoridad del ordinario y por mandato del Papa; pero sin que haya de entenderse, por esto, que para la copia de cualquier instrumento se exija de necesidad la autoridad del Rey; pues, como dice Abb. al cap. ult. *de fid. instrum.*, fundándose en el texto del mismo, si por alguna justa causa se pide que se saque una copia, bastará para ello la autoridad del Juez ordinario ó de su delegado: y asi deberá considerarse como una disposicion especial á los casos, como el de que se habla en la presente ley, la de que baste la autoridad Real para autentizar las copias que hayan sido sacadas sin justa causa, como la de la antigüedad del documento ó alguna otra de las que pueden verse en Abb. lugar citado: pero siempre deberá citarse la parte que tenga interes en el negocio, segun los DD. á d. cap. ult. y elegantemente Abb. al cap. *Albericus* col. 3. *de testib.* sobre lo que V. tambien la decision 10. Nuevas Decisiones de la Rota, y lo que notablemente espresa Paul. de Castr. vol. 1 consil. 202. que empieza *in causa confinium.* Nótese tambien que las copias sacadas ó tomadas judicialmente hacen plena fe, V. Bart. á la l. 57. D. *de admin. tut.* aunque se haya perdido el original, segun Bald. á quien puede verse, á la l. ult. col. 12. C. *de edict. Div. Adrian. toll.* y aun de semejantes copias pueden sacarse otras, como si fuesen el mismo original, Bald. á la l. 30. C. *de testam.* col. pen. bien que esto debe limitarse y entenderse en el sentido en que lo esplica Alex. á d. autent. *si quis in aliquo*, y consil. 112. vol. 4., debiendo añadirse que la copia de un documento prueba siempre contra el que la ha producido; V. Bald. á la l. 45. §. 5. D. *de jur. fisc.* Nótese asimismo que la copia prueba tambien cuando el que tiene en su poder el original no quiere exhibirlo, Bald. á la l. 2. C. *de testam.* y V. DD. á d. autent. *si quis in aliquo* y Juan de Imol. á la l. 2. §. 4. D. *quem test. aper.* col. 1.: y nótese finalmente que cuando el que pide la copia es el mismo que hizo el acto del cual fue otorgada la escritura original, hará entonces dicha copia plena prueba; sin que obste la l. 1. §. 4. ni lo que dice Bart. allí D. *de bonor. posess. secund. tab.* porque en esta ley se habla de una copia sacada, no con autoridad del Juez, sino por mano de un testador que ha escrito en dos ejemplares su testamento: mas cuando se tratase de una copia tomada ante el Juez y escribano, se daria á ella el mismo crédito que al original: y lo mismo seria aunque fuese tomada ante el escribano solamente, añad. Dec. á d. autent. *si quis in aliquo, fallentia tertia.* * V. lo dicho por D. Joaquin Escriche diccionario razonado de legisl. y jurispr. tom. 2. pág. 474. y sigs. §. 5. art. *Instrumento público*, donde

LEY 115. *Por quales razones las Cartas publicas, que aduzen las partes ante los Judgadores, deuen ser creydas, o por cuales non.*

Aduzen las partes muchas vegadas en juyzio antel Juez cartas publicas para prouar sus entenciones: e la parte contra quien vsan de la carta, dize contra ella, que non deue ser creyda, porque aquel que la fizo, e cuyo nombre esta escrito en la carta, non es Escriuano publico (567). E cuando atal contienda acaeciere, dezimos que el Judgador deue mandar,

rata muy por estenso de la prueba que resulta de las escrituras, segun sea la que se produzca la *matriz* ó *protocolo*, ó la *copia primera* llamada tambien *original*, ó bien un *traslado*, *ejemplar*, *trasunto* ó *testimonio por concuerda*: y por lo que hace á los requisitos necesarios, segun los casos, para habilitar una segunda copia por primera, y el modo como debe procederse á la espresada habilitacion, V. lo dispuesto en la l. 10. tit. 19. de esta Part. con lo anotado allí.

(567) Y cuando se haya negado, no solo la calidad de escribano del que se supone haber escrito ó autorizado el documento, sino tambien la identidad de la persona ó el hecho de ser él mismo el que realmente lo escribió deberán probarse las dos cosas, si es el negocio de grande importancia, como se previene aqui, y lo declara Bald. á la autent. *sed novo jure* col. 4. C. *de reb. cred.* siendo de notar que podrá impugnarse por los espresados motivos la escritura, aunque en virtud de ella haya satisfecho ya algunas pensiones el que tratare de impugnarla, segun Ang. á la *Novell.* 73. cap. 7. §. 1. *collat.* 6. ¿Qué deberá empero, decirse si se impugna el documento diciendo solamente que no es público ó auténtico? Parece que será lo mismo que si se impugnase diciendo que no es escribano el que lo ha autorizado, pues como se ha dicho á la l. 1. de este tit. escritura pública es la que ha sido hecha por mano de escribano; y asi, lo mismo es negar que un documento sea público, que negar la calidad de escribano en el que lo autorizó: pues á nadie, por titularse tal, se cree bajo su palabra, si no manifiesta en forma auténtica su despacho ó nombramiento, segun Inoc. al cap. 1. *de cleric. peregrin.* Bald. y Salic. á la autent. *sed novo jure* C. *de reb. cred.*, el mismo Salic. á la l. 2. C. *de fid. instr.* y Card. á quien puede verse á la Clementin. 1. col. 4. *de procurat.* Al contrario, empero, parece que no bastará negar en general que un documento sea público, sino que será menester alegar especialmente que no es escribano el que lo ha escrito ó autorizado, segun lo que se lee en nuestra ley aqui, y como parece inferirse de lo que, sobre el particular, espresan los DD. V. Bald. á d. autent. *sed novo jure* col. 2. vers. *deinde quæro*; cap. 2. *de fid. instr.* vers. *quod appareant publica* y Glos. allí, vers. *ratione suscriptionis*, indicando que todo documento se considera ser público por el mero hecho de estar suscrito por un escribano en calidad de tal. V. tambien lo que dice Bart. á la l. 1. D. *de except.* esto es, que las escepciones deben oponerse especificadamente y no en general. Con todo esto, creeria aun, que es mas verdadera la opinion antes espresada de que el negar á un instrumento la calidad de público y auténtico equivale á negar la calidad de escribano á aquel que lo autorizó: y pruébalo asi lo anotado por Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de instr. edit.* §. *restat.* col. 8. vers. *illud autem*, hácia el fin, donde dice que, á pesar de estar prevenido por las leyes que deba estarse á lo que resulte de documentos no cancelados, raidos ni viciados, pero que eso no procede cuando aquellos instrumentos son negados ó contradecidos. Lo que quizás no bastara, es el que se negase á un documento simplemente la calidad de auténtico, sin añadirse tambien la de público: y cuando esto se añadiese, si bien bastaria para entender que se negaba la calidad de escribano en el que se supusiese haber autorizado dicho documento, pero no para entender tambien negada la identidad de la persona; antes bien seria necesario que asi espresamente se alegase, cuando se quisiese impugnar una escritura, diciendo que la letra de ella no es verdaderamente de aquel que se supone haberla escrito. Tampoco quizás bastaria el negar en general que el documento sea público, cuando constase la calidad de escribano del que lo autorizó, segun parece indicarlo Bald. á d. autent. *sed novo jure* y Salic. á d. l. 20. col. pen. Mas de todos modos, creo que es lo mas seguro que el que ha producido la escritura impugnada, articule espresamente las dos cosas, á saber; que era ó es escribano y que verdaderamente escribió el documento, aquel que se supone en él haberlo escrito ó autorizado; á cuyo propósito V. lo anotado en Specul. tit. *de instrum. edit.* col. 2. y 3. y col. 7. vers. *et scias.* Y ¿si está ausente la parte contra quien se produce la escritura? ¿deberá entonces el Juez suplir la ausencia de aquella y hacer que se compruebe la legitimidad de la escritura en los términos que previene nuestra ley aqui, para el caso de estar la parte pre-

que aquel que muestra la carta en juyzio, si se quiere ayudar della, que lo auerigue (568), prouando (569) que aquel ome, que dize en la carta que la fizo, era Escriuano publico, *(d)* o que en el lugar, o fue fecha, estaua por Escriuano (570) publico, o era fama entre los omes de aquel lugar, que lo era, e vsaua de aquel menester. E prouando algunas destas razones, deue ser creyda la carta *(e)* en juyzio; mas si alguna dellas non pudiesse prouar, non deue valer (571), nin ser creyda en juyzio. E si por auentura el Escriuano publico, cuyo nombre fue escrito en la carta, viniesse ante el Judgador, e dixese que el non escriuiera aquella carta, deue ser creydo, e la carta desechada por falsa, *(f)* non prouando la parte el contrario. Mas si el otorgasse que verdad era que la escriuiera, e los testigos que fuessen escritos en ella, dixesen que non se acertaran y, quando el pleyto fue puesto, *(g)* nin otorgado de las partes assi como es escrito en ella; estonce dezimos, que si el Escriuano es ome de buena fama, e fallaren en la nota que es escrita en el registro, que acuerda con la carta, que deue ser creydo (572) el Escriuano, e non los testigos, e deue valer la carta.

(d) ó que en el logar do fue hecha estaba por escribano publico, et era fama entre los homes daquel logar etc. Acad.

(e) et valer como publica: mas si alguna etc. Acad.

(f) La cláusula que sigue hasta *E otrosi* falta en la edicion de la Academia.

(g) o que el pleyto non fue puesto nin otorgado de las partes asi como lo él escribio en ella etc. Acad.

sente y de negar dicha legitimidad? V. Card. á la Clementin. 1. *de procurat.* vers. 3. *quæro,* donde opina por la afirmativa, fundándose en que el Juez debe suplir la ausencia de las partes, no solamente en los puntos de derecho, sino tambien en los de hecho, l. ult. C. *de apell.* y autent. *qui semel* C. *quomod. et quand. jud.* y Glos. al cap. *bonæ, de postul. probat.*, de lo que infiere que las escrituras, asi como no hacen fe, cuando son producidas contra la parte presente, y esta niega su legitimidad, tampoco la harán cuando lo sean contra un ausente; y añade allí mismo que cuando la escritura versase sobre un negocio de poca importancia, deberia dársele crédito jurando su legitimidad la parte que la produjese, y V. el cap. 1. y lo anotado allí por Inoc. y DD. *de cler. peregr.*

(568) Y lo dispuesto aqui tendrá lugar, aun cuando sea conocido el escribano de quien se tratare, como parece quererlo esta nuestra ley, toda vez que no hace distincion alguna, á pesar de opinar lo contrario Azon *in summa* Novell 73. col. 2. vers. *sed quid. si proferatur. charta publica;* y acerca de si lo mismo procederá en los negocios judiciales con respecto á los escribanos conocidos, V. Alberic. á la l. 18. col. 1. *de probat.* donde dice que asi lo ha visto observarse en la práctica: lo contrario, empero, sostiene, y tal vez con mas fundamento Rodrig. Suar. repet. l. 56. fol. 143. D. *de re judic.*

(569) V. Bart. á la *Novell.* 7. cap. *alienationis, collat.* 1. y Alex. consil. 101. col. 1. y 2. vol. 4. donde trata del caso en que el documento en cuestion hubiese sido otorgado en tierras lejanas, ó que no fuese tal, que de él pudiese resultar perjuicio al que tratase de redargüirlo. V. Paul. consil. 13. col. 1. vol. 1.: y en órden al modo como debe entenderse y limitarse esta nuestra ley, V. al citado Rodrig. Suar. á d. repet. l. 56. fol. 143. col. 3. y 4. donde esceptua el caso en que se pudiese seguir muy poco é insignificante perjuicio, y el en que se tratase de un escribano públicamente conocido por tal.

(570) Nótense bien estas palabras: *estaua por escriuano publico*; porque con ellas queda resuelta la cuestion promovida por Martin Silla, de la cual trata Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de instr. edit.* §. *restat.* col. 8. vers. *illud autem* y V. tambien á Inoc. Juan Andr. y Abb. al cap. 1. *de fid. instr.* pudiendo tal vez decirse, atendido lo dispuesto aqui, que bastaria que, al tiempo de otorgarse la escritura, se hallase el que la autorizó en esa cuasi posesion del oficio de escribano, aunque no pudiese probarse que lo hubiese obtenido y desempeñado desde mucho tiempo: y en la presente ley parece aprobarse tambien la opinion de Inoc. á. d. cap. 1.

(571) Entiéndase esto; con tal que no se trate de documentos muy antiguos, segun Bald. á la l. 20. col. pen. C. *de fid. instr.*

(572) Conc. l. 21. C. *ad leg. Cornel. de fals.* y Glos. allí; y V. l. 31. C. *de donat.*: adviértase, empero, que esto tendria lugar solamente en el caso en que el que produjo la escritura no hubiese probado, de otra parte, la identidad de la misma: pues si lo hubiese hecho, por medio de los testigos instrumentales ó por otros en su defecto, y resultase asi justificado que verdaderamente fue el documento escrito ó autorizado por aquel escribano, entonces no se daria crédito á este, aunque lo negase, como se declara aqui, y lo indica Ang. á d. l. 21. probándolo tambien asi, el que, si en dicho caso hubiese de creerse al escribano, podria este negar maliciosamente ó quizás por soborno su identidad, y no habria medio de justificarla y ocurrir á su malicia; por cuyo motivo opinaba Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de instr. edit.* §. *postrem.* princ. adicion

E esto es, porque muchas veces contesce, que los omes son testigos de pleytos, de que non se acuerdan despues. Onde pues que la nota acuerda con la carta, e el Escriuano es ome de buena fama; razon es que sea creydo. Ca por eso escriuen los omes los pleytos, e las posturas, porque maguer aquellos que las fazen, (*h*) e los testigos, (573) ante quien fueren fechas, non se acordassen dellas, que fin-

(*h*) o los testigos Acad.

que empieza: *in fine*, que el hecho de negar el escribano haber él autorizado la escritura, no hace indistintamente que no haya de darse crédito á esta, porque podria tambien hacerlo con mala fe; sino que entonces debe dejarse al arbitrio del Juez el valor que deba darse asi á la misma escritura, como á la declaracion negativa del escribano. Y ¿si este no negase que hubiese autorizado la escritura, sino que dijese haberla autorizado falsamente? ¿deberá darse crédito á semejante manifestacion? V. lo que, acerca de esto, espresa notablemente Bald. 4. parte, consil. 252. que empieza: *postquam notarius*, diciendo que en tal caso deberia procederse á averiguar escrupulosamente la verdad del hecho, por medio de los testigos instrumentales ó de otra manera; y si aquella no pudiese averiguarse, no deberia darse fe á la mencionada escritura, por negar su autenticidad, el mismo que la habria autorizado; y refiriéndose el propio Bald. á la causa en que habia ocurrido ese incidente, aconseja á las partes que la transijan, por la duda que de allí podria originarse; V. al mismo allí.

(573) Añad. *Novell.* 73. cap. 7. §. 1. *collat.* 6. debiendo notarse lo dispuesto en esta ley; con lo cual parece aprobarse la opinion de Lanfran. Crem. referida por Juan Andr. al cap. *cum Joannes* col. pen. *de fid. instrum.* á saber, la de que, por medio de testigos, no puede probarse la falsedad de un documento, á menos que sea sospechoso por parte del mismo que lo hubiere otorgado ó producido; porque la memoria de los hombres es muy frágil, y generalmente los que sirven de testigos en la otorgacion de las escrituras no ponen tanta atencion en el contenido de las mismas, que deba creerse á sus dichos, mas bien que á lo que resulte del documento; cuya opinion comunmente desechada por los DD. á d. cap. *cum Joannes*, por Bart. á la l. 1. §. ult. D. *quem test. aper.* y por Bald. y Salic. á la l. 15. C. *de fid. instrum.* debe bien advertirse en qué términos resulta aprobada por la presente ley, pues en esta se habla del caso en que los testigos instrumentales contradicen la escritura, no solo por afirmar que ellos no intervinieron en la otorgacion de la misma, sino tambien cuando lo hacen confesando haber intervenido, pero negando que el negocio se hiciese, ó se otorgase el contrato del modo que resulta de la escritura. Adviértase tambien que lo dispuesto en esta ley tendria asimismo lugar, aun cuando se tratase de la contradiccion de los testigos instrumentales en alguno de los documentos en que son aquellos legalmente necesarios como en los testamentos; por lo que no procede lo que sostienen los DD. á d. cap. *cum Joannes*, á d. l. 1. §. 2. D. *quem test. aper.* y á d. l. 15. C. *de fid. instrum.* y adviértase por último que la presente ley nada ha querido dejar en este punto al arbitrio del Juez, como pretendian Jacob. de Aren. Pedr. y muchos otros citados por Salic. á d. l. 15. por lo que es muy digno de notarse lo dispuesto aqui. Pero esto debe entenderse en el caso de que viva todavía y sea sugeto de buena fama el escribano que afirme la verdad de la escritura que aparece por él autorizada: pues, no viviendo aquel, ó no declarando que verdaderamente autorizó la escritura, no tendria lugar lo dispuesto en esta nuestra ley ni podria darse fe á la referida escritura, cuando resultase negada ó contradecida por los testigos instrumentales ó por otros fidedignos, segun lo anotado á d. cap. *cum Joannes*, y á d. l. 15. por los DD., á quienes puede verse allí, porque seria largo de referir las muchas especies que vierten sobre el particular. Tambien parece que ha de entenderse la presente ley en términos, que no se considere abolido totalmente por ella el arbitrio del Juez en las materias de que se trata; antes bien, supuesto que se funda la disposicion de la misma en la presuncion de que los testigos instrumentales podrán haber olvidado fácilmente el contenido de la escritura en que intervinieron, podrán admitirse y tomarse en consideracion otras presunciones contrarias á la espresada, cuando las hubiere, porque una presuncion puede ser contradecida por otras: y asi aunque el escribano autorizante afirme la legitimidad de la escritura y sea sujeto de buena fama, podrá con todo el Juez dejar de dar entero crédito á aquella, por la buena fama de los testigos que la contradigan, por los términos en que lo hagan y demas circunstancias del hecho, Glos. notabl. al cap. *dixit dominus* 32. quest. 1. Bald. al cap. 1. princ. col. 5. *quib. mod. feud. amit.* l. 25. D. *de probat.* l. 7. D. *de integr. restit.* y l. 1. con lo anotado allí, C. *ad leg. Cornel. de sicar.* porque la referida presuncion de que se hayan trascordado los testigos instrumentales no

que por siempre remembrança de como passaron, e en que guisa fueron puestas. Pero si el Escriuano non fuesse de buena fama, e los testigos fuessen omes buenos, e el pleyto, e la postura que dize en la carta, ouiesse poco tiempo que fuesse fecha (574); estonce acordandose todos los testigos de la carta en vno, deuen ellos ser creydos, e non el Escriuano.

LEY 116. *Que de aquel que dize que es falsa la Carta, el Judgador deue tomar la jura del, que lo non dize maliciosamente, e darle plazo a que lo prueue.*

Podria ser, que alguna de las partes mostraria al Judgador en juyzio carta, por aprouar su entencion, o para defenderse; e la otra parte, contra quien la mostrasse, diria que non deue ser creyda, porque era falsa, e que lo queria prouar: en tal caso como este, dezimos, que el Judgador deue tomar la jura del, que esto non dezia maliciosamente, e darle plazo a que lo pueda prouar. E si la parte que mostraua la carta dixesse que non le auia por que dar plazo, porque non queria (575) de alli adelante vsar della; deuegelo el Juez caber. Pero si despues quisiesse vsar de aquella carta en juyzio (576), non deue ser creyda, nin cabida; maguer quisiesse prouar, que era verdadera. Otrosi dezimos (577), que si alguno quisiesse prouar, que la carta que aduxeren contra el, era falsa; que lo puede fazer ante que sea dado juyzio acabado sobre aquel pleyto en que la mostraron; e aun despues desso, ante el Judgador del alçada. Mas si diessen sentencia contra el por aquella carta, que dezia que era falsa, de que non se alçasse, o si se alçasse, perdiesse el pleyto de la alçada, non deue ser oido despues; maguer quisiesse dezir, que la sentencia fuera dada contra el

es de las llamadas tales *de derecho* y *por derecho*, sino de las que lo son solamente *de derecho*, las cuales pueden ser destruidas por pruebas contrarias, segun Bald. á la l. 16. C. *de probat.* y á la rubr. d. tit. y cap. *is qui fidem, de sponsal.* Otramente, la ley misma daria ocasion á que se hiciesen documentos falsos, si no hubiese medio de impugnarlos y redargüirlos de falsedad: y antes bien para evitar el que esto suceda, está prevenido que deben intervenir testigos en la otorgacion de las escrituras, para que garanticen la legitimidad de las mismas, segun lo anotado á d. *Novell.* 73. cap. 7. *collat.* 6.; y asi cuando ellos, lejos de garantizarlas, las contradicen, es muy justo que no se dé á aquellas fuerza alguna: en confirmacion de lo que, V. la l. 117. de este tit. en la cual se establece que hasta por medio de otros testigos que no sean los instrumentales, con tal que no bajen de cuatro los ministrados, pueda redargüirse ó impugnarse una escritura; y añad. lo anotado por Luc. de Pen. á la l. 2. C. *de tabular.* cuestion que empieza; *si Judex (qui ex forma constitutionis Regni Siciliæ debet dare robur instrumento) nolit suscribere, dicens aliter esse*: donde trata tambien del caso en que el escribano contradiga espresamente las declaraciones de los testigos.

(574) Dispónese esto asi, porque, relativamente á hechos ocurridos en lejanos paises, se da mas crédito á las escrituras que á los testigos, l. 10. D. *de probat.* l. 3. y Bald. allí C. *si min. se major. dix.* y Cin. y otros á la l. 15. C. *de fid. instrum.*

(575) Conc. l. 3. C. *de fid. instrum.* y añad. Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *postremò* col. 8. versic. *item opponitur* y V. Juan Andr. en sus adiciones, y lo anotado por Bald. á la l. 15. D. *ad Leg. Corn. de fals.*

(576) Aunque quisiese usar de ella en otro juicio y para fundar en la misma una accion diferente, segun Juan Andr. en sus adiciones. Y ¿si renunciase al derecho de valerse de dicha escritura, pero con protesta de no confesar por esto que fuese falsa? Tampoco entonces podria volver á hacer uso de ella, segun Bald. y Salic. á d. l. 3.; porque semejante protesta en nada altera los efectos de la renuncia, en cuanto á no poder hacer mas prueba el documento al cual se ha renunciado; y tan solo hace que deje de poder procederse criminalmente por razon de la falsedad, que dice no confesar el que ha producido el documento.

(577) Conc. l. ult. C. *de fid. instrum.* y lo anotado por Azon *in summa* col. 2. debiendo advertirse que en la cit. l. ult. se trata tambien de si al que hubiere manifestado no querer usar mas de una escritura, podrá obligársele á producirla de nuevo, cuando diga su adversario que quiere redargüirla de falsa, civil ó criminalmente; y se previene que no podrá obligársele á ello mientras jure que ha perdido dicha escritura, ó que no puede presentarla; lo cual en la presente ley se ha omitido; y nada se declara sobre el particular, en ella ni en otra de Partidas que yo sepa: y tan solo en la l. 112. de este mismo tit. [y lo mismo en la l. 2. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.] se exige el juramento de calumnia al que trata de redargüir de falsa una escritura, lo

por carta falsa. E esto es por esta razon: porque el ya dixera una vez (578), que la carta era falsa, e non lo pudo aueriguar, e fue dado juyzio contra el, e non se alço, o si se alço, perdio despues el pleyto de la alçada, assi como dicho es. Mas si por auentura el pleito fue vencido por carta falsa, e aquel contra quien fuesse mostrada en juyzio, non ouiesse razonado en todo tiempo, mientra durasse el pleyto, que era falsa e que lo queria prouar; si despues que fuesse vencido, e dado el juyzio contra el, dixesse que era dado por carta falsa, e que lo queria prouar; deue ser oydo, maguer non se ouiesse alçado del juyzio que dieran contra el.

LEY 117. *Por qual razon non puede ser creyda la Carta publica, si la parte contra quien la muestran, podiere prouar el contrario della.*

Mostrando algund ome en juyzio contra otro carta, con que quisiesse prouar, e aueriguar, que le deuia alguna cosa; si aquel contra quien vsauan de la carta, dixesse que non deue valer, nin ser creyda contra el, porque el queria prouar que en todo aquel dia, que dezia la carta en que el fizo pleyto, era el tan lueñe de aquel lugar do dizen que fue fecha la carta, que ome del mundo por ninguna manera esse dia non podria allegar en aquel lugar, do dizen que fue fecha la carta. Onde dezimos, que quien tal razon posiesse ante si, por desechar la carta de que vsan contra el, que deue ser oydo en esta manera: que si aquella carta que el queria desechar, fue fecha por mano de Escriuano publico, e podiesse prouar por otra carta publica (579) en que se el ouiesse acertado, e fuesse escrito por testigo en pleyto, o en postura, que ouiesse fecho con otro, o otro con el en aquel otro lugar, en aquel dia que el razonaua, assi como sobredicho es, o lo podiesse prouar por quatro omes (580) buenos, e leales; que le

que tambien establece d. l. ult. pero sin hablarse en la primera de que haya de prestar juramento alguno el que ha renunciado á valerse de una escritura, para no ser obligado á producirla nuevamente.

(578) Véase, por lo dispuesto aqui, como debe entenderse y limitarse la l. 33. D. *de judic.* el tit. del código *si ex fals. instrum.* y las leyes 1. y 2. tit. 26. de esta Part. en las cuales se dispone que, aun despues de haberse proferido sentencia, y de haber esta pasado en autoridad de cosa juzgada, puede pedirse la revocacion de la misma, por via de restitucion por entero, alegando la falsedad de los documentos ó testigos, en méritos de los cuales se haya aquella proferido: lo que procederá cuando, antes de proferirse dicha sentencia, no hubiese habido cuestion acerca de la espresada falsedad; pero no, si ya se hubiese tratado de esta y no obstante se hubiese proferido la sentencia: y lo propio sostienen la Glos. á la l. ult. C. *de fid. instrum.* y á la l. 1. C. *si ex fals. instrum.* Azon *in summa* C. d. tit. col. 2. Bart. á la l. 11. D. *de except.* é Inoc. al cap. *licet causam*, despues del princ. *de probat.* Sin embargo, aun entonces será necesario que se haya tratado y conocido formal y plenamente de dicha falsedad, pues, no siendo asi, podria despues alegarse esta, y pedir que se fallase con pleno conocimiento acerca de la misma, l. 10. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.* l. 5. §. 8. D. *de liber. agnosc.* Salic. á la l. ult. col. ult. C. *de fid. instrum.* y á la l. 1. versic. *oppon.* 3. C. *si ex fals. instrum.* y añad. l. 7. §. 1. D. *de compensat.* En segundo lugar, es necesario, para que la sentencia ejecutoriada impida el poder intentar la accion de falsedad, que esta se oponga para obtener la revocacion de la misma sentencia; pues en nada obstaria esta, aunque proferida en méritos de un documento falso, cuando se intentara la accion criminal, y se pidiera el castigo contra el falsario, Glos. á la l. 3. C. *ad Leg. Aquil.* y en tercer lugar la sentencia proferida tan solo impediria que se intentase dicha accion de falsedad, cuando en el pleito ó causa juzgada se hubiese alegado aquella, fundándola en la cancelacion, o algun otro evidente defecto de la escritura que hubiese querido probarse por la simple inspeccion de ella; y despues de ejecutoriada la sentencia, se alegase de nuevo la falsedad fundándola esclusivamente en el propio vicio ó defecto; mas si se opusiese algun otro y se quisiese probarlo, no por la inspeccion de la escritura, sino por distintos medios; entonces bien podria entablarse la accion, á pesar de lo juzgado, segun Nicol. de Matha. y Bald. Salic. y Paul. á d. l. ult. porque de semejante vicio ó falsedad no podria decirse que ya se hubiese conocido.

(579) Añad. l. 14. C. *de contrahend. et commit. stip.* versic. *et melius quidem si per scripturam* y Glos. allí. * Acerca de lo que dispone nuestra ley aqui y de lo que espresa el glos. en la presente nota, V. lo que se dirá á las ll. 1. y 2. tit. 26. de esta Part.

(580) Repruébase aqui la opinion que refiere Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *restat.* col. 2. versic. *sed pone producitur*, atribuyén-

deue valer, e non deue ser creyda la carta que mostrauan contra el. E si por auentura la carta que el quiere desechar, non fuesse fecha por mano de Escriuano (581) publico, abondale, para prouar la razon que sobredicha es, con dos testigos que sean sin sospecha, e omes cuyo testimonio deuiesse ser cabido.

LEY 118. *Que si alguno quiere desechar la Carta publica, el Judgador deue ser acucioso, en saber catar las figuras de la letra de las Cartas, si es valedera, o non.*

Desechar queriendo alguna de las partes carta publica que mostrassen en juyzio contra el, diziendo que non deue ser creyda, porque non es escrita por mano de aquel que dize que la fizo, e cuyo nombre esta escrito en ella; e que esto quiere prouar en tal manera, mostrando otra carta publica fecha por mano de aquel Escriuano mismo, que non se semejasse con ella en la letra, nin en la forma; dezimos (582), que en tal caso como este, o en otro semejante del, que si el Escriuano es biuo, cuyo nombre esta escrito en la carta, que el Judgador le deue fazer venir (583) ante si, e mostrarle aquellas cartas, e preguntarle, si las fizo el; e si otorgare que el las fizo (584), maguer sean desemejantes las cartas en la letra, o en la forma, deuen ser creydas: porque non puede ome todauia escreuir de vna manera. Ca a las vegadas faze desemejar las letras los variamientos de los tiempos, en que son fechas, o el mudamiento de la tinta (585), o de la peñola. E otrosi se podria dessemejar la forma de la letra por enfermedad, o por vejez del Escriuano. Ca de una manera escriue ome quando es mancebo, e sano, e de otra quando es viejo, e enfermo. Mas si el Escriuano dixere, que la primera carta que mostrauan en juyzio, que non la fizo el (586), entonce non deue ser creyda (587). E si por ventura el Escriuano non fuese biuo

dola á Azon; el cual, empero, no creo que jamás la hubiese tenido, porque, segun él mismo espresa, *in summa* C. *de fid. instrum.* en ningun caso admite que los dichos de dos testigos tengan mas fuerza que un documento público; y añade que para destruir los de esta clase se requieren cuatro ó cinco testigos; conforme con lo dispuesto en esta ley, en la que se exigen cuatro para dicho efecto; aprobándose en estos términos la opinion de la Glos. al cap. *cum Joannes, de fid. instrum.* y al cap. *tertio loco, de probat.* y asimismo la de Azon en el lugar citado; y desechándose la de Inoc. y Juan Andr. á d. cap. *cum Joannes*, donde sostienen que basta con solos dos testigos ó, á lo mas, con tres. Del propio modo quedan desechadas por esta nuestra ley otras varias opiniones que pueden verse estensamente en Abb. á d. cap. *cum Joannes* col. 6., 7. y 8. y en la Glos. al §. 12. Instit. *de inutil. stip.*: siendo, empero, de notar que se requiere en la presente ley que los testigos sean *buenos e leales;* por lo que conviene justificar separadamente la idoneidad y honradez de los que se ministren, segun Ang. de Aret. á d. §. 12. col. ult. y V. Ang. é Imol. á d. l. 1. §. ult. D. *quem test. aper.* y debiendo, tambien, advertirse que aqui se habla solamente del caso en que los testigos ministrados para redargüir una escritura no sean los mismos que la han suscrito en calidad de instrumentales; pues, siendo estos los que la contradijeran, deberia estarse á lo dispuesto en la l. 115. de este tit.

(581) Lo propio dice Azon *in summa* C. *de fid. instrum.* col. pen.

(582) Conc. *Novell.* 73. cap. 3. y 7. §. 1. *collat.* 6. Azon *in summa* C. *de fid. instrum.* y Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *postremò* cōl. 1. vers. *et primo:* y téngase presente esta nuestra ley que está muy clara y esplícita sobre el particular.

(583) Esto quizás tendria lugar tan solamente cuando el escribano residiese en el mismo distrito del juzgado y pudiese comparecer personalmente ante el Juez sin grande incomodidad, l. 7. Glos. y Bart. allí, *test. quem aper.;* otramente deberia remitirse exhorto al Juez de su domicilio para que lo examinase.

(584) Añad. l. 115. de este tit. l. 21. C. *ad Leg. Cornel. de fals.* y d. *Novell.* 73.

(585) V. d. *Novell.* 73. princ.

(586) Otra cosa seria, pues, si el escribano dijese que él habia recibido la escritura, pero añadiese haberla estendido falsa y erróneamente, en cuyo caso no se daria crédito á su declaracion; V. Bart. á la l. 92. D. *de regul. jur.* Bald. vol. 4. consil. 252. y Alex. vol. 2. consil. 105. col. 2. y lo anotado á la l. 114. de este tit., nota 558.

(587) Pues no debe darse crédito á una escritura, cuando no la reconoce el mismo que aparece haberla hecho ó autorizado, l. 1. §. 2. D. *testam. quem aper.* Glos. Cin. y Alberic. á d. l. 21. C. *ad Leg. Cornel. de fals.* y lo mismo procederia por igual razon, aunque en aquel caso contradijesen al escribano los testigos instrumentales. Las declaraciones de estos servirian tal vez de algun mérito, como prueba testimonial, pero no podrian hacer por

(588), o fuesse en tan lueñe tierra, que non lo podiessen auer para fazerle esta pregunta; entonce deue el Judgador tomara mas las cartas, e auer buenos omes, e sabidores, consigo, que sepan bien conocer, e entender las formas, e las figuras de las letras, e los variamientos dellas; e deuelos fazer jurar (589), que esto caten, e escodriñen bien, e lealmente, e que non dexen de dezir verdad de lo que entendieren, por ruego, nin por miedo, nin por amor, nin por desamor, nin por otra razon ninguna. E otrosi deue fazer jurar amas (590) las partes, e primeramente a aquel que quiere desechar la carta, que esto non faze maliciosamente; mas porque non ha otra razon, por que la pueda desechar, si non esta: e de si la otra parte, que non ha fecho, nin fara ninguna cosa, porque la verdad de aquella carta pueda ser ascondida. E de si el Judgador (591) deuese ayuntar con aquellos omes sabidores, e catar, e escodriñar la letra, e la figura della, e la forma, e el signo del Escriuano; e si se acordaren todos en uno, que la letra es tan dessemejante, que puedan con razon sospechar contra ella; entonce es en aluedrio del Judgador, de desecharla, o otorgar que vala, si se quisiere. Ca atal prueua como esta, touieron los sabios antiguos, que non era acabada, (592) por las razones que de suso diximos; e por esso la po-

sí solas que la escritura cobrase una fuerza, de la cual se la habria despojado desde el momento en que hubiese sido negada por el escribano, porque siendo sustancial en la escritura la autorizacion del mismo, faltando esta, ya no podria aquella ser válida, segun lo anotado á d. l. 1. §. 2. donde se habla del caso en que la escritura fuere contradecida por uno de los testigos instrumentales, siendo de aquellas en que necesariamente deben intervenir dichos testigos. Mas esto no obstante, pretende Pileo citado por Juan Andr. adiciones á Specul. tit *de instrum. edit.* §. *postremò*, que, negando la escritura el escribano autorizante, y ratificándola los testigos instrumentales, debe dejarse al arbitrio del Juez el decidir si ha de darse ó no crédito á la misma; porque el escribano podria haberla negado maliciosamente. V. Cin. á d. l. 15. y lo anotado á la l. 115. de este tit. nota 570.

(588) Y ¿si fuese vivo, pero se hubiese hecho infame? Entonces no se admitiria su testimonio en favor de la escritura que, por otra parte, fuese contradecida, segun la Glos. á la *Novell.* 73. cap. 7. vers. *defunctus*, *collat.* 6. la que califica de notable Bart. allí.

(589) Añad. l. 20. vers. *omnes autem* y Glos. allí C. *de fid. instrum.*

(590) Añad. d. *Novell.* 73. cap. 7. §. 3.

(591) Esta diligencia, pues, debe hacerla el Juez por sí mismo sin comisionar á otro para practicarla, V. d. *Novell.* 73. cap. 7. §. 3. vers. *abscondere*.

(592) Apruébase con esto la opinion de la Glos. á la l. 20. C. *de fid. instrum.* sobre la cual dice Alberic. que, aunque procede de derecho lo dispuesto en la misma, con todo ha visto en la práctica estarse, por lo comun, al resultado de los cotejos ó reconocimientos y dar á los mismos entera fe. Pero Bart. á d. *Novell.* 73. despues de Jacob. de Bellavist. espresa que debe dejarse al arbitrio del Juez el decidir si ha de dar crédito á semejantes cotejos, cuando estos se hacen, no solamente con respecto á la letra y signo del escribano, sino tambien sobre todo el contenido de la escritura, las firmas de los testigos y las de los interesados que la hayan suscrito; cuya opinion no deja de estar confirmada por dicha *Novell.* y tal vez deberia adoptarse; sin que obste á la misma lo dispuesto aqui en nuestra ley de partida, porque en ella se habla únicamente del cotejo ó exámen de la letra ó signo del escribano; el cual opina tambien Bart. que, por derecho comun, no hace fe, y lo propio sostiene Salic. á d. l. 20. oposic. 3. De todos modos, empero, es la presente ley digna de notarse por disponerse en ella, que, aun habiéndose limitado el exámen á la letra ó signo del escribano, pueda el Juez, por su prudente arbitrio, dar entera fe á lo que del mismo resultare: y acerca de los casos en que al cotejo de letras deba darse fuerza de prueba plena ó semiplena, V. Abb. al cap. *de fid. instrum.* col. 3. y 4. * Nótese bien que nuestra ley aqui, no solo califica de *prueba non acabada* la que resulta del reconocimiento pericial sobre semejanza ó desemejanza de las letras, sino que deja espresamente al prudente arbitrio del Juez el hacer ó dejar de hacer mérito de ella, despues que la hubiere admitido: disposicion, sobre la cual nos parece oportuno llamar muy especialmente la atencion; porque, si en la época en que se publicaron las Partidas, se miraba ya con tanta desconfianza aquella prueba pericial, mucho mas estéril deberá considerársela en nuestros dias, asi por la conocida inseguridad de los principios de la *ciencia* caligráfica, que es siempre mayor á medida que el *arte* va adelantando, y, produciendo mas perfectas imitaciones, aumenta infinitamente la dificultad de distinguirlas de sus originales, como por la incompetencia de la misma caligrafía para decidir la legitimidad ó ilegitimidad de las firmas, y para fundar sus decisiones en la mas

sieron en aluedrio del Judgador, que siga aquella prueua, si entendiere, o creyere que es derecha, e verdadera; o que la deseche, si entendiere en su coraçon el contrario.

LEY 119. *Quales son las otras maneras de prueuas que vsan los omes en Juyzio para prouar sus entenciones.*

Desuariadas maneras de prueuas vsan los omes en juyzio para prouar sus entenciones, assi como mostramos en las leyes deste titulo. Ca non tan solamente quieren prouar por testigos, e por cartas publicas; mas aun por otras que son fechas por mano de otros omes, que non son Escriuanos publicos: e porende dezimos (593), que si alguna de las partes aduxesse alguna carta (594) en juyzio, que fuesse fecha por mano de aquel contra quien faze la demanda, o de otro que la ouiesse fecha por su mandado; si la postura, o el otorgamiento que esta escrito en ella, es con razon (595), diziendo assi: que Fulan deue a Fulan tantos marauedis que le empresto, o quel encomendo, o que los deuia por otra guisada razon qualquier; si la parte contra quien aduzen tal carta como esta, la otorgare, deue valer; bien assi como si fuesse fecha (596) por mano del Escriuano publico. Mas si la negare, diziendo que non la fizo, nin la mando fazer; e aquel que se quisiere aprouechar della, dize que si, e que quiere estar en esta razon por su jura, entonce es tenuda la parte, de jurar si la fizo, o la mando fazer, o non. E si por auentura non le demandasse esta jura, mas dixesse que lo queria prouar en esta manera; mostrando otra carta, que es verdaderamente escripta (597) por mano de aquel mismo, que es semejante en todo en la letra, e en la forma, de aquella que el muestra contra el; en tal caso como este dezimos, que non deue ser creydo (598); fueras ende, si pudiere

ó menos exacta semejanza de aquellas, cuando se hubieren falsificado estarciéndolas ó practicando alguna de aquellas operaciones que pueden producir y producen, no una semejanza mas ó menos sujeta al juicio de la ciencia, sino una perfecta igualdad, mediando la cual, será imposible distinguir la firma legítima de la suplantada, como no sea examinando la tinta ó líquido, con la que se haya formado la que se trate de reconocer; en cuyo caso habrá mas propiamente un análisis químico, que un reconocimiento caligráfico.

(593) Conc. *Novell.* 73. cap. 1. *collat.* 6.

(594) Ya sea esta un vale, ó una simple carta; con lo cual cesan las diversas opiniones, que sobre el particular refiere Jas. repet. l. 31. col. 59. D. *de jurejur.*

(595) Indícase con estas palabras: *con razon*, que si el vale ó confesion de la deuda no espresase la causa ó procedencia de la misma, seria nulo y de ningun valor, é inútil, por consiguiente, que para su justificacion se procediese al cotejo y exámen de la letra del interesado ó de los testigos que tal vez hubiesen intervenido, segun Bald. á la l. 20. col. 4. C. *de fid. instrum.* y Paul. y Ang. allí.

(596) Conc. l. 11. C. *qui potior. in pignor. hab.* l. 26. hácia el fin D. *depos.* y nótese esta declaracion de nuestra ley; *bien assi como si fuese fecha por mano de escriuano publico:* pues de esto se infiere que, antes de publicarse la ley de las Córtes de Madrid [l. 4. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.] ya tenian fuerza ejecutiva lo mismo que si fuesen públicas las escrituras privadas reconocidas por los interesados; y asi d. l. recopilada no hizo mas que renovar lo que ya estaba establecido por la nuestra de Partidas.

(597) Y bastaria que esto se justificase por cualquiera otro medio, por ej. probando que el interesado habia hecho uso de aquella misma escritura como propia, segun se dice en la *Novell.* 49. cap. 2. *collat.* 5. ó de otra manera. Mas, si el interesado negase su firma ¿podria el Juez obligarle á firmar para practicar el cotejo con su letra indubitada? V. Abb. á d. cap. 2. *de fid. instrum.* col. 8. y 9. en donde pretende, despues de Lerd. y contra la opinion de Bart. que puede obligarse al interesado á firmar delante del Juez: y añade allí mismo Card. que Bart. desistió de su primera opinion en algunos escritos; pudiendo verse, ademas, un caso en que de hecho se pretendió obligar al interesado á que escribiese para hacer el cotejo, en d. *Novell.* 73. cap. 1. *collat.* 6. y en Juan de Plat. á la l. ult. hácia el fin C. *de conv. fisc. debit.*

(598) El solo cotejo de las letras, pues, no bastará para justificar la identidad de una escritura privada, como se declara aqui y en d. cap. 1. *Novell.* 73. Pero ¿á lo menos hará prueba semiplena? Asi lo pretenden Bart. á la l. 31. col. 5. D. *de jurejur.* y Abb. al cap. 2. col 3. *de fid. instrum.* esplicando en el mismo sentido la Glos. á d. l. 31., la cual sostiene que las escrituras privadas hacen prueba semiplena, esto es, en el caso de haberse verificado el cotejo; por lo que, cuando concurra con este la declaracion de un testigo hará prueba plena, y tambien en los casos de poca entidad, defiriéndose el juramento: añade Abb. allí que, cuando la cuantía del negocio

prouar por dos testigos (599) buenos sin sospecha, que el otro fizo aquella carta, o la mando escreuir. Otrosi dezimos, que si alguna de las partes aduxere en juyzio alguna carta, por prouar su intencion, que non sea fecha por mano de Escriuano publico; si la otra parte, queriendole desechar, muestra otra carta fecha por mano de aquel mismo ome, que es desemejante en todo a la primera en la letra, e en la forma, si aquel que aduze la carta para prouar con ella su intencion, prouare con dos testigos buenos, e sin sospecha, que juren, e digan, que vieron aquel cuyo nombre esta escripto en ella, fazer aquella carta, o mandarla escreuir; dezimos, que prouandolo assi, deue ser creyda (600), maguer la otra parte mostrasse otra carta escripta por mano de aquel mismo ome, que fuesse desemejante della en todo en la letra, e en la forma.

LEY 120. *Como el Guardador no puede contradezir la Carta, en que fizo escreuir todos los bienes del huerfano.*

El Guardador (601) que recibiesse en guarda bienes de algun huerfano, e fiziesse fazer escritura publica de quantos eran (602) quando los recibio (la cual escritura es llamada In-

no escediese de una libra de oro, el solo cotejo de la letra haria que la escritura privada tuviese fuerza de prueba plena, segun la autent. *et si contractus* C. *de fid. instrum.* lo cual, empero, creo que no procederia por derecho de nuestro reino, no estando declarado por las leyes de Partidas, y hablando la presente indistintamente cuando dice que *non deue ser creida* la escritura privada, aunque se produzca otra indubitada del mismo interesado que sea *semejante en todo* á la primera. Y asi queda desechada la opinion de Bart. á d. l. 31. donde dice que el resultado del cotejo puede ser tal, que el Juez crea deber darle entera fe: opinion que reprueban tambien Juan de Imol. al cap. 2. *de fid. instrum.* Salic. á d. l. 31. y Mateo de Afflict. decision 181. decisiones napolitanas. Adviértase ademas que lo que acaba de decirse de no hacer plena prueba la escritura privada cotejada con otras del mismo interesado, procede aun en el caso de aparecer aquella firmada por este último, segun Abb. á d. cap. 2. col. 3. vers. *secundus casus*: bien que Bald. á la l. ult. col. 5. C. *de edict. Div. Adrian. tollend.* propone un caso en que dice se deberia dar entera fe al cotejo de una escritura privada: esto es, cuando se hubiese otorgado un testamento no escrito por persona pública, pero suscrito por los testigos que necesariamente deben haber intervenido en él; pues entonces, segun el mismo Bart., si los testigos instrumentales hubiesen premuerto, bastaria el cotejo de las letras ó firmas en el juicio posesorio, para poner en posesion de la herencia, al que la pidiese en virtud del indicado testamento, aunque su adversario negase su identidad: pero añade que no tendria esto lugar en el juicio de propiedad. Digna es esta especie de tenerse presente por la autoridad de Bart., pero dudo mucho que pueda admitírsela, ni aun limitadamente al juicio de posesion.

(599) Asi pues, cuando se ha empezado por el cotejo, no es este suficiente, si no se añaden al mismo las declaraciones de los testigos; mas cuando se hubiere empezado por estas, V. lo que deberá decirse en la nota 558 á la l. 114. de este tit.

(600) Conc. d. *Novell.* 73. cap. 3. *collat.* 6. y nótese bien lo dispuesto aqui, que sirve de mucho en confirmacion de lo dicho en la citada nota 558 de este tit. pues si las deposiciones de dos testigos bastan para probar la identidad de una escritura, aunque haya en contra de la misma un cotejo, del cual haya resultado la desemejanza de la letra, ¿cuánto mas no deberán bastar, cuando no haya prueba alguna que las contradiga? Bart. á d. Novell. 73. col. 1. dice que bastan los dos testigos para probar la identidad de la escritura privada, cuando esta esté firmada por aquel contra quien se produce; pero yo creo que deberá decirse lo mismo, aun cuando no esté firmada, sino escrita de su letra y puño, ó bien por otro á su ruego, segun lo anotado á d. l. 114.

(601) Conc. l. ult. C. *de arbitr. tut.* y V. Specul. tit. *de instr. edit.* §. ult. col. 1. y 2. debiendo añadirse que, aun cuando el tutor ó curador haya protestado que, si algunas cosas ha continuado en el inventario que no debiesen continuarse en él, se tuviesen por no continuadas, de nada le serviria semejante protesta, Bart. á la l. 1. §. 7. D *de offic. præf. urb.* y Bald. á d. l. ult.

(602) Parece, segun esta palabra, *cuantos eran*, que se refiere esclusivamente esta ley á los bienes muebles; pues habla de cantidad, la que no puede aplicarse á los raices. En este mismo sentido esplican Jacob. de Aret. Cyn. y Alberic. la cit. l. ult. C. *arb. tut.* y asi, cuando el tutor hubiese continuado en el inventario alguna finca, creyendo equivocadamente que era propiedad del menor, no seria por esto responsable de ella, lo que, segun Bald. allí, es bastante razonable; y en este concepto lo dispuesto en la presente ley tan solo

uentario) si despues a la sazon que diesse la cuenta al huerfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta; queriendo prouar, que fueran y escritas algunas cosas demas, que el non recibiera, e que consentiera el a sabiendas que las escriuiessen y, por fazer muestra que el huerfano era mas rico, porque podiesse mejor casar, o por otra razon semejante; mandamos, que tal contradezimiento non sea cabido, nin vala, maguer quisiesse prouar (603) lo que dize. Ca non deue ome sospechar, que el fiziesse escritura, sobre si, de cosas que non ouiesse recibido.

LEY 121. *De las cosas que son escritas en los quadernos que los omes tienen por remembrança, que non empecen a aquellos contra quien son escritas.*

Escriuen los omes en sus quadernos por remembrança las cosas que les deuen, e otrosi lo que ellos deuen; e a las vezes escriuen verdad, e a las vezes al contrario por oluidança, o maliciosamente: porende dezimos (604), que

debe entenderse respecto de las cosas que son susceptibles de ocultacion, como granos, vino y otras semejantes: y efectivamente parece esta interpretacion la mas equitativa; á pesar de impugnarla Salic. lugar citado, diciendo que la referida disposicion debe hacerse tambien estensiva á los bienes inmuebles; bien que, segun el mismo allí, tan solo esto tendria lugar cuando los bienes continuados en el inventario, sin ser del menor, resultasen ser propiedad del tutor que lo hubiese formalizado; en cuyo caso, por el mismo hecho de haberlos descrito, se entenderia que tuvo intencion de donarlos; pero no, cuando resultasen ser propiedad de otro tercero, á menos que este, sabiéndolo, hubiese consentido la descripcion de dichas cosas, o no la hubiese contradecido. Y es de notar esta presuncion de que el tutor haya querido donar sus bienes descritos al pupilo; á propósito de lo cual, V. l. 39. §. 2. D. *de liber. caus.* en la que se declara que no puede promover cuestion de estado contra un menor el que ha administrado como tutor, la persona y los bienes del mismo.

(603) Es esta una disposicion especial tomada con respecto á los inventarios de los tutores, segun la Glos. y Salic. á d. l. ult. C. *arbitr. tut.* añadiendo este último que, ni aun alegando que se ha padecido error, se podrian impugnar semejantes inventarios, porque la presente ley no admite prueba contra ellos. Pero Cin. despues de Pedr. y otros antiguos á d. l. ult. col. 1. pretende que no debe esa disposicion entenderse tan estrictamente contra los tutores, que no puedan pedir la rectificacion del error que tal vez hubieren padecido, cuya opinion parece adoptar tambien Alberic. allí: y asimismo Specul. d. §. ult. col. 1. dice que no debe oirse al tutor que impugne el inventario hecho á favor del menor, aunque alegue haber padecido error, á menos que ofrezca justificarlo; espresando lo propio Juan Andr. en sus adiciones allí, donde cita á Ubert, quien sobre d. l. ult. afirma que no debe darse lugar á la justificacion de semejante error, sino siendo este de grande trascendencia: pues podria suceder que se hubiesen continuado en el inventario algunos bienes que efectivamente hubiesen pertenecido á los antecesores ó causantes del pupilo, pero que hubiesen sido enagenados por estos; ó tambien (como espresa el mismo Juan Andr. adicion á la palabra *veteres*) que, habiendo sido el padre del pupilo un hombre muy cuidadoso y diligente, y habiendo llevado un libro en que notase todos los créditos que tenia y los que se le iban satisfaciendo y los vales ó documentos que iban siéndole devueltos ó cancelados, y habiendo el tutor encontrado ese libro y héchose cargo de él, en ausencia de los mismos deudores, hubiese cometido la involuntaria equivocacion de continuar entre los créditos existentes algunos que en realidad estaban ya cancelados ó estinguidos; en cuyos casos no podria dejar de oirse al tutor que alegase tan justo error, aunque Specul. refiriéndose simplemente al de la descripcion de los créditos, pretende que no deberia darse lugar á ello. Pero lo contrario opinan Bald. á la autent. *sed cum testator* col. ult. C. *ad leg. falcid.*, si bien el mismo á la l. 1. §. 7. D. *de offic. præf. urb.* dice, fundándose en d. l. ult. que un tutor no puede impugnar el inventario que él mismo ha hecho, aunque alegue haber padecido error. Todo esto, empero, no obstante, parece lo mas justo y probable el que deberá darse lugar á la rectificacion de aquel, cuando haya mediado alguna circunstancia que pudiese facilmente haber inducido en la equivocacion padecida ó en la creencia de que en realidad eran propias del pupilo todas las cosas continuadas en el inventario como tales: sin que obste á esto la presente ley, porque en ella no se declara que no haya de oirse al tutor cuando alegare y ofreciere probar haber padecido equivocacion, sino cuando dijere haber continuado á sabiendas en el inventario cosas que no eran del pupilo, con el fin de que este pareciese mas rico ó por otra causa semejante; en cuyos términos no tanto se quiere escluir el error, como la simulacion.

(604) Conc. ll. 6. y 7. C. *de probat.* y V.

si fallaren en algun quaderno de algun ome finado, que le deue dar, o fazer otro alguno alguna cosa; que tal escriptura como esta non deue ser creyda, nin faze prueua; maguer paresciesse buen ome (605) aquel que lo fiziesse escreuir, e ouiesse jurado que era verdadera. Ca seria cosa sin razon, e contra derecho, de auer ome poderio de fazer a otros sus debdores por sus escripturas, quando el se quisiesse. Otrosi dezimos, que si el ome en tiempo de su finamiento (606) dize, e manda escreuir, que Fulan es su debdor, (i) e quel deue cierta quantia, assi como diez marauedis (607), e fuesse verdad quel deue veynte marauedis; podiendo esto prouar los herederos del finado, non les empece la escritura, nin la palabra del finado; ante dezimos, que pueden demandar, e cobrar los veynte marauedis, si quisieren. E esto es, porque todo ome puede sospechar, que por yerro fizo la escriptura, o dixo la palabra el finado, pues

(i) et que nol debe sinon cierta contia, Acad.

Abb. al cap. 2. col. 5. vers. *venio ad tertiam speciem, de fid. instrum.* Y ¿qué deberia decirse si en un libro de un comerciante y respecto de un mismo negocio, se encontrasen asientos de cargo y otros de descargo? V. Alberic. á d. l. 6. donde dice haber visto muchas veces suscitarse la duda de si haria fe ó no el libro de un cambista ó comerciante en que se hallase un asiento espresivo de haber Ticio depositado cien duros en poder del mismo, y otro de haber devuelto ó entregado el depósito: y afirma no haber dificultad en que semejante libro haria fe contra el cambista, pero que parece no la haria en su favor: añadiendo que asi se observa en la práctica, aunque diga en contrario la l. 9. §. 2. D. *de edend.* Pero Ang. allí sostiene, (bien que no habla de cambistas) que en el caso propuesto el que quisiese aprovecharse de la prueba del libro contra su dueño, deberia hacerlo aceptando todos los asientos contenidos en el mismo, y de ninguna manera recusando los que le perjudicasen, como se previene en la l. 16. D. *de admin. tut.* á menos que el libro en cuestion no fuese el de cuentas, sino otro conteniendo notas aisladas, en cuyo caso bien podrian aceptarse las favorables y desechar las perjudiciales, l. 26. §. ult. D. *depos.* y da la razon de ello espresando que el libro de cuentas se lleva por una especie de obligacion anexa al oficio ó ministerio, por cuyo motivo no puede formarse juicio de los asientos contenidos en él, sino considerándolos como dependientes unos de otros é inseparables por la unidad del mismo oficio ó ministerio. Y yo creo que verdaderamente se habria declarado en los términos que esplica Alberic. el caso propuesto por el mismo, sin que obste lo que dice Ang. á d. l. 16., la que tan solo tendria lugar con respecto á los asientos que tuviesen conexion ó dependencia entre sí; circunstancia que no se verifica en el citado caso de Alberic. á menos que se suponga tambien en él que el libro del comerciante es llevado por este por obligacion anexa á su oficio; pues entonces, por equidad, podria admitirse la citada opinion de Ang. *Lo dispuesto en la presente ley, no menos que lo anotado á la misma por el Glosador acerca de la prueba que legalmente hacen los asientos y libros de cuentas y las partidas ó asientos de cargo y descargo continuados en ellos es aplicable tan solo á los negocios comunes y referentes á personas no comerciantes; pues, con respecto á los que lo son y á toda clase de negocios mercantiles, debe observarse lo prevenido en el código de comercio (arts. 262. y 53.) en donde se hallan resueltas y declaradas las cuestiones que pueden ocurrir sobre la prueba que resulta de los libros y asientos, sobre los requisitos que deben estos reunir para que hagan fe en juicio en favor ó en contra del que los ha llevado, y sobre los términos y latitud con que deben ser aceptados, para que le aprovechen, por el que los alegare como prueba en su favor.

(605) Parece que con estas palabras de nuestra ley se reprueba la opinion de Bart. á la l. 31. col. 6. D. *de jurejur.* adaptada tambien por Aut. y Abb. cap. 2. col 6. *de fid. instrum.* donde dicen que los asientos ó libros de cuentas de un difunto, habiendo sido este hombre de probidad, forman alguna presuncion á favor del mismo, de suerte que hacen prueba, concurriendo con ellos algun otro adminículo: pues, como se ve por lo dispuesto aqui, no debe darse crédito á semejantes libros, ni hacen prueba, aunque *paresciesse ser buen ome* el que los habia llevado ó escrito. Mas con todo esto no creo debiese desecharse la citada opinion de Bart. porque tampoco la presente ley escluye el que aquellos libros, ya que no hagan prueba, induzcan alguna presuncion: y añad. Socin. consil. 187. vol. 2. col. 5. que empieza: *in controversia.*

(606) Conc. autent. *quod obtinet.* C. *de probat.* y de estas palabras de nuestra ley se infiere que no tendria lugar la disposicion de la misma en cualquiera otra manifestacion ó asiento que hubiese hecho el difunto, y no fuese por via de última voluntad; pues, relativamente á ellos, deberia observarse lo dispuesto con respecto á los actos ó contratos entre vivos.

(607) Y ¿si no se hubiese limitado á desig-

que prueuan sus herederos, que son veynte los marauedis. Mas si el, ante que finasse, dixesse, o le fallassen escrito de su mano, o de otra por su mandado, que si mas le deue Fulan de diez marauedis, que gelos quitaua, o jurasse (608) que non le deuia mas; entonce sus herederos non le pueden demandar mas (609) de aquello que el dixera quel deuia, maguer los herederos quisiessen prouar que el debdo era mayor.

TITULO XIX.

DE LOS ESCRIUANOS, E QUANTAS MANERAS SON DELLOS, E QUE PRO NASCE DE SU OFICIO QUANDO LO FIZIEREN LEALMENTE.

Leantança es una bondad (1) que esta bien en todo ome, e señaladamente en los Escriuanos (2), que son puestos para fazer las cartas de los Reyes, o las otras que llaman publicas, que se fazen en las Ciudades, e en las Villas. Ca en ellos se fian tambien los Señores como toda la gente del Pueblo, de todos los fechos, e los pleytos, e las posturas que han a fazer, o a dezir en juyzio, o fuera del. E porende pues que en el Titulo ante deste fablamos de las Escripturas que aduzen en juyzio en manera de prueua, queremos dezir en este Titulo, de los Escriuanos que las han de fazer. E primeramente fazer entender, que quiere dezir Escriuano, e quantas maneras son dellos. E que pro nace de su oficio quando lo fizieren lealmente, e quales deuen ser, e quien los puede poner. E en que manera deuen ser aprouados, e puestos, e que es lo que deuen guardar, e que gualardon deuen auer quando bien fizieren su oficio, e que pena si lo mal fizieren.

LEY 1. *Que quiere decir Escriuano.*

Escriuano tanto quiere dezir, como ome que es sabidor (3) de escreuir; e son dos maneras dellos. Los vnos, que escriuen los pre-

nar la cantidad sino que hubiese dicho ó declarado que le debia diez maravedis *tan solamente*? V. Glos. y DD. á d. autent. y Bart. en el cuerpo del derecho, de donde se ha sacado la especie propuesta.

(608) Asi los abogados previsores, procuran siempre con sumo cuidado que los testadores juren semejantes declaraciones, como dice Alberic. á d. l. 6. C. *de probat.*

(609) Entiéndase, empero, lo dispuesto aqui, con tal que la confesion de que habla nuestra ley fuese hecha en favor de una persona capaz de adquirir por última voluntad: pues no tendria lugar, si no lo fuese, segun Bart. á la l. 37. §. 6. D. *de legat.* 3. y Salic. á d. autent. *quod obtinet*, C. *de probat.*

(1) Nótese lo que en esta ley se dice de la lealtad y probidad del hombre; y añad., segun Bald. á la l. 2. col. 3. D. *de senator.*, que debe siempre amarse á los buenos, porque son amados de Dios, y siempre salen triunfantes; y espeler de todos los honores á los malos, porque sirven al diablo y no tienen conciencia.

(2) Por lo que hace á si el oficio de escribano es un cargo ó bien una dignidad, V. Bart. á la l. 6. §. 1. D. *ad Leg. Jul. repetund.* y l. 15. y Glos. y Juan de Plat. allí, C. *de decur.* donde se lee que es uno de los oficios útiles, esceptuando á los escribanos del Rey [los cuales segun la nota 4. son considerados mas bien que como simples oficiales, como constituidos en cierta dignidad] y añad. Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *restat* col. 6. vers. *igitur*. En nuestro reino no se tiene por deshonroso el ejercer dicho oficio; [no sucedia asi entre los romanos, quienes reputaban por oficio vil, el de los llamados *tabelliones;* de suerte que por esta razon, segun Gotofredo á d. l. 15. C. *de decur.* estaba prohibido á los decuriones el ejercerlo, V. Niew port. *Rituum Romanor.* secc. 2. cap. 15. §. 1.]; antes bien por las leyes de Partidas, en especial la 14. de este tit. se califica de atroz la injuria hecha á un escribano público: y añad. lo que se lee en el *Ecclesiastic.* cap. 10 vers. 5. *Super faciem scribæ imponet honorem suum.* * V. D. Joaquin Escriche, diccionario razonado de legisl. y jurispr. art. *Escribano* §. 4. tom. 2. pág. 78. donde, despues de referir varias curiosas especies sobre la mayor ó menor consideracion que en diferentes épocas y naciones se ha tributado al oficio de escribano, y á los que se han dedicado al mismo, se lamenta de ver todavía empañado el brillo que deberia tener por su alta trascendencia; y, al mismo tiempo que señala las causas de las que, en su concepto, dimana tan grave mal, propone para remediarlo varias medidas; algunas de las cuales, como la de prescribir á los aspirantes á la notaría algun estudio de las leyes y un curso teórico-práctico de su profesion, han sido posteriormente adoptadas por el gobierno en las Reales órdenes de 11 diciembre de 1843. y 12. abril de 1844.

(3) Añádase que tambien tiene pública autoridad, porque ejerce potestad ó jurisdiccion el que lo ha puesto ó constituido. * Con mucha oportunidad observa el Sr. Escriche, (lu-

uillejos, e las cartas, e los actos de Casa del Rey (4), e los otros, que son los Escriuanos publicos, que escriuen las cartas de las vendidas, e de las compras, e los pleytos, e las posturas que los omes ponen entre si en las Cibdades (5), e en las Villas. E el pro que nace dellos es muy grande, quando fazen su oficio bien, e lealmente: ca se desembargan, e acaban las cosas, que son menester en el Reyno, por ellos, e finca remembrança de las cosas pasadas, en sus registros (6) en las notas que guardan, e en las cartas que fazen, assi como mostramos en el Titulo ante deste, que fabla de las Escripturas.

LEY 2. *De qual manera deuen ser los Escriuanos, e como deuen ser de buena fama.*

Leales e buenos e entendidos deuen ser los Escriuanos de la Corte del Rey (7), e que sepan bien escreuir; de manera que las cartas que ellos fizieren, qne bien semeje que de Corte del Rey salen, e que las fazen omes de buen entendimiento: e deuen auer en si todas las otras bondades que diximos en la segunda Partida, en las leyes (8) que fablan de los Escriuanos, en el Titulo de los Oficiales de la Corte o Casa del Rey. Otrosi dezimos, que los Escriuanos publicos que son puestos en las Cibdades, o en las Villas, o en otros lugares, que deuen ser omes libres (9), e Christianos (10), de buena fama (11). E otrosi deuen ser sa-

gar citado en la nota que antecede) que las palabras en que esta nuestra ley se halla concebida, nos dan, mas bien que la definicion del oficio, la etimología del nombre; V. al mismo allí.

(4) El oficio de estos escribanos destinados á las chancillerías es considerado como una dignidad, segun la l. 1. C. *de mandat. Princip.* y Salic. allí. V. l. 7. tit. 9. Part. 2. y Bald. á la l. 4. C. *de advoc. divers. judic.* *V. tambien á D. Joaquin Escriche lugar antes citado, donde enumera las diferentes especies de escribanos, y los clasifica en escribanos reales, numerarios, de concejo ó ayuntamiento, y de cámara. Estos últimos sustituyen en el dia á los destinados á las chancillerías, á quienes se refiere la presente ley.

(5) Por ley general está establecido que se constituyan escribanos, asi en las provincias, como en las ciudades, l. 3. C. *de tabular.*

(6) V. l. 9. de este tit. * L. 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

(7) Pues no conviene que de las chancillerías Reales salgan los despachos incorrectos; y por esto, segun el cap. *ad audientiam* 11. *de rescript.* la incorreccion ó los errores gramaticales en un rescripto del Papa hacen presumirle viciado ó ilegítimo: disposicion, que Abb. allí hace estensiva á los rescriptos de los Príncipes; porque tambien tienen estos sus chancillerías ordinarias, y obran, respecto de aquellos, las mismas razones que respecto de los del Papa, bien que lo pone en duda Felin. á quien puede verse, ampliacion 2. y V. l. 8. D. *de stat. hom.*: ni conviene que los espresados despachos ó rescriptos tengan mala caligrafía, V. Juan de Plat. á la l. 2. col. 2. C. *de petit. bonor. sublat.* y V. l. 27. tit. 4. lib. 2. Ordenam. Real.

(8) Ll. 7. y 8. tit. 9. Part. 2.

(9) Añad. l. 3. C. *de tabular.*

(10) Asi, pues, no podrán ser escribanos los judíos, Ang. á la *Novell.* 8. tit. 3. *collat.* 2. ¿Podrán serlo, empero, los que se hubieren convertido á la fe católica? V. Jason. á la rubr. D. *de just. et jur.* col. 1. y cap. *constituit* 17. §. 4. vers. *aut qui ex judæis sunt;* debiendo añadirse que los notarios cristianos, al autorizar las escrituras otorgadas entre judíos, no por esto han de dejar de invocar el nombre de Dios, V. Bart. á d. rubr. col. 2. * ¿Podrá hoy ser escribano el judío ú otro que no profese la fe católica? Creemos que nó; pues, si bien en ninguna de las leyes del tit. 15. lib. 7. Nov. Rec. en donde se establecen los requisitos necesarios para ejercer dicho oficio, se cuenta entre ellos el de profesar la religion católica, con todo ni tácita ni espresamente puede decirse que esté derogada por las citadas leyes la presente de Part.

(11) Tampoco, pues, podrán ser escribanos los infames, Luc. de Pen. á la l. 2. C. *si serv. aut libert. ad decur. aspir.*: pero si uno se ha hecho infame siendo ya escribano ¿valdrán las escrituras otorgadas por el mismo? V. Bart. á la l. 6. §. 1. D. *ad Leg. Jul. repetund.* y á Bald. quien cita á d. Bart. y en algunos puntos se aparta de la opinion de este, á la l. 15. col. 4. C. *de fid. instrum.* y á la l. 13. C. *de testam. milit.* y l. 10. C. *deposit.* * En órden al requisito de buena conducta necesario para poder ser escribano, V. las ll. 4. y 5. y la nota 7. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec. en las que se exige, para que sean admitidos á exámen los que lo solicitaren, que presenten certificacion de su habilidad y *fidelidad* librada por las justicias de sus pueblos respectivos; y V. tambien las ll. 2., 6., 7., 8. y 10. de dd. tit. y lib. que requieren ademas certificacion de haber practicado dos años continuos en el despacho de algun escribano público, abogado ó relator y de haber cumplido los 25 años; sobre cuyos dos últimos requisitos está espresamente prohibido que se

bidores en escreuir bien, e entendidos de la Arte de la Escriuania (12), de manera que sepan bien tomar las razones, o las posturas que los omes pusieren entre si ante ellos. E deuen ser omes de poridad (13), de guisa que los testamentos, e las otras cosas que les fueren mandadas escreuir en poridad, que las non descubran en ninguna manera; fueras ende si fueren a daño del Rey, o del Reyno. E demas dezimos, que deuen ser vezinos (14) de aque-

conceda dispensa, d. l. 10. y ley de 14. abril de 1838.

(12) No tienen, pues, obligacion de saber las leyes ó el derecho, contra la opinion de la Glos. á la l. 3. C. *de tabular.* y Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *restat* vers. *sed numquid tabellio:* pero esto debe entenderse, segun Bart. á la l. 17. C. *de fid. instrum.*, de suerte que no ignoren el derecho, en lo que se refiere al arte de notaría, como la suma de Rolando y otros libros semejantes, segun opina tambien Juan de Plat. á d. l. 3. y lo confirma bastante lo dispuesto en nuestra ley aqui. El escribano, pues, debe saber las notas ó fórmulas de escrituras de las que se habla en el tit. 1. y lo demas perteneciente á su arte; con respecto á lo cual es responsable de su ignorancia á las partes interesadas en las escrituras que recibiere, segun Abb. y Juan de Plat. lugares antes citados y este último á la l. 2. C. *de petit. bonor. sublat.* añad. l. ult. y Bald. allí C. *de magistr. conveniend.* y Bald. á la rubr. C. *de pœn. jud. qui mal. judic.* hácia el fin y á la l. 1. lectura 2. D. *de stat. hom.* y debe saber tambien las cosas sobre las cuales está prohibido contratar y otorgar escrituras, las que pueden verse en Luc. de Pen. á la l. 1. C. *ut nemo ad suum patroc. et vic. eor.* col. 4.; siendo de notar que si algun escribano otorgare escrituras sobre dichas cosas, quebrantando el juramento prestado al entrar en el oficio, no serán válidas las demas que despues recibiere, Luc. de Pen. á la l. 12. C. *de susceptor. præpos. et archar.* * V. lo dicho en la adic. á la nota que antecede, y añad. la Real órden de 13. abril de 1844. en la cual se dispone que en lo sucesivo nadie pueda obtener título de escribano ni notario de reinos, sin acreditar haber cursado y probado los dos años académicos uno de toda la parte de derecho civil español que tiene relacion con el oficio de escribano, y otro de la práctica forense ó sustanciacion civil y criminal y otorgamiento de documentos públicos, en alguna de las cátedras creadas al efecto por la citada Real órden; y de haber practicado, despues del exámen del último curso, un año completo en el oficio de algun escribano de los incorporados en alguno de los colegios de esta clase; todo sin perjuicio de acreditar asimismo las demas calidades prevenidas en las órdenes vigentes al publicarse dicha Real órden: esceptuándose solamente de lo dispuesto en ella á los abogados, los cuales pueden obtener título de escribano, reuniendo las calidades exigidas por las leyes anteriores; los que aspiren á alguna escribanía de cámara, para lo cual les basta sujetarse á lo prevenido en las Ordenanzas de las audiencias, (arts. 123., 124. y 125. de las mismas) y los que, al publicarse la Real órden espresada, estuviesen ya examinados de escribano, por alguna audiencia, con arreglo á las leyes hasta entonces vigentes, ó hubiesen obtenido remate á su favor de algun oficio de escribano ó notario, subastado por cuenta del Estado.

(13) Nótese que los escribanos tienen obligacion de guardar secreto, cuando las partes se lo exigieren; esceptuando, empero, las escrituras ó documentos otorgados ocultamente en perjuicio de tercero; antes bien se castigaria al escribano que autorizase semejantes actos clandestinos, segun Inoc. al cap. 1. col. 2. vers. *item quod, de fid. instrum.* Bald. á la l. 15. col. penult. C. *mandat.* á cuyo propósito es digno de notarse lo que en la presente ley se añade sobre los instrumentos otorgados en perjuicio del Rey ó del reino; y V. l. 8. tit. 9. Part. 2. l. 5. de este tit. y Abb. á d. cap. 1. col. penult.

(14) Nótese esto, á propósito de lo anotado por Bald. á la l. 13. C. *de advoc. divers. jud.* esto es, que los escribanos no matriculados, no pueden recibir ó autorizar escrituras; con lo cual se escluye á los actuarios ó judiciales; V. lo que hoy está dispuesto en la l. 4. tit. 18. lib. 2. orden. Real. ó sea que los escribanos que no son de número no puedan donde los haya, autorizar escrituras de contratos, obligaciones ni testamentos [l. 7. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. la cual prohibe la recepcion de semejantes escrituras, en los pueblos donde hubiere número establecido, á todos los escribanos que no pertenezcan á él, bajo pena de veinte mil maravedís y privacion de oficio, previniendo ademas que las escrituras recibidas contra lo dispuesto en la misma ley, no hagan fe ni prueba, bien que puedan probarse por otro género de prueba: pero que los actos judiciales puedan ser autorizados por el escribano, ante quien pasaren, aunque no sea de número, segun la l. 3. tit. 32. lib. 12. Nov. Rec. y que asimismo cualquier escribano, aunque no sea numerario, pueda ejercer libremente su oficio en las

llos lugares onde fueren Escriuanos, porque conozcan (15) mejor los omes entre quien fizieren las cartas: e deuen ser legos (16), porque han de fazer cartas de pesquisas, o de otros pleytos, en que cae pena de muerte, o de lision; lo que non pertenece al Clerigo, nin a otros omes de Orden; e demas, porque si fiziessen algun yerro por que mereciessen muerte; o alguna pena, que gelo pueda el Rey acaloñar.

LEY 3. *Quien deue poner los Escriuanos en la Corte del Rey, e en las Ciudades, e en las Villas.*

Poner Escriuanos, es cosa que pertenesce a Emperador, o a Rey (17). E esto es, porque es tanto como uno de los ramos de Señorio del Reyno. Ca en ellos es puesta la guarda, e lealtad de las cartas, que se fazen en la Corte del Rey, e en las Ciudades, e en las Villas. E son como testigos publicos en los pleytos, e en las posturas que los omes fazen entre si. E porende, lugar de tan gran guarda, e de tan gran lealtad como este, non es guisado, que ningun ome aya poderio para otorgarlo, si non fuere Emperador, o Rey, o otro a quien otorgasse (18) alguno dellos poderio señaladamente

aldeas donde no hubiere numerarios y en los lugares donde estuviere la corte y chancillerías, y actuar con los alcaldes de sacas y hermandad, autorizando las obligaciones que pertenezcan á estos negocios, así como los referentes á las rentas reales, cuando no haya para ellos escribano propietario ó teniente]: y añádase á lo dicho que no deben proveerse las plazas de escribanías numerarias, sino á favor de naturales ó vecinos del lugar en que han de servirse aquellas, ll. 8. y 23. tit. 2. lib. 7. orden. Real. y V. lo anotado por Bald. á la l. 17. D. *de stat. hom.* donde dice que ni aun los ciudadanos adoptivos ó avecindados, esto es, los que hayan obtenido la ciudadanía en algun lugar, sin ser originarios, podrán ser admitidos para ejercer dichos oficios, donde haya prevalecido la costumbre de no admitir mas que á los naturales: porque la costumbre restringe al privilegio.

(15) V. l. 54. tit. 1. de esta Part. y lo anotado allí.

(16) V. l. 17. tit. 3. lib. 1. y l. 15. tit. 18. lib. 2. orden. Real.: y acerca de si el escribano lego, que lo sea constituido por la autoridad tambien lega ó temporal, podrá autorizar escrituras concernientes á cosas espirituales, V. Abb. al cap. *sicut* col. 4. *ne cleric. vel monach.* y al cap. *cum dilectus* col pen. *de fid. instrum.* y Specul. tit. *de instrum edit.* §. *restat* col. 2. vers. *quid si tabellio* y siguiente: opinando Abb. allí que indistintamente debe darse fe á las escrituras recibidas por notarios legos, aunque sean sobre cosas espirituales; V. á los mismos allí. * Las ll. 1. y 3. tit. 14. lib. 2. Nov. Rec. prohiben á los legos otorgar escrituras de contratos ni otras obligaciones ante escribano alguno eclesiástico, y asimismo á los escribanos que sean clérigos el usar de su oficio entre personas legas, bajo pena de nulidad de las escrituras ó instrumentos que contra dicha prohibicion se otorgaren.

(17) Añad. Inoc. al cap. *cum P. tabellio*, *de fid. instrum.* y Abb. allí col. pen. Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *restat* col. 6. y 7. Bart. á la l. 17. §. 1. D. *de adopt.* y Bald. á la rubr. C. *de fid. instrum.* col. 2. * Siendo una de las prerogativas reservadas á la corona la de nombrar escribanos, segun lo dispuesto en esta ley, y en otras posteriores, señaladamente en la l. 15. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec., debe, á este propósito, advertirse que, sin embargo de haber la misma corona enagenado varias escribanías convirtiéndolas en propiedades pasticulares, no producian dichas enagenaciones el efecto de que los propietarios pudiesen nombrar para servir las escribanías cedidas á las personas que quisiesen, aunque no hubiesen obtenido título real de escribanos públicos, sino el de poder elegir para proveer dichos oficios entre los que obtuviesen el espresado título, ó el de poderlos servir los propietarios por sí mismos con tal que fuesen tambien escribanos públicos y reales: y á propósito de esto y de lo que dice el glosador en la nota próxima siguiente es muy digno de notarse que la regalía de nombrar escribanos habia sido ya, como tal, declarada imprescriptible por la l. 8. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. en la cual se prevenia que ningun escribano pudiese autorizar actos judiciales ni estrajudiciales sin tener el real nombramiento asi en los lugares realengos, como en los abadengos, de órdenes y de señorío, *sin embargo de cualquier posesion ó costumbre, aunque inmemorial, que hubiese en contrario*: cuya ley que es del año 1566. debe considerarse derogatoria de la l. 5. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec. publicada por el rey D. Alonso en Valladolid en 1325. y por la cual se mandaba guardar á las ciudades, villas y lugares el fuero ó privilegio de nombrar notarios ó escribanos públicos, con tal que lo hubiesen ejercido por espacio de 40 años.

(18) Y ¿si hubiese prevalecido la costumbre de nombrar los escribanos algun otro que el Príncipe? Deberia observarse respecto de

(19) de lo fazer. Ca assi como dixeron (20) los Sabios antiguos que fizieron las leyes, la guarda que pertenece comunalmente a todos los del Reyno, non conuiene a otro tanto como al Rey, que es cabeça, e (*a*) Señorio del Reyno; nin es otro ninguno assi poderoso como el, para fazerlo. E otrosi a el conuiene, más que a otro, por toller el desacuerdo, que suele acaescer entre los omes, quando vsauan ellos (21) a poner Escriuanos. Ca si ellos lo auiessen a fazer, pocas vegadas se acordarian en vno; e demas los que fuessen puestos por Escriuanos por mano de alguno, tenerse yan todavia por debdosos, de catar mas pro de aquellos (22) que los y metiessen, que de los otros: e assi non seria guardado el pro comunal de todos, por que deuen ser puestos. Pero dezimos, que aquellos que pueden poner Judgadores (23) en sus lugares, pueden y poner Escriuanos que escriuan las cosas que passaren en juyzio ante ellos. Mas Escriuanos pu-

(*a*) señor del, Acad.

ella lo mismo que respecto de los privilegios. V. l. 7. y Juan de Plat. allí C. *de numer. actuar.* Pero ¿ bastaria, para que semejante costumbre tribuyese derecho, el que hubiese perseverado por espacio de cuarenta años? Parece que asi debe inferirse de la l. 10. tit. 1. lib. 7. ordenan. Real. [l. 8. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.] y de ser aquel tiempo el que se considera necesario y suficiente para que prescriba legítimamente una costumbre, cap. ult. y DD. allí *de consuet.* Lo contrario, empero, parece probar la l. 8. del citado tit. y lib. la cual, hablando de la costumbre de proveer los oficios públicos, dice: *ó por costumbre antigua que el derecho iguala á privilegio*; con cuyas palabras parece referirse á la inmemorial, lo mismo que el cap. *super quibusdam*, 26. §. *præterea de verb. signif.*; y en tanto es de creer asi, en cuanto el derecho de nombrar los escribanos es de los reservados al Príncipe como se declara en nuestra ley aqui y lo observan Inoc. á d. cap. *cum P. tabellio* y Abb. á d. §. *præterea*, y por consiguiente de aquellos que no se adquieren por la prescripcion ordinaria, como se dice allí y lo espresa el citado Abb. quien, hablando de la costumbre en general, dice á d. cap. ult. col. 7., ser muy cierto que toda costumbre contraria á alguna de las prerogativas especialmente reservadas al Príncipe, no se legitima por la prescripcion, sino cuando llega á ser tan antigua, que no haya memoria de cuando comenzó, segun el texto notable de d. cap. *super quibusdam*: sin que obste á lo que acaba de decirse la citada l. 10. del ordenamiento, porque lo declarado en ella debe tan solo entenderse limitadamente al derecho posesorio, y para el efecto de que haya de mantenerse en la posesion de semejantes costumbres á los que aleguen haberla obtenido de hecho por espacio de cuarenta años; pero no en cuanto al derecho de propiedad: de suerte que, tan solo hasta que se hubiere declarado si esta le compete ó nó, seguirá ejerciendo el derecho de nombrar los escribanos la ciudad ó concejo que por espacio de cuarenta años lo hubiere poseido. [Asi lo declaraba espresamente la l. 6. tit. 4. lib. 7. Nov. Rec.] tal vez la citada l. 8. deba considerarse que es derogatoria de la l. 10., como posterior á la misma: mas yo creo que la primera interpretacion es la mas verdadera y admisible. * La cuestion que aqui propone el glosador está resuelta y declarada por la l. 8. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. acerca la cual V. lo que se ha dicho en la adic. á la nota que antecede.

(19) Requiérese, pues, para esto especial privilegio, como se declara aqui; y lo espresan los DD. en los lugares citados en la nota 16.; pudiendo verse ademas la l. 8. tit. 1. y l. 23. tit. 2. lib. 7. Ordenam. Real. * V. lo dicho en las adiciones á las notas que anteceden.

(20) V. l. 3. D. *de offic. præfect: vigil.*

(21) Indícase con esto que la eleccion ó nombramiento de escribanos habia competido por derecho antiguo á las universidades ó concejos de los pueblos: añad. l. 2. C. *de decur.* y lo anotado por Bart. y Juan de Plat. allí, esto es, que por derecho comun, la eleccion de los oficiales estaba á cargo de los concejos de las ciudades: y que deben los nombramientos de aquellos ser aprobados por el Príncipe, l. 2. C. *de cohort.* * V. la adic. á la nota 17.

(22) Nótese esta razon de la ley que es aplicable á muchos casos análogos: y acerca de si son válidos los instrumentos autorizados por un escribano á favor del señor que lo hubiere creado, V. Bart. á la l. 40. D. *de testam. milit.* donde, fundándose en el texto de la misma, opina por la afirmativa.

(23) Nótese esto, y V. Andr. de Iser. *de prohib. feud. alien. per Freder.* vers. *scriba verò* y Oldrald. consil. 75.; pareciendo aprobarse aqui la opinion de Hostiens. al cap. *cum P. tabellio, de fid. instrum.* y al princip. de la suma de d. tit. §. *quibus instrumentis* y á la suma *ne clerici, vel monachi* §. *qui sunt*; por mas que Andr. de Iser. á d. vers. *scriba* sostiene la opinion de Inoc. de que el derecho de nombrar escribano es esclusivo del Príncipe, citando una constitucion del reino de

blicos de Concejo, cuyas cartas deuen ser creydas por todo el Reyno (24), ninguno non los puede poner, si señaladamente non les fuesse otorgado poderio del Rey de los fazer, por las razones que ya diximos.

LEY 4. *Como deuen ser prouados los Escriuanos.*

Prouados, (25) deuen ser los Escriuanos, quando los aduzen ante el Rey, si son sabidores de escreuir, (26) e si han en si aquellas bondades que diximos en la ley ante desta. E porende, quando algunos vinieren ante el Rey, o fueren aduchos por esta razon que diximos; si fueren para ser Escriuanos de su Corte, o para fazer pesquisa do el fuere, o en otro lugar, deue el Rey saber de aquellos que mas conocedores (27) fueren en su casa destas cosas, si son atales como de suso diximos. E esto deue el Rey otrosi prouar; e si tales fueren, deuelos recebir, e de otra guisa non. Mas si fueren para ser Escriuanos en las Ciudades, o en las Villas, deue el Rey saber de los omes buenos (28) de quellos lugares onde son aquellos que quieren fazer Escriuanos, (*b*) de los de su casa, e de otros qualesquier por quien mejor lo pueda saber, si son tales como diximos en la ley ante desta; e entonce deuen, e pueden ser recebidos, e non de otra manera. Pero los Escriuanos de la Corte del Rey deuen jurar, que fagan las cartas lealmente, e sin alongamiento, e que non caten y amor, nin desamor, nin miedo, nin verguença, nin ruego, nin don que les den, nin les prometan. E sobre todo, que guarden poridad del Rey, e su Señorio, e su cuerpo, e su muger, e sus fijos, e todas las cosas que a el pertenecen, segun aquello que ellos han de fazer: e los Escriuanos de las Ciudades, e de las Villas, deuen jurar (29), que guarden otrosi al

(*b*) o de los de su casa, o de otros etc. Acad.

Sicilia, en que se establece que en las tierras de su dominio solamente el Príncipe puede nombrar los escribanos; é infiriendo de aqui que en las tierras sujetas á barones se permite á estos que los nombren, aunque no indistintamente para autorizar toda clase de escrituras, sino para los negocios judiciales, y nó para los demas: en cuyos términos no podrán esos escribanos nombrados por los señores territoriales autorizar testamentos, ni escrituras de ventas ni otros contratos y obligaciones estrajudiciales; á menos que, por privilegio, hayan sido autorizados para hacerlo, bien sea por concesion del Príncipe ó por costumbre ó prescripcion, como se ha dicho en la nota 18. Y debe advertirse mucho esto que aqui se establece en nuestra ley; pues comunmente entienden los DD. que los Prelados, Condes y señores territoriales pueden nombrar escribanos para funcionar en sus territorios indistintamente y no tan solo para los negocios judiciales como se establece aqui. *V. la adic. á la nota 17.

(24) Porque á los escribanos generales tan solo el Príncipe puede nombrarlos, segun Inoc. á d. cap. *cum P. tabellio* y Bald. á la l. 3. lectura 1. col. 3. D. *de jurisd. omn. judic.*

(25) Esto es, examinados; para lo cual deben comparecer personalmente sin que puedan hacerlo por medio de apoderado, segun Bald. á la l. 2. C. *de his qui ven. ætat. impetr.* Pero ¿deberia sujetarse tambien á examen el que sin él hubiese sido nombrado y fuese de otra parte idóneo, ó deberia removérsele por faltarle aquel requisito? V. la Glos. y Archid. al cap. ult. dist. 24 donde tratan de los exámenes á que deben sujetarse los clérigos, y añade este último que á ninguno absolutamente deberia admitirse sin el previo exámen. *V. la adic. á la nota 11. y el art. 7. de la Real ord. allí citada de 13. Abril 1844.

(26) Añad. l. 8. tit. 9. Part. 2. *V. art. 6. de dicha Real ord. de 13 Abril de 1844. por el cual se exige, á los que aspiren á matricularse en las cátedras de Notarios, un previo exámen y aprobacion de gramática castellana y aritmética.

(27) Hoy se observa en esta parte loque está dispuesto por la l. 4. tit. 18. lib. 2. ordenanz. Real. En la corte de Roma son remitidos los candidatos á un examinador nombrado á este efecto: V. Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *restat.* col. 11. vers. *sed quæro sub qua forma.* *V. las adiciones á las notas que anteceden.

(28) Téngase presente lo que aqui dispone nuestra ley, de la cual y de las disposiciones posteriormente publicadas, ha procedido la práctica de exigir á los que se examinan en el Consejo real para ser Notarios de los Reinos que produzcan certificaciones de su lealtad y demas calidades, libradas por los pueblos de su naturaleza: lo cual se exige justamente; pues algunas veces tiene tanto valor el testimonio de los pueblos, como el exámen personal; V. Glos. al cap. *causationes* 2. quest. 7. que en algunas ediciones empieza con la palabra *criminationes*, y V. con la Glos. al cap. *nullus ordinetur* dist. 25. *V. ll. 4. y 5. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec. y adic. á la nota 11. de este tit.

(29) Nótese aqui el juramento que deben

Rey: e a su Señorio, e todas las cosas que le pertenecen, assi como de suso diximos. E otrosi, que guarden pro, e honrra de sus Concejos (30), en quanto ellos pudieren, e sopieren; e que fagan las cartas (31) lealmente, guardando todas las cosas que diximos, que deuen ser guardadas de los Escriuanos del Rey en fazer las cartas del Rey.

LEY 5. *Quales cosas son las que deuen guardar los Escriuanos.*

Segun diremos en esta ley, ha menester que guarden los Escriuanos, aquellas cosas que aqui mostraremos: e guardando esto, faran derechamente aquello para que son puestos. E las cosas que deuen guardar, son estas. Primeramente, si el Rey les mandare fazer cartas en poridad (32), que non deuen mostrarlas a ninguno, nin fazer señal, nin muestra en ninguna manera por si, nin por otri, por que puedan entender lo que en ellas dize, si non aquellos, a que lo el Rey mandare; nin otras cartas ningunas, maguer non sean de poridad, non las deuen mostrar, si non aquellos, a quien son tenudos de lo fazer, assi como a Canceler, o a Notario, o al Alcalde, o a Sellador: e otrosi deuen guardar, que las cartas que les

prestar los escribanos; y añad. l. 9 tit. 1. de esta Part. y lo anotado allí: debiendo aquellos abstenerse de autorizar escrituras sobre negocios que sean reprobados ó prohibidos por las leyes, l. 14. §. 1. C. *de sacros. Eccles.* l. 1. C. *de inmun. nemin. conced.* l. 2. y Bald. allí C. *de eunuch.* donde dice este que el escribano que autoriza una escritura ilícita debe ser castigado criminalmente, y ademas privado de oficio; y declarado infame, si autoriza un contrato fraudulentamente usurario, segun Bald. al §. *callidis, de prohib. feud. alien. per Freder.* quedando el que esto hiciere obligado á la restitucion por el fuero eclesiástico, segun Juan de Plat. á la l. 7. C. *de jur. fisc.* citando la Glos. sing. á la l. 7. D. *ad L. Pomp. de parric.* y añad. Archid. al cap. *sicut*, 46. dist. donde dice tambien que se hace reo de perjurio por faltar al juramento prestado, al ser admitido en el oficio, de no autorizar escrituras usurarias, quedando inhábil para ejercerlo en lo sucesivo, y Bald. á la rubr. C. *res inter alios acta* col. 2. hácia el fin observa ser esto muy natural y consecuente, porque el autorizar contratos ilícitos es cometer una especie de falsedad, l. 29. C. *de testam.* y añad. cap. *unicum* vers. *scriba vero*, *de prohib. feud. alien. per Freder.* y á la *Novell.* 7. cap. 9. *collat.* 2.: Sin embargo, no siempre se castiga como falsarios á los escribanos que autorizan semejantes documentos; siendo un caso especial el de que se trata en d. l. 29. C. *de testam.* segun Bart. á d. l. 2. C. *de petit. bonor subl.*; sino que se les impone otra pena semejante á la que se conmina contra los que autorizan contratos en fraude de los que obtienen oficios públicos, l. 1. y Juan de Plat. allí C. *ut nemo ad suum patrocin. suscip. rustic. vel vicos eor.*; y, acerca de este juramento que prestan los escribanos, V. á Juan Andr. despues de Hostiens. al cap. *sicut.*, *ne clerici vel monachi*, donde espresa las seis cosas que deben jurar, á saber: primera, que lo que vieren y oyeren, siendo para ello requiridos lo protocolizarán y elevarán á escritura, sin ocultar la verdad ni disfrazarla con falsedad alguna: segunda, que no revelarán los secretos que se les confiaren: tercera, que no autorizarán á sabiendas escritura ó contrato alguno usurario, ó que tienda á eludir la prohibicion de las usuras; cuarta, que registrarán ó protocolizarán todas las escrituras que recibieren ó autorizaren; quinta, que guardarán fidelidad á aquel que los ha nombrado; sexta, que ejercerán su oficio lealmente, sin codicia, odio, amor ni temor á nadie.

(30) Nótese bien y téngase presente esta cláusula del juramento, que es probablemente un vestigio del que se prestaba en los tiempos antiguos, cuando los escribanos eran nombrados ó elegidos por las universidades ó concejos; pues, como se ha dicho en la nota que antecede, deben los escribanos jurar fidelidad á aquel que los ha nombrado, y prometer tambien, bajo juramento, que le revelarán cualquier daño ó peligro que supieren amenazarle.

(31) Asi, pues, en virtud del mismo juramento estan obligados los escribanos á autorizar las escrituras para que fueren requiridos; y por esto se les suele requirir para ello, bajo pena de perder el oficio; porque, si dejan de hacerlo sin justa causa, cometen perjurio y pierden el derecho á que se dé fe á las escrituras por ellos autorizadas, segun Hostiens. y Juan Andr. al cap. *sicut te ne clirici vel monachi*; los cuales añaden allí que cualquiera del pueblo puede hacer semejantes requirimientos, arg. l. 3. D. *de offic. præs.* y cap. *relatum* 2. *de testam.* y que en este mismo sentido se dice que el escribano está consagrado al servicio del público (*servus publicus*); sobre lo cual V. tambien un texto notable contra los escribanos que se deniegan á desempeñar su oficio, en la l. 9. hácia el fin C. *de defens. civit.* citada por Juan de Plat. á la l. 1. C. *de inmun. nem. conced.*

(32) Añad. ll. 2. y ult. de este tit. y l. 8.

mandaren fazer, que las fagan de sus manos mismas (33), e non las den a otri a fazer. Pero si acaeciere, que sean enfermos; o que hayan otro embargo, o otras priessas atales, por que por si non lo pueden cumplir, bien las pueden mandar fazer a otros; mas aquel que las fiziere, escriua y su nombre, e como la fizo por mandado del otro: e despues que el otro la ouiere escrita, deue el por su mano escreuir en cabo de la carta (34), como el la mando fazer; e si de otra guisa lo fiziesse, seria la carta falsa, e non valdria, e el auria pena de falsario. Otrosi deuen guardar, que en las cartas foreras non pongan palabras, que semejen de gracia. E los preuillejos que mandare confirmar el Rey, que valan assi como valieron en tiempo de algund Rey, o despues a tiempo señalado; que non pongan en ellos

tit. 9. Part. 2.

(33) Segun esto, pues, todas las escrituras debe escribirlas por su mano, el escribano, ante quien fueren recibidas, sin que pueda hacerlas escribir por otra persona: y añad. *Novell*, 44. cap. 1. *collat*. 4. y Glos. allí vers. *ibi perse*. Specul. y Juan Andr. adicion. tit. *de instrum. edit.* vers. *item oppo. quod non est confectum per eum*. Pero ¿ debe esto entenderse de todas las escrituras, de suerte que deba el escribano escribirlas por sí mismo, no solo cuando las pone en su protocolo, sino tambien cuando sacare de él alguna copia? Bald. á la rubr. C. *de fid. instrum.* col. 7. dice que el protocolo deberá escribirlo personalmente; pero que, en cuanto á la copia ó trasunto, podrá, en caso de necesidad ó de muchas ocupaciones, hacerlo escribir por otro, con tal que él lo suscriba y lo signe con su propio signo: y lo mismo sostiene á la l. unic. §. 9. col. penult. C. *de caduc. tollend.* y Alex. á la l. 9. §. 1. col. ult. D. *de edend.* y consil. 41. vol. 1. Lo contrario, empero, opinan Pedro de Anchar. consil. 242. que empieza: *prius. de viribus*; y Paul. de Castr. col. 1. consil. 209. que empieza: *viso quodam instrumento*; esto es, que aun en el protocolo basta que el escribano se suscriba, segun la l. 47. §. 1. hácia el fin D. *de pact.* Juan de Imol. al cap. ult. *de offic. deleg.* sostiene contra el Carden. allí, que ni aun las copias ó trasuntos puede el escribano hacerlos sacar ó escribir por otro, sino que él debe hacerlo personalmente: pero Abb. al cap. *inter dilectos*. col. 6. y 7. *de fid. instrum.* defiende la opinion del Carden. y allí mismo da solucion al citado cap. 1. Novell. 44. y Bart. á la l. 15. §. 2. D. *ad leg. Corn. de fals.* dice que, estando el escribano impedido, puede hacer escribir por otro las escrituras que recibiere, pero con tal que las suscriba con una firma especial; sin que baste en tales casos la general de que usare comunmente. Mas todas esas dudas y cuestiones han quedado resueltas por nuestra ley de Partida que prohibe á los escribanos el que se valgan de otras personas para escribir los instrumentos que reciban sin distinguir entre el protocolo y las copias ó trasuntos; de manera que debe entenderse aquella prohibicion general y absoluta. Añad. á lo dicho el cap. 1. de las ordenanzas para los escribanos en la pragmática que está en observancia: pero, esto sin embargo, ha prevalecido la costumbre de no escribir los escribanos personalmente las copias, ni los originales ó protocolos, sino que los mandan escribir por otros: y en estos términos se les da fe, mientras esten suscritos personalmente por el escribano, sin haber visto jamas que, por dicha razon, se les negase el crédito, mientras, por lo demas, se haya observado lo que previene la citada ordenanza. *La práctica que aqui refiere el Glosador de no escribir los escribanos los instrumentos por sí mismos está en cierto modo autorizada por las leyes recopiladas, en ninguna de las cuales se previene que hayan de hacerlo personalmente, esceptuándose tan solo la l. 7. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. que establece hayan de escribir por sí mismos los dichos ó declaraciones de los testigos que se recibieren en juicio; cuya disposicion especial parece suponer que en los demas casos puedan los escribanos estender los instrumentos por medio de sus dependientes: siendo lo peor de todo que hasta en el caso espresamente esceptuado por la ley suelen tambien hacerlo asi, contraviniendo á aquella terminante prohibicion, y resultando que no solo la material escritura, sino tambien la redaccion de las declaraciones de los testigos en lo judicial se encarga muchas veces á un escribiente; práctica reprobable y de la cual se lamenta con razon nuestro Glosador en la nota 123. tit. 16. de esta Part.

(34) En la fórmula propuesta en la ley 55. tit. 1. de esta Part. no se espresa este requisito de haber de notar el escribano al fin de la escritura el haberla hecho escribir por otro; y V. lo anotado allí: siendo de advertir que si el escribano autorizante no estuviese tan malo ó impedido que pudiese firmar y signar la copia ó trasunto y comprobarlo por sí mismo con el original, estaria obligado á hacerlo, en cuanto fuese posible; y deberia tambien poner su firma y signo, aunque no pudiese hacer personalmente el cotejo ó comprobacion; de suerte, que solo en el caso de estar absolutamente impedido, podria cerrar la copia en los términos espresados en d. l. 55.

otras palabras, por que semejen que son confirmados (35) sin entredicho ninguno, o que valan por todavia. Ca esto seria otrosi falsedad, si ellos por si mismos lo fiziessen sin mandado del Rey. E otrosi las cartas que el Rey les mandare fazer para embiar a algunos que oyan algun pleyto, e que lo libren, non las deuen fazer de manera que semeje, que gelo manda librar sin oyr las razones de ambas las partes. E otrosi deuen guardar, que las cartas que les mandaren fazer en vna forma, de qual manera quier que sean, que las non cambie en otra; mas que faga cada una segund la manera que deuen ser.

LEY 6. *Como deuen los Escriuanos ser auisados, para ditar las Cartas de simple justicia.*

De simple justicia son llamadas las cartas que el Rey, o sus Alcaldes mandan fazer a querellas de algunos que quieren alcançar derecho. E tales cartas como estas los Escriuanos que las fizieren deuen ser auisados, para dezir en ellas (despues que todas las razones fueren escritas) poniendo y esta palabra: si assi es como querello el que la carta gano, que fagan aquellos a quien va, o que cumplan lo bne en ella va. E aun dezimos, que si el Escriuano fuesse desacordado de non poner esta palabra en la carta, que siempre y deue ser entendida, maguer non fuesse y puesta (36). E los Juezes a quien fuere, assi lo deuen entender; llamando a ambas las partes, e judgandolas segun fuero e derecho.

LEY 7. *Que los Escriuanos de la Corte del Rey, e los de las Ciudades, o de las Villas deuen escreuir cumplidamente sus escriptos, e non por abreuiaduras.*

Escreuir deuen tambien los Escriuanos de la Corte del Rey, como los de las Ciudades, e de las Villas, (*c*) en los preuillejos, e en las cartas que fizieren (de cosas señaladas que mostraremos en esta ley, por guardar que non venga yerro, nin contienda en sus escriptos) las razones cumplidamente, e non por abreuiaduras (37). E esto es, que en los preuillejos, e en las cartas que fizieren, en cual manera quier que sea, que non pongan vna letra por nombre de ome, o de muger; assi como A. por Alfonso; nin en los nombres de los lugares, nin en cuenta de auer, o de otra cosa, assi como C. por ciento (38): essa mis-

(*c*) en los previllejos et en las cartas que ficieren, cosas señaladas que mos raremos en esta ley por guardar que non venga yerro nin coutienda en sus escriptos: et esto es que en los privillejos et en las cartas que ficieren etc. Acad.

y prescindir del requisito que se exige ademas en la presente. * V. la adic. á la nota antecedente.

(35) V. ll. 2. y 27. tit. 1. de esta Part.

(36) Conc. cap. 2. *de rescript.* y V. l. 48. tit. 1. de esta Part. con lo anotado allí.

(37) Nótese bien lo dispuesto aqui, por hallarse confirmado por los católicos Reyes en el ordenamiento de Alcalá, [l. 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.] la cual, en esta parte es declaratoria del derecho antiguo. Y en órden á lo que sobre este particular establecia el derecho comun, V. lo anotado por Bald. á la l. 29. §. 2. D. *de liber. et posth.* y Abb. al cap. *cum P. tabellio, de fid. instrum.* col. 3. 4. y 5. Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *ostenso* col. 6. y 7. y Juan Andr. adiciones allí. V. no obstante, sobre el particular lo anotado á la l. 9. de este tit.

(38) Nótese bien esto; porque lo contrario opinaba Bart. á la l. 9. §. 1. D. *de hæred. instit.* donde sostiene que las cifras representativas de los números ó guarismos no vician el instrumento en que estan continuadas con tal que sean las que se usan comunmente: y del mismo modo queda desechada por esta nuestra ley la opinion de Bald. á la l. 10. C. *de fideicom.* donde dice que si en alguna escritura se espresa que *fulano prometió tal cosa bajo pena del d.*, se entenderá haberlo prometido bajo pena del duplo, por no poder darse á aquella abreviatura otro significado, y deberse por lo tanto interpretar así el sentido de la misma: todo lo cual no deja de estar conforme con lo establecido por derecho comun: pero, no con lo dispuesto por el de Partidas, previniéndose, como se previene, en esta nuestra ley tan terminantemente que hayan de continuarse en las escrituras todas las palabras enteras y cumplidas; y lo mismo indica Bart. á d. §. 1. y á la autent. *quod sinè C. de testam.* Adviértase, empero, que, prohibiéndose tan solo en la presente ley el que se ponga por abreviatura una sola letra de la palabra que se quiere indicar, tal vez haya de considerarse permitido el qué se indique por medio de una sílaba, como lo pretende Bald. y como puede inferirse de lo anotado por Bart. á la l. ult. hácia el fin D. *ad Trebell.*, esto es, que, si en algun testamento se encontrare puesta en abreviatura la cláusula de substitucion, y no pudiere entenderse, si esta está ordenada en singular ó en plural, por poderse esplicar en los dos sentidos, se interpretará la voluntad del testador por lo que resulte de los antecedentes y consiguien-

ma guarda deue auer en la Era (39) que pusieren en la carta. E qualquier de los Escriuanos que de otra guisa fiziesse, si non como en esta ley manda, dezimos que el preuillejo, o la carta que fiziesse, que non valdria: e el daño, e el menoscabo que la parte recibiesse por esta razon, que seria tenudo de lo pechar (40).

LEY 8. *Que pro naze en fazer los Registros, e que deuen fazer, e guardar los Registradores.*

Registradores (41) son dichos otros Escriuanos que ha en Casa del Rey, que son puestos para escreuir cartas en libros que han nombre Registros: e Nos queremos aqui dezir, por que han nombre assi estos libros, e que pro viene dellos. E otrosi estos Escriuanos que los han de escreuir, que deuen guardar, e fazer. E dezimos, que registro (42) tanto quiere decir, como libro que es fecho para remembranza de las cartas, e de los preuilejos que son fechos. E tiene pro, porque si el preuilejo, o la carta se pierde, o se rompe, o se desface la letra por vejez, o por otra cosa; o si viniere alguna dubda sobre ella, por ser rayda, o de otra manera qualquier; por el registro (43) se pueden cobrar las perdidas, e renovarse las viejas. E otrosi por el pueden perder

tes; y en caso de duda se entenderá hecha ú ordenada la substitucion del mismo modo que lo hubiere sido la institucion: todo lo cual es tanto mas aplicable al caso á que se refiere el citado Bald., en cuanto en él se trata de una cláusula cuyo sentido es conocido, ó lo es la intencion del que debió ponerla. Añad. lo anotado por Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *ostenso* col. 6. versic. *quid si abreviatura* y col. siguiente, con la adicion de Juan Andr. allí; y V. l. 6. §. 2. y Glos. y Bart. allí D. *de bonor posess.* *La cit. l. 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. previene que los escribanos hayan de poner en sus registros ó protocolos *por estenso* las notas de las escrituras que ante ellos pasaren; y á esas palabras se refiere sin duda el Glosador, cuando dice que la citada ley ú ordenanza de Alcalá, es conforme con la presente de Partida.

(39) Nótese esto, y cuiden los escribanos de poner los años de la data, en las escrituras, con letras, y no con cifras ó guarismos.

(40) Segun lo dispuesto aqui los escribanos son responsables de la nulidad de las escrituras, cuando aquella procede de impericia ó culpa de los mismos; debiendo, en tales casos resarcir á los interesados todos los daños y perjuicios que se les hayan ocasionado. Añad. cap. 1. de las ordenanzas de Alcalá continuadas en las pragmáticas [l. 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.] y l. 1. D. *si mensor. fals. mod. dix.* y l. ult. C. *de magistr. conven.* y Bald. á la l. 8. col. 4. 1 y 2. lectura D. *de stat. hom.* con lo anotado á la l. 2. de este tit.

(41) V. acerca lo que se dispone aqui, todo el tit. 7. lib. 2. del ordenamiento Real, y las pragmáticas, en los fóleos 32. y 66. de la edicion que tengo á la vista; donde se trata tambien de los salarios de los registradores, y añad. lo anotado á la l. 4. tit. 20. de esta Part. *V. tambien las ll. del tit. 13. lib. 4. y tit. 21. lib. 5. Nov. Recop. cap. 7. de las ordenanzas de las audiencias y §. 4. cap. 5. del Reglam. del supremo tribunal de España é Indias.

(42) Son los registros de grande utilidad, y á los mismos debe recurrirse, como auténticos cuando falten las escrituras registradas ó se redarguyan estas de falsedad, como se previene aqui, y en el cap. *ad audientiam* 13. y en la autent. *ad hæc* C. *de fid. instrum.* debiendo registrarse, segun dispone la presente ley, hasta las letras en que se concede alguna gracia; y lo propio se establece en las *estravagantes* de Juan XXII. Acerca de los protocolos y registros de los escribanos, V. la l. prox. sig. siendo de notar que incurre en la pena de falsario el escribano que oculta el suyo, y niega haber recibido ó autorizado una escritura que verdaderamente recibió, V. Bald. á la l. 14. C. *de fals.*

(43) Nótese, cuanta sea la autoridad del registro; y, la misma que nuestra ley aqui, le da la práctica comunmente; de suerte que todos los dias, cuando se ha perdido la escritura de algun privilegio ó algun otro rescripto del Príncipe ó de su Consejo, se manda librar copia de los mismos sacada del registro; y no es esto estraño pues hasta algunas decretales de Gregorio fueron tambien sacadas de un registro, segun el cap. 2. *de constit.* y cap. 1. *de consuetud.* cap. 2. *de jurejur.* y cap. *quamvis*, *de regul. jur.* y á las copias sacadas de los registros y firmadas por los registradores [*Commentarienses*] encargados de aquellos se da entera fe, aunque no tengan firma de otro escribano alguno; pues basta el testimonio de dichos registradores que estan al frente de los registros y de sus archivos, segun la autent. *ad hæc* y lo anotado por Ang. allí C. *de fid. instrum.* y segun lo que se establece en la presente ley; debiendo añadirse lo que espresa Bald. á la autent. *si quis in aliquo* col. 3. C. *de edend.* versic. *sed hic quæro* á propósito de la cuestion que se agitaba relativamente á un escribano, que tenia concedida por es-

las dubdas (44) de las otras cartas, de que han los omes sospecha. E aun yaze y otra pro; que si alguna carta diessen como non deuan, por el registro se puede prouar quien la dio, o en que manera fue dada. E lo que deuen guardar, e fazer los Registradores, es esto: que escriuan las cartas lealmente como gelas dieren, non menguando, nin añadiendo (45) ninguna cosa en ellas: e non deuen mostrar el registro (46), si non al Notario, o al Sellador, o a otro alguno por mandado del Rey, o destos sobredichos; o alguno de aquellos (47) que han poder de judgar, o de fazer justicia, si alguna carta ouieren menester, de aquellas que pertenescen a lo que ellos han de fazer: e deuen señalar en el registro cada mes (48) sobre si, porque puedan saber mas ciertamente quanto fue fecho en el; e por este lugar pueden saber a cabo del año todo lo que en el fue fecho.

LEY 9. *Que deuen guardar, e fazer los Escriuanos de las Ciudades, e de las Villas.*

Tenudos son los Escriuanos publicos de las Ciudades, e de las Villas, de guardar e fazer todas estas cosas que aqui mostramos: primeramente, que deuen auer vn libro por registro (49), en que escriuan las notas de todas las cartas, en aquella manera que el Juez les

tatuto la facultad de rehacer las escrituras recibidas por su padre; y para la mejor inteligencia de dicha autent. *ad hæc* y de lo que dice Ang. á la misma, V. Paul. de Castr. allí y á Carl. en su comentario de las costumbres de Paris, tit. 1. §. 5. glos. 1. col. 13. y 14. donde pretende que el registro hace plena fe cuando se presenta el original que se ha tomado de alguna escritura con la firma del registrador; pero nó cuando se presentare una copia del mismo, aunque firmada por dicho registrador, á menos que se hubiese sacado con la autoridad del Juez, y citacion de la parte, ó que lo hubiese sido del registro de la Corte ó tribunal supremo del Rey, ó del archivo de los registros que hay en la misma; lo que se funda en un especial privilegio, segun el mismo allí.

(44) Pues en caso de haber discordancia entre la copia de una escritura y el original de donde aquella se ha sacado, mas bien deberá estarse á lo que resultare del registro tambien original, segun la *Novell.* 44. cap. 2. *collat.* 4. Bart. á la l. 47. D. *de legat.* 2. y á la l. 92. col. 2. D. *de regul. jur.* Bald. á la l. 30. C. *de testam.* col. 3. l. 6. §. 8. y Bart. allí D. *de edend.* cap. *ut veterum* y Glos. allí 9. dist.

(45) Y debe el registrador continuar tambien su nombre en los registros que tomare, l. 1. tit. 7. lib. 2. Orden. Real. * V. l. 1. d. tit. 13. lib. 4. Nov. Rec.

(46) Tal vez se dispone asi, para que el registro no ande por muchas manos, y no haya ocasion de cometer alguna falsedad ú ocultacion del mismo.

(47) Confírmase con esto lo que se ha dicho antes en la nota 42.: y, segun se establece aqui, está el registrador obligado á exhibir el registro cuando se lo mandare algun Juez.

(48) El método de dividir los registros por meses facilita los trabajos de busca y saca de los actos y escrituras registrados: asi como con la division de las heredades se encuentran mas fácilmente colonos y se hace mas provechoso el cultivo de las mismas, l. 86. §. 1. D. *de legat.* 2.

(49) Conc. *Novell.* 44. *collat.* 4., l. 2. tit. 8. lib. 1. Fuero de las leyes y la ordenanza de Alcalá de los reyes católicos: teniendo los escribanos obligacion de exhibir sus respectivos protocolos, cuando para ello fueren requiridos, segun Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *videndum* col. 1. y Bart. á d. *Novell.* princ. hácia el fin: de suerte que, no apareciendo dicho protocolo, se hace sospechosa la escritura que de él se supone sacada, §. ult. de d. Novell. la cual, si bien se refiere esclusivamente á la ciudad de Constantinopla, pero lo mismo que en aquella, se halla generalmente establecido por nuestras leyes del reino, que antes se han citado; á menos que se justificare la destruccion ó estravío del protocolo; en cuyo caso no perjudicaria la falta del mismo á la autenticidad de la escritura, como observa Bald. á la l. 2. col. 3. D. *de senator.*: de todo lo cual se infiere que no tendria hoy lugar lo que despues de Nicol. de Matha. pretende el propio Bald. esto es, que, aun no apareciendo los protocolos, se ha de dar fe á las copias ó escrituras sacadas de los mismos, añadiendo allí que no obsta á lo dicho el citado §. ult. de la *Novell.* 44. por hablarse en él de un caso especial y solo para la ciudad de Constantinopla; bien que ya el mismo Bald. confiesa allí que no deja de ser arriesgado para los escribanos el no tener sus protocolos disponibles; porque, habiéndose hecho costumbre general el que los tengan, por esta sola razon se hacen dignos de castigo los que contravienen á aquella costumbre; debiéndoseles en tal caso imponer una pena arbitraria, y aun darles tormento para la completa averiguacion de la verdad. Es, empero, de advertir que si bien en la presente ley de Part. y citada ordenanza de Alcalá se previene que

mandare, o que las partes, que les mandan (50) y fazer la carta, se acordaren ante ellos. E despues desto deuen fazer las cartas, guardando las formas (51) de cada vna dellas, assi como dicho es de suso en el Titulo de las Escrituras; non mudando, nin cambiando ninguna cosa de la substancia del fecho (52), assi como en el registro fuere puesto: e de si han-

los escribanos hayan de tener protocolos, mas ni en una ni en otra se declara como se declaraba en d. §. ult. de la *Novell.*, que no haya de darse fe, en falta de aquellos, á las escrituras que se hubieren sacado de los mismos; de lo que se sigue que, ó bien la escritura que se produjere no habrá sido continuada en el protocolo, pero estará suscrita por las partes y otorgada con las demas formalidades establecidas por la pragmática de Alcalá, y entonces deberá darse crédito á la misma, y aunque se castigará al escribano como transgresor de la ley, mas, como dice Bald., esto no perjudicará á la autenticidad del instrumento producido, antes deberá considerarse á este como original ó matriz; ó bien, no habrá en dicha escritura las firmas originales de los interesados, y entonces, en caso de duda sobre si ha sido ó no continuada en el protocolo, deberá mas bien presumirse la afirmativa, por tener el escribano obligacion de protocolizarla; pero deberá obligársele á exhibirlo, y aun dársele tormento para averiguar si lo tiene ó no: y, no apareciendo dicho protocolo, se tendrá por sospechosa la escritura por falta de la matriz en la cual estriba toda la autenticidad de aquella, por establecer la ley que las partes la suscriban á tenor de lo anotado por Bald. *de instrum. in scriptis* á d. rubr. col. 7. Todo esto, empero, no obstante, si se tratara de un documento muy antiguo y autorizado por un escribano ya difunto; deberia dársele crédito, aunque no apareciese el protocolo, y se presumiria la preexistencia de este por el largo tiempo transcurrido, §. 17. *Instit. de inut. stip.*, l. 30., y lo anotado estensamente allí D. *de verb. oblig.* y V. la nota 571. del tit. prox. antecedente. ¿Deberá el escribano poner su signo en el protocolo? V. Bald. á la l. 17. col. 2. C. *de fid. instrum.* y Alex. consil. 153. vol. 2.; estando hoy espresamente declarado que debe ponerlo, por algunos capítulos de las córtes de Toledo del año 1525. peticion 31. y de las de Segovia petic. 86. * cuyos capítulos forman la l. 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Por lo demas, si bien estamos conformes con lo que espresa nuestro glosador aqui, respecto de la autenticidad de las escrituras ó copias, de las cuales no aparezca la matriz ó protocolo, y se pruebe la destruccion ó estravío de este, ó se presuma por la antigüedad de las mismas escrituras; no diremos, empero, lo mismo en órden á la otra especie que se lee tambien en la presente nota, ó sea la de haberse de considerar como auténtico el instrumento que, á pesar de no estar debidamente registrado en el protocolo, aparezca de otra parte otorgado con todas las demas formalidades prevenidas en la pragmática de Alcalá que es la l. 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. En esta ley no solamente se impone la pena de privacion de oficio al escribano que, al recibir una escritura, dejare de cumplir las formalidades prescritas, inclusa la de continuar aquella en el protocolo; sino que ademas se declara espresamente nula la escritura, en cuya otorgacion se haya omitido el espresado requisito, con las terminantes palabras siguientes: *que los escribanos... no las den signadas* [*las escrituras*] *sin que primeramente se asienten i en el dicho libro y protocolo..., so pena que la escritura que de otra manera se diere se en sí ninguna, y el escribano obligado á pagar á la parte el interese.*

(50) Esprésase la ley asi, porque no puede el escribano hacer escritura alguna, sin ser para ello requirido por las partes V. Abb. despues de Inoc. al cap. 1. col. 6., 7. y 8. *de fid. instrum.*; donde trata de si, en caso de duda, deberá presumirse que ha precedido el correspondiente requirimiento á la otorgacion de una escritura, y añad. Bart. á la l. 21. §. 2. D. *qui testam. fac. poss.* y Bald. á la rubr. C. *de fid. instrum.* col. 3. y Juan de Plat. á la l. 3. C. *de tabul.* y Dec. consil. 11. col. 8. y 9.

(51) Previénese aqui que se observen las fórmulas propuestas en el tit. que antecede.

(52) Parece inferirse de esto que el escribano podrá estender las escrituras como le parezca, con tal que no altere la sustancia del hecho, sobre lo cual V. Bald. á la rubr. C. *de fid. instrum.* col. 6. vers. *quarto quæritur* Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *ostenso* col. 7. y 8. y Juan Andr. adic. allí, Bart. á la l. 29. §. 2. D. *de liber. et posthum.*, Abb. al cap. *cum P. tabellio*, *de fid. instrum.* col. 3., 4. y 5.; bien que hoy está prevenido por la ordenanza de Alcalá [d. l. 1. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.] que nada pueda añadir el escribano. * Pero creemos que nada se ha innovado, en esta parte, por d. l. recopilada, y que, ahora como antes, puede el escribano usar las fórmulas ordinarias de derecho, cuando las partes hubieren dejado á su cargo la redaccion de la escritura; del mismo modo que con arreglo á la presente ley de Partida, como aho-

la de dar a aquel que la deue auer (53), maguer que la otra parte gelo defienda; fueras ende, si el Alcalde gelo defendiere, por alguna razon derecha que el otro demuestre. E por esso la mandamos escreuir en el registro, porque si la carta se perdiere, o veniere alguna dubda sobre ella, que se pueda mejor prouar por alli (54) assi como diximos en la ley ante desta, de las cartas que se fazen en la Corte del Rey. E otrosi dezimos, que en cada Ciudad, e en cada Villa deuen auer otro registro, en que escriuan todas las cuentas de las rentas de su Concejo, para saber quantas son: porque si el Rey quisiere (55) demandar cuenta,

ra, debia atenerse estrictamente á las cláusulas y literal contesto propuesto por las partes, cuando estas llevasen ya redactada la escritura, con tal que no hubiese en ella estipulacion ni pacto alguno prohibido por la ley.

(53) Conc. l. 4. §. 1. D. *de edend.* l. 6. §. 5. vers. *pertinere* d. tit. sin que pueda el escribano ser obligado á entregar copia de la escritura por nadie mas que por el mismo que le hubiere requerido para recibirla, Glos. á d. l. 4. princ. y V. Jas. allí donde limita lo dicho con tres escepciones. Mas ¿podrá obligarle tambien aquel en cuyo perjuicio hubiere sido el mismo escribano requerido y otorgada la escritura? V. Bald. á la l. ult. col. pen. C. *de edend.* donde decide esa cuestion afirmativamente; por el interes bien conocido que tiene en dicho caso, en el negocio, á que la escritura se refiere, el que pide copia de la misma. Pero ¿podrá el escribano denegarse á entregar una escritura, siendo requerido, á pretesto de ser aquella ineficaz por contener algun vicio que la hace nula, ó de haber caducado por el pago ó prescripcion? V. al mismo Bald. allí, donde se decide por la negativa; y añade que nunca el escribano podrá alegar el derecho de tercero; pero sí pedir que se cite, para la saca, á la parte á quien la escritura pudiera perjudicar, aunque bien podria dejar de hacerlo y librar la copia de la escritura, á pesar de contradecirlo la parte contraria, la cual tendria, en tal caso, espedito el derecho de acudir al Juez: pero nótese bien lo que antes se ha dicho; esto es, que, en caso de duda, toda escritura se presume sacada á instancia del que es interesado en la misma, Bald. á la l. 1. col. pen. C. *de erog. milit. annon.* pudiendo añadirse á la presente ley la l. 17. hácia el fin tit. 2. de esta Part. * La l. 3. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. señala á los escribanos el término de tres dias dentro del cual hayan de dar la escritura al interesado que se la pida, no pasando aquella de dos pliegos, y el de ocho cuando pasare, bajo la pena, en caso de contravencion, de cien maravedis por cada dia que retardaren dicha entrega y de haber de indemnizar á la parte de los perjuicios que con el retardo se le ocasionaren.

(54) Podrá, empero, el escribano cancelar el protocolo, una vez hubiere librado á la parte interesada copia de la escritura continuada en el mismo? V. Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *postquam* col. penult. vers. *cancellata*, y Bald. á la rubr. C. *de fid. instrum.* col. 8. versic. *juxta hoc*; donde trata asimismo de lo que se deberá decir, cuando al márgen de un protocolo se encuentre este cancelado equivocadamente por mano del escribano: V. Bald. á la l. 30. C. *de testam.* y á la l. 3. C. *commin. vel epist.* y Alex. consil. 59. col. 2. y 3. vol. 2. Y, en órden á las escrituras que aparezcan continuadas en una hoja que no esté unida al protocolo, aunque escritas por el escribano, V. Alex. consil. 153. col. 2. vol. 2. *La l. 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. previene á los escribanos que tengan *en buen recaudo los registros cosidos.* La l. 1. de d. tit. y lib. previene tambien que todas las escrituras hayan de continuarse en *un libro de protocolo encuadernado, de papel de pliego entero*; por cuyo motivo parece que el estar los instrumentos cosidos ó unidos por la encuadernacion al protocolo, debe considerarse como otro de los requisitos, cuya omision hace *la escritura en sí ninguna*, como se ha dicho en la nota 49. de este tit. Mas esto no obstante creemos que en todos aquellos casos en que por la foleacion no interrumpida ó por otros motivos pudiese presumirse efecto de casualidad el haber quedado desunido algun pliego en el acto de la encuadernacion, no dejarian de sostenerse las escrituras en él continuadas, si bien concurriendo contra ellas algun otro motivo de sospecha, deberian ser declaradas nulas ó suplantadas con mas facilidad, que aquellas en las cuales no concurriese dicha circunstancia.

(55) De lo dispuesto aqui se ha originado la práctica de rendirse al síndico ó Juez de residencia de los oficiales y de verse en el Consejo Real las cuentas de los propios ó rentas de las ciudades y demas poblaciones, segun el cap. 30 de la instruccion de los corregidores; y téngase presente lo que se previene en nuestra ley aqui acerca el libro que ha de llevarse de las espresadas rentas: pudiendo verse acerca las cuentas que deben rendir los síndicos y demas administradores de caudales públicos, la l. 11. y Juan de Plat. allí C. *de suscept. et archar.* y la *Novell.* 128. cap. 2. *collat.* 9. *V. l. 14. tit. 12. lib. 7. Nov. Rec.

de como fueron despendidas, que lo pueda saber por alli: e porque non sean demandadas las cosas, a aquellos que non son en culpa.

LEY 10. *Como el Escriuano deue fazer la Carta otra vez, quando aquel a quien la dió, dixere que la habia perdido.*

Ligeramente (56) podria acaecer, que pues que el ome tuuiesse en su poder la carta fecha por mano del Escriuano publico, que la perderia, o le seria furtada; e tornaria al Escriuano que la auia fecho, que gela fiziesse otra vez. E porque algunos y ha, que la piden maliciosamente; Nos, por guardar los Escriuanos de yerro, queremosles mostrar en esta ley cierta manera, como se sepan guardar. E dezimos, que si la carta que dizen que es perdida, es de compra, o de vendida, o de cambio, (d) o de testamento, o de personeria, o de otra cosa semejante destas; que fuesen atales, que maguer paresciessen dobladas, non puede venir daño por ellas a la otra parte; que el Escriuano por si puede, e deue fazer esta carta; sacandola de su registro, e faciendola, bien assi como fue fecha la primera que dizen que es perdida, e darla a aquel (57) a quien pertenesce. Mas si la carta que pidiessen al Escriuano que la refiziesse otra vez, porque la primera era perdida, fuesse de debda (58) que alguno deuiesse o otro, quier fuesse de dineros, o de otra cosa, por la cual pudiesse demandar tantas veces la debda quantas pareciesse la carta; tal como esta non la deue (59) el Escriuano refazer nin dar por si: porque podria ser, que la demandaria engañosamente, despues que fuesse pagado de la debda, o la ouiesse quitada; e vernia della gran daño a la otra parte. Mas dezimos, que aquel que la demanda deue yr adelante del Juez, e fazer emplazar (60) su debdor, contra quien fuere fecha la carta. E si el debdor otorga (61) delante del Judgador, que deue aquella debda sobre que fue fecha la carta, e non quiere contradezir que se non faga otra vez; entonce deuele tomar el Juez la jura al que la pide, en esta manera: Tu juras, que aquella carta que demandas que te fagan otra vez, que es verdad que es perdida (62), e que non sabes do es, nin quien la ha; e que por tu engaño, nin por tu malicia non fue perdida; e que si en algund tiempo la pudieres cobrar, que la adugas al Escriuano que la fizo, rota, e cancelada; e que nunca vsarás della en daño de tu contendor. E quando el Jud-

(d) o de donadío, o de testamento etc. Acad.

(56) Lo dispuesto aqui trae orígen de lo anotado por Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *postquam* y V. la ordenanza de Alcalá, hácia el fin, donde está transcrita esta nuestra ley de Part. *L. 5. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

(57) Aunque no se haya hecho constar la pérdida ó estravío de la primera copia y sin necesidad de citar á la otra parte, como, de conformidad con esta nuestra ley, se lee en Specul. d. §. *postquam*, y Bald. á la l. ult. col. ult. C. *de edend.*

(58) Y lo mismo deberia observarse con la escritura en que constara haberse satisfecho una deuda; pues tambien el que tuviera dos ápocas ó cartas de pago podria pretender haber pagado dos veces, é intentar la repeticion de lo indebidamente satisfecho, l. 2. y Juan de Plat. allí C. *de discussor.*

(59) Y si lo hiciere, será responsable de los perjuicios que de ello se siguieren, fol. ult. ordenanz. de Alcalá. *Y ademas incurriria en la pena de privacion de oficio, segun la citada l. 5. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

(60) Añad. l. 2. C. *de discussor.* y Juan Fabr. §. penult. Instit. *de testam.*

(61) Y ¿si el deudor negare que lo sea, alegando haber satisfecho la deuda? En tal caso, deberá el Juez señalar un término, dentro del cual haya de probarse el pago; y no probándose este, se procederá á sacar la copia, recibiéndose antes el juramento al deudor, segun Specul. d. §. *postquam* tit. *de instrum. edit.* col. pen. vers. *quod si fortè*; y como se previene tambien en la l. prox. siguiente.

(62) En este caso, pues, se considera justificada la pérdida de la escritura con solo el juramento del acreedor, segun Specul. d. §. *postquam.* col. 4.; sin ser, por lo tanto, necesario el que se alegue haberse incendiado la casa ú otro accidente semejante que pueda ser la causa verosímil del estravío, como lo opinaba Bald. á la l. ult. hácia el fin C. *de edend.*; y no es mucho que eso no se exija, supuesto que se trata de una deuda confesada por el deudor, y que no puede ser razonablemente contradecida. Pero si hubiese algun justo motivo de contradiccion, seria entonces indispensable que, á mas del juramento, que justificase la pérdida de la escritura, como se verificó en un caso que presencié en cierta causa, en que se pedia por el actor la segunda copia de una escritura de licencia concedida para conducir á las Indias cuatrocientos esclavos africanos, alegando que la primera habia sido robada junto con la nave por los piratas, y probándolo por medio de testigos que verdaderamente lo afirmaban, pero que no tenian, pa-

gador ouiere recebido la jura del en esta manera, deue mandar al Escriuano, que refaga la carta otra vez, bien assi como la fallare escrita en su registro, e que la de a aquel que la demanda: e el Escriuano deuelo fazer, e en el lugar o escriuiere su nombre en tal carta, deue dezir en ella: Yo Fulan, Escriuano publico, fui y presente en todas las cosas que dize en esta carta, e por ruego de las partes la escreui, e puse en ella mio signo. E esta carta fize yo mismo otra vez, e agora la refize de nueuo por mandado de tal Juez, porque el debdor que es nombrado en ella, fue emplazado, e otorgo ante este mismo Judgador la debda, e que non queria el contradezir que se refiziesse. E otrosi porque aquel que la demandaua, juro que verdaderamente perdio la primera, e non por engaño que el ouiesse fecho. E quando el Escriuano ouiere fecho la carta en la manera que es sobredicha, deuela dar a aquel (*e*) que la pidió, o a quien pertenece. E porque el debdor contra quien fuesse fecha tal carta como esta, non pueda dezir, que sin su sabiduria, e sin su plazer fuera fecha la carta; deue el Judgador ser auisado, para fazer escreuir en su registro todo el fecho, assi como passo ante el, en razon de la carta que mando refazer (63).

(*e*) que la pidio et a quien pertenesce: Acad.=que la perdió et a quien pertenesce. Tol. 1. 2. B. R. 2. Esc. 1. 2. 4.

LEY 11. *Como el Escriuano deue refazer la Carta, quando aquel contra quien fue fecha, fuesse emplazado, e non quisiesse venir; o si viniesse, la contradixesse.*

Emplazado (64) seyendo alguno que fuesse debdor de otro, que viniesse delante el Judgador por razon de su contendor, que le demandaua que le refiziesse carta de debda que auia contra el, porque la primera auia perdido, assi como diximos en la ley ante desta; si este atal fuere rebelde, que non quiera venir, o embiar Personero que la contradiga; entonce deue el Judgador tomar la jura a aquel que pide la carta, en aquella misma manera que de suso diximos: e demas deuele conjurar, que non es pagado de aquella debda, de que le pide que refaga la carta. E despues que esta jura ouiere recibido del, deue mandar al escriuano que la refaga, e que gela de. E el Escriuano deuelo fazer; pero en el lugar de la carta do escriuiere su nombre, deue tener aquella misma forma que diximos en la ley sobredicha; saluo que faga mencion, de como el debdor fue emplazado, e non quiso venir, nin embiar a contradezir la carta. Mas si el debdor fuesse emplazado assi como de suso diximos, e viniesse ante el Judgador, e negasse

ra haber podido cerciorarse de la existencia de la espresada escritura, los conocimientos que se exigen en el cap. *cum olim essemus* 12. *de privil.*; por cuyo motivo se oponia la parte fiscal á la indicada demanda. Sin embargo, tal vez, aun en el predicho caso, seria tambien suficiente la prueba referida acerca la piratería y consiguiente desaparicion de los documentos, á tenor de lo anotado por Bald. á d. l. ult. hácia el fin; porque ningun perjuicio puede seguirse al Rey ó al Estado de que se libre la segunda copia de la licencia, ni por el hecho de librarla se manda la restitucion de los salarios satisfechos al concederle la primera. Si esto tuviera lugar seria necesaria una prueba mas completa d. cap. *cum olim* y Abb. allí DD. y Paul. de Cast. á d. l. 20. C. *de prob.* pero no tratándose mas que de duplicar las licencias, se debe considerar suficiente, para este efecto, la prueba antes esplicada; pues lo seria tambien la sola contumacia del convenido, como se previene en la l. prox. siguiente; y asi bastará para probarla el juramento. Confírmase todo lo dicho por lo anotado por Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de instrum. edit.* d. §. *postquam* vers. *usus* donde puede verse al mismo: y asi lo ví declarado en la causa á que antes me he referido; en la cual se mandó que se duplicase la licencia, pero, obligándose al que la pedia á prestar caucion de que pagaria el precio y cierta pena en el caso de justificarse en lo sucesivo que hubiese hecho uso de la licencia primitiva.

(63) ¿Qué deberá decirse en el caso de no aparecer el protocolo, del cual haya de sacarse la segunda copia, por haberse perdido la primera? ¿Podrá obligarse entonces al deudor á que firme de nuevo la obligacion contraida? V. Bart. á l. 15. §. 28. D. *de damn. infect.* donde opina por la afirmativa, cuando la obligacion fuere tal, que en fuerza de ella no pueda el acreedor accionar desde luego; V. al mismo allí col. ult. * Y nótese que en el dia, siendo una escritura registrada en el correspondiente oficio de hipotecas, puede suplirse con dicho registro la falta de original ó protocolo, si este se hubiere perdido, en cuyo caso se dará á las copias que de aquel se sacaren tanta fe, como si fuesen los mismos originales, l. 2. tit. 16. lib. 10. Recop.

(64) Lo dispuesto aqui trae orígen de lo que se lee en Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *postquam.* * Tambien la presente ley como la anterior, está citada y espresamente mandada observar por

que non era debdor de aquel que demandaua la carta, e contradixesse que non la refiziesse; estonce deue el Judgador darle plazo aque prueue, como pago aquella debda; e si non lo pudiere prouar, deue recibir la jura de aquel que demandaua la carta, en la manera que de suso diximos, e mandar al Escriuano que la refaga, e que gela de; e el Escriuano deuelo fazer, assi como de suso es dicho. Mas si el debdor prouasse que auia fecho paga, entonce non deue refazer la carta al otro que la demandaua. Otrosi dezimos (65), que si el debdor contradixesse, que non refiziesse la carta, por esta razon; diziendo, que aquella carta, que dezia que era perdida, que el mismo contra quien era, la tenia en su poder, e que el otra gela tornara, queriendole quitar la debda; si el pudiesse aueriguar esto que dize, non deue refazer la carta; ante dezimos, que le deuen dar por quito de aquella debda. E esto ha lugar, quando esta carta sobre que es la contienda, non fuesse rota, nin cancelada; mas si la carta que pidiessen al Escriuano que la fiziesse otra vegada, fuesse rota, o cancelada, e en poder de aquel contra quien fuere fecha, e por esta razon contradixesse que non gela refiziessen; si la otra parte respondiesse, que la auia perdido, o que le fuere furtada, o robada, e que sin su plazer viniera en poder de su debdor; estonce, si pudiere prouar

la 5. tit. 23. libro 10. Nov. Rec.

(65) Trae esto orígen de la l. 2. § 1. D. *de pact.* y l. 24. D. *de probat.* añad. l. 40. tit. 13. y l. 9. tit. 14. Part. 5. y es de advertir que, sobre este particular, habia, por derecho comun, muy diversos pareceres, segun lo anotado por la Glos. á d. l. 2. y l. unic. § 12. C. *de latin libert. tollend.* Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *postquam.* hácia el fin, vers. *porrò.* y Juan Andr. adiciones allí y por la Glos. y DD. al cap. *Ecclesia* glos. ult. *ut. lit. pendent.* siendo la opinion mas comun de los intérpretes, asi del derecho civil como del canónico, la de que, ó bien el deudor dice estar exento de la obligacion, por pacto, y para probarlo alega tener en su poder el documento de crédito cancelado ó sin cancelar, y en tal caso no es esta suficiente y plena prueba, por ser posible que haya sustraido dicho documento; y en consecuencia debe justificar que le ha sido devuelto ó entregado por el acreedor: ó bien alega estar exento de la deuda por haberla ya pagado; y entonces deberia decirse lo mismo, si el que alegara tener en su poder el documento de crédito fuese una persona doméstica y allegada al acreedor: en cuyo caso mas bien se presumiria haber mediado sustraccion, segun el §. 12. l. unic.; pero si fuese un estraño se presumiria haber sido verdaderamente estinguida la obligacion por medio del pago, l. 24. D. *de probat.* Y no deja, en efecto, de haber alguna razon de diferencia entre los dos casos propuestos; porque en el primero, esto es, en el de alegarse un pacto, se ha de suponer que ha mediado una donacion ó liberalidad por parte del acreedor, la que no se presume fácilmente, y es menos probable que el que se haya cometido una sustraccion: pero en el segundo, esto es, en el de alegarse el pago, toda la presuncion está en favor del deudor, por ser costumbre el devolverse los documentos de crédito despues que este queda satisfecho. Para escluir, pues, esa presuncion se obliga al acreedor á que pruebe que le ha sido sustraido ó cancelado el documento ú otro hecho semejante, segun d. l. 24., lo cual se observa en el caso de ser una persona de acreditada probidad la que alega tener en su poder el documento, ó cuando consta que lo ha tenido y lo conserva desde mucho tiempo, segun Juan Andr. lugar citado. De todos modos, empero, todas esas cuestiones han quedado resueltas por la presente ley, por la cual quedan igualmente desechadas las dos opiniones que se acaban de referir; pues no se distingue en la misma entre los casos de escepcionarse el crédito con el pago ó con el pacto de no pedir; y de otra parte se hace mucha diferencia en el de hallarse el documento en poder del deudor, ya se halle aquel cancelado ó no: en lo cual parece haberse adoptado aqui la opinion de Azon *in summa.* C. *de probat.* impugnada por Juan Andr., despues de otros, lugar antes citado, por la facilidad con que decian, podia el mismo deudor haber destruido ó cancelado el documento: y corrobora mucho lo dispuesto aqui la citada l. 24. D. *de probat.*, la que se funda tambien en el hecho de ser el documento cancelado. Pero, no obstante lo dicho, no deja de sufrir algunas escepciones lo que se establece en la presente ley; á saber 1. cuando el documento de crédito no haya sido entregado ó devuelto por el mismo acreedor, sino por un apoderado ó factor del mismo; en cuyo caso no tendria lugar lo que aqui se dispone: asi lo espresa Bald. á d. l. 2. fundándose en la l. 122. §. 1. D. *de verb. oblig.* y aunque Jason á d. l. 2. pretende no ser aplicable aquella decision de Bald. al caso en que el deudor alegare haber pagado, y por mas que esta sea tambien la mas comun opinion, con todo juzgo que la doctrina de Bald. es muy digna de tenerse presente; porque en efecto, el procurador, que lo es constituido para cobranzas, no tiene facultad de confesar que ha recibido la deuda, ni de hacer otra

cosa alguna que equivalga á una donacion; segun Abb. al cap. *cum olim Abbas*, col. 2. *de offic. de leg.*: en segundo lugar debe tambien esceptuarse el caso en que el que tiene el documento de crédito en su poder sea una persona doméstica ú otramente sospechosa de haberlo podido sustraer fraudulentamente, d. l. unic. §. 12. C. *de latin. libert. tollend.* De otra parte, es necesario limitar lo dispuesto en la presente ley al preciso caso de encontrarse el documento de crédito cancelado en poder del mismo deudor; porque si se hallase en poder de un tercero, se presumiria entregado á este por el acreedor, mas bien para que lo guardase, que con el ánimo de remitir al deudor la obligacion contraida, segun Ang. á la l. 12. C. *de testam.* Alex. y Jas. á d. l. 2. D. *de pact.* bien que lo contrario sostiene Bart. á la l. 82. §. ult. D. *de furt.* y v. Alex. consil. 59. col. ult. vol. 2. Ademas, se debe advertir que lo que en esta ley se dispone tiene lugar cuando el deudor pretende haberse estinguido la obligacion por medio de algun pacto, y trata de probarlo por medio de la devolucion del documento hecha por el acreedor; pero, cuando alegare haber mediado el pago ó solucion, se presumirá que está ha tenido lugar, aunque el documento no esté cancelado, y con tal que se encuentre en su poder, segun la mas comun opinion que sostiene tambien Bart. en d. l. 2. y l. 82. y asi en efecto puede inferirse de las palabras de la presente ley *E que el otro gela tornara, queriendole quitar la debda*, las cuales, bien consideradas, mas bien se refieren al caso en que se pretenda estinguida la deuda por medio de un pacto, que no por el pago ó solucion de la misma; porque esta última estingue *ipso jure* la obligacion, sin necesidad de que consienta el acreedor; y asi no puede referirse á ella nuestra ley cuando dice: *queriendole quitar la debda*, Instit. *quib. mod. toll. oblig.* princ. *cum concordantiis.* Contra dicha comun opinion, empero, puede objetarse que, insiguiendo la misma, se da, al parecer, mas importancia á las palabras que á las cosas ó hechos, contra lo que establece la l. 2. C. *commun de legat.* en cuya atencion tal vez habria de entenderse que la presente ley de Part. no hace diferencia entre el caso de escepcionarse el crédito por medio de un pacto ó por medio de la solucion ó pago; sino tan solamente entre el caso de hallarse el documento de crédito cancelado en poder del deudor y el de tenerlo este, pero sin cancelar; y tal vez no concurriendo otra especial conjetura alguna á favor del que alegase el pago, deberia decirse lo mismo en entrambos casos. Pero digno es este punto de mas detenida reflexion y añádase lo dicho en la nota 403. del tit. prox. antecedente. * Para aclarar debidamente todo cuanto espone el Glosador en la presente nota se hace necesario fijar las ideas y formarse un cabal conocimiento de las cuestiones á que el mismo se refiere. Segun la ley próx. antecedente y la 5. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. no se puede librar segunda copia de aquellas escrituras, cuya duplicacion pudiera causar perjuicio al deudor ú obligado, como no medie para ello mandato judicial, y previa la citacion del mismo interesado ó deudor, el cual en tales casos puede oponerse al libramiento de dicha segunda copia, alegando y probando que la deuda ú obligacion ya está estinguida. Refiriéndose á esto la presente ley tan solo hace mencion de uno de los hechos que pueden alegarse para probar la estincion de la deuda, esto es, la solucion ó pago: pero es bien claro que semejante hecho ó escepcion está indicado aqui por via de ejemplo y no con el ánimo de escluir los demas; porque si el deudor ú obligado se opusiere al libramiento de segunda copia, alegando y probando, no la solucion ó pago, sino el pacto de no pedir, ó remision ú otro cualquiera de los hechos que estinguen la obligacion, ¿cómo puede dudarse que tambien entonces se le deberia oir y denegarse la habilitacion de la segunda copia? Mas no está en eso, sino en lo que vamos á decir la dificultad de que se ocupa Gregor. Lopez. Asi la entrega ó devolucion del documento de crédito al deudor, como la cancelacion del mismo documento, cuando son hechas por el acreedor, sin haber mediado para ello dolo, fuerza ni miedo, prueban igualmente la estincion de la deuda ú obligacion, segun las ll. 40. tit. 13. y 9. tit. 14. Part. 5. Pero el hecho de estar cancelado el documento ó de hallarse este en poder del deudor, ¿hasta qué punto probarán por sí solos que la cancelacion ó entrega hayan sido verificadas voluntariamente por el acreedor? Y en caso de duda ¿á favor de quién estará la presuncion, ó lo que es lo mismo, á quién incumbirá hacer la prueba? ¿Deberá el acreedor justificar que la cancelacion ó entrega son efecto de la casualidad, de fuerza ó dolo, de suerte que, no verificándolo, haya de presumirse aquella voluntaria, y por lo tanto estinguida la deuda, é ilegal la solicitud de segunda copia? ó deberá, al contrario, para oponerse á ella, justificar el deudor la espontaneidad de aquellos hechos por parte del acreedor, de suerte que, no probándola, se presuma casual ó fraudulenta é ineficaz la cancelacion ó entrega? Ésta es la cuestion que debia encontrarse resuelta en la presente ley, y puede ocurrir en tres distintos casos: á saber, 1º en el de hallarse el documento cancelado en poder del deudor. 2º el de hallarse aquel

(66), que por alguna destas razones la perdio, deue el Judgador mandar al Escriuano que la refaga, e que gela de; e el Escriuano deuelo fazer. E si por auentura non lo pudiesse prouar, e la carta rota, o cancelada se fallare en poder de aquella otra parte contra quien fue fecha, assi como sobredicho es; entonce non la deuen mandar refazer: porque sospecharon los Sabios antiguos en tal razon como esta, que el debdor era quito de la debda.

LEY 12. *Que deue fazer el Escriuano publico, quando alguno demandare, que le renueve la Carta que es vieja.*

Dañanse (67) a las vegadas las cartas que

en poder del mismo, pero sin cancelar. 3º el de hallarse el documento cancelado, pero, no en poder del deudor, sino en el del acreedor ó de un tercero. De este último caso no se habla en nuestra ley, y de él nos ocuparemos mas adelante: pero se hace una notable diferencia entre el primero y el segundo: en aquel, ó sea en el de hallarse el documento cancelado en poder del deudor, presume la ley la estincion de la deuda y deniega la habilitacion de la segunda copia, á menos que el acreedor justifique haber pasado la escritura, sin su consentimiento, al poder del deudor; y al contrario, cuando este tiene el documento sin cancelar, no puede por ello, oponerse á la habilitacion de la segunda copia, sino probando que el acreedor se lo ha entregado voluntariamente y con intencion de remitir la deuda. Semejante disposicion no está, por cierto, muy recomendada por la equidad, por ser muy fácil al deudor el cancelar ó romper por sí mismo la escritura, una vez la tuviere en su poder; de suerte que asi viene á quedar siempre á su arbitrio el establecer á su favor la presuncion legal, y cargar al acreedor con la obligacion de hacer la prueba: pero lo cierto es que nuestra ley lo dispone asi de un modo muy esplícito y que no deja lugar á dudas. No sucede lo mismo con la otra diferencia que indica el Glosador entre el caso en que el deudor alegue la solucion ó pago, y el en que alegue el pacto de no pedir ó simple remision de la deuda; distincion que no vemos consignada en nuestra ley, ni creemos pueda colegirse de las palabras de la misma *queriendole quitar la debda*; porque, si bien el pago estingue la deuda *ipso jure* y aunque no concurra la voluntad del acredor, pero no debe confundirse la confesion del pago, con el pago mismo: y como no es este último, sino la primera la que se prueba directamente con la entrega ó cancelacion del documento, tambien debe concurrir la voluntad del acreedor, para que semejantes actos verificados por el mismo equivalgan á una verdadera confesion: en una palabra, no es necesario el consentimiento ó intencion del acreedor, para que, con el pago, se estinga la deuda, pues esto seria un absurdo: sino que lo es el que la devolucion del vale ó documento hecha por el mismo acreedor sea espontánea, para que, por ella, se entienda confesado el pago ó remitida la obligacion; y en este sentido habla nuestra ley indistintamente de la remision y del pago, cuando dice que el deudor, para aprovecharse de tener en su poder la escritura sin cancelar, ha de probar que *el otro gela tornara*, *queriendole quitar la debda.* Hasta aqui hemos hablado de los casos espresamente previstos por nuestra ley. Pero ¿qué deberia decirse en el ya indicado de hallarse el documento cancelado en poder del mismo acreedor? Parece que entonces deberia presumirse estinguida la deuda, y desecharse la solicitud de libramiento de segunda copia; á menos que el mismo acreedor probase que la cancelacion es efecto de caso fortuito ó de dolo del deudor: y lo propio, en nuestro concepto, procederia en el caso de hallarse el documento cancelado en poder de un tercero, con tal que este no fuese una persona de quien pudiese presumirse con alguna probabilidad una sustraccion, por tener intervencion en la casa del acreedor ú otras relaciones que diesen lugar á semejantes sospechas: pudiendo servir de mucho en semejantes casos no previstos por la ley, las doctrinas que, citando á los intérpretes del derecho comun, trae nuestro Glosador en la presente nota, y debiendo siempre tenerse presente lo dispuesto en las citadas ll. 40. tit. 13. y 9. tit. 14. Part. 5. Pero es necesario no confundir la cancelacion ó rotura verdaderamente tal, y única que puede presumirse hecha con el ánimo deliberado de estinguir la deuda, con la raedura lenta y progresiva efecto del tiempo, de la incuria ó de otras causas semejantes, á las cuales se refiere la l. prox. siguiente, con las palabras *dañanse a las vegadas las cartas por ocasion o por mala guarda*; pues, concurriendo estas, como se declara en dicha ley, obra siempre la presuncion á favor del acreedor, aunque se halle el documento en poder del mismo, é incumbe al deudor hacer la prueba, si quiere oponerse á la renovacion ó habilitacion de la segunda copia.

(66) Añad. l. 40. tit. 13. y l. 9. tit. 14. Part. 5.

(67) Trae orígen lo dispuesto aqui del

son fechas por mano de Escriuanos publicos, por ocasion, o por mala guarda, de manera que non se pueden bien leer como de primero: e porende dezimos, que quando alguno demandare al Escriuano, quel renueue tal carta como esta, si fallare que non es rayda en lugar sospechoso, nin desfecha de guisa que non se pueda leer, nin roçada, nin rota de manera (68) que non alcance la rotura a la letra; si fuera de debda, deue ser emplazado aquel contra quien fue fecha, ante el Judgador, que venga si quisiere dezir alguna cosa contra lo que pide su contendor. E si non quisiere contradezir que la carta sea renouada, o dixere que la ha pagada, o que es quito de aquella debda, e non lo pudiere prouar; deue el Judgador mandar al Escriuano, que la renueue, en la manera que fallare en el registro, onde aquella carta fue primeramente sacada. Mas si la carta fuere de donadio, o de compra, o de camio, o de otra razon, que fuesse de tal natura, que maguer pareciessen muchas cartas de vna forma, non podrian fazer daño a otro; solo que la carta non sea rota fasta las letras, o non sea cancelada, o rayda en lugar sospechoso; assi como (69) en los nomes de aquellos que fizieron el pleyto, o de los testigos, o del Escriuano, o en la quantia del precio, o en el nome de la casa, o en el dia, o en el mes, o en la era, o en el lugar en que fue fecha la carta; bien la puede fazer de nueuo el Escriuano por si sin mandado del Judgador, concertandola con el registro, onde fue primeramente sacada. E aun dezimos, que tal carta como esta, solamente se pueda leer (70), e auer verdaderamente la intencion de lo que fue escrito en ella, que deue ser creyda en juyzio, maguer non fuesse renouada. Otrosi dezimos, que si la rotura, o la canceladura de la carta, fuesse en algunos de los lugares sobredichos, non deue ser creyda en juyzio, nin renouada; fueras ende, si aquel que la mostrare, pudiere prouar, que por ocasion (71), o por fuerça, o sin su grado, otro fiziera aquella rotura, o canceladura. Ca en tal caso como este non le deue empecer; ante dezimos, que prouando lo que dize, quel deue valer, tambien como si non fuesse cancelada, nin rota, e deuengela renouar sin embargo ninguno, si la demandare, concertandola, o sacandola del registro, onde fue primeramente sacada. Pero el Escriuano publico que la renouare, deue dezir en el lugar de la carta, o escriuiere el su nombre, la razon porque la ouo de renouar.

LEY 13. *Que deuen tomar los Escriuanos de Casa del Rey por los Priuilegios, e por las Cartas que fazen en pergamino de cuero.*

Gualardon deuen auer los omes que estos escritos fizieren, que auemos dicho, por el trabajo que lieuan en fazerlos. E como fablamos primeramente de los Escriuanos que fazen los escritos de la Corte del Rey; otrosi dezimos, e queremos dezir aqui dellos primero, e mostrar, que galardon deuen auer por su trabajo (72). Ca como quier que los Reyes les fagan bien, e merced en otra manera; derecho es, que reciban algun gualardon (73), assi como mostramos en estas leyes, de aquellos a quien fizieren los escritos. E despues fablaremos de los otros que fazen los escritos en las Cibdades, e en las Villas: e tambien los vnos Escriuanos como los otros, queremos que sepan (*f*) lo que han de tomar (74), e otrosi lo que les han a dar los omes, por los es-

(*f*) que les han de tomar, et otro si que les han a dar etc. Acad.

cap. ult. y lo anotado allí *de fid. instrum.* y cap. *Albericus* 43. *de testib.* y Specul. tit. *de instrum. edit.* §. *postquam.*

(68) Téngase presente lo dispuesto aqui, á tenor de lo cual podrá saberse cuando deberá considerarse nula una escritura, por haberse roto. Añad. l. 111. tit. 18. de esta Part.: y lo que se dispone mas abajo en la presente ley, donde dice: *otrosi dezimos: y solo que la carta.*

(69) Véanse aqui los casos en que es sospechosa una escritura por ser cancelada, raida ó rota: y añad. d. l. 111. tit. 18.

(70) Añad. l. 114. tit. 18. de esta Part.

(71) Añad. ll. 40. tit. 13. y 9. tit. 14. Part. 5.

(72) *Dignus est enim operarius mercede suâ,* como dice el Evangelio de S. Mateo cap. 10. vers. 10.: *non enim labor debet esse sine mercede,* 1. *ad Timoth.* cap. 5. vers. 18. y cap. ult. 7. cuest. 1. cap. *super Specula* 5. *de magistr.* y *Novell.* 82. cap. 9. *collat.* 6.

(73) Porque es una iniquidad defraudar el salario de los trabajadores, v. Bald. á la l. 8. col. 4. C. *de impub. et aliis. substit.*

(74) Conviene que estos salarios se sujeten á tasacion; porque, como dice Specul. tit. *de salariis* §. 2. son los escribanos, por lo general, muy inhumanos en la exacción de los que creen corresponderles; y por derecho comun estaba tambien prevenido que se tasaran, l. 12. vers. *modum* y Juan de Plat. allí C. *de*

critos que les fizieren, de qual manera quier que sean, de los que auemos dicho: mas estos Escriuanos, que diximos, de la Corte del Rey (75), mandamos que quien fiziere el priuilejo, que tome por gualardon vn marauedi por el signo, e por la Escritura del; e por carta plomada, en que non aya signo, medio marauedi; e por carta abierta de cuero, sellada de cera con el sello mayor, medio marauedi.

LEY 14. *Como deuen ser guardados, e honrrados los Escriuanos de las Cibdades, e de las Villas.*

Voluntad auemos, que sepan los omes como deuen ser guardados, e honrrados los Escriuanos de las Cibdades, e de las Villas, porque tienen lugar, que es a pro de todos comunalmente. Ca ya diximos en el segundo libro, como deuen ser honrrados, e guardados los Escriuanos de la Corte del Rey. E porende conuiene, que digamos aqui destos. E dezimos, que quien deshonrrare (76), o firiere alguno dellos, que peche dos tanto, de lo que auia de pechar (*g*) si non touiesse aquel lugar, de lo que mandan estas leyes en el Titulo de las Penas. E el que lo matare, que muera por ello, si non mostrare razon derecha, de las que dize en el Titulo de los Omecillos.

LEY 15. *Que deuen auer los Escriuanos de las Ciudades, e de las Villas, por las Cartas que fizieren.*

Recebir deuen gualardon los Escriuanos de las Ciudades, e de las Villas, por el trabajo que leuaren en fazer las cartas. Onde dezimos (77), que quando alguno dellos fiziere carta (*h*) de cosa que vala (78) de mil marauedis arriba, que deue auer, de aquel a quien fiziere la carta, quatro sueldos. E si fuere la carta de mil marauedis en ayuso fasta cient marauedis, que le den por ella dos sueldos; e de cient marauedis en ayuso, que le den vn sueldo. E de las cartas que fizieren sobre

(*g*) et si non toviese de que lo pechar, quel den la pena que mandan las leyes en el titulo de las penas en la setena Partida de este libro. B. R. 2.

(*h*) de casa o de viña que vala B. R. 2.

proxim. sacr. scrin. y, donde no estén aquellos regulados por la ley, debe regularlos el juez á tenor de la costumbre y teniendo en consideracion la cuantía de los negocios y la calidad de las escrituras otorgadas, l. 13. §. 6. y l. 15. C. *de judic.* pudiendo verse tambien la citada l. 12. vers. *modum* donde pretende Juan de Plat. que cuando los salarios de los escribanos no están tasados legalmente, no pueden aquellos exigir, de su propia autoridad, que se les satisfagan, sino precediendo la tasacion judicial. Confírmalo asi la *Novell.* 8. cap. 1. *collat.* 2. y añad. lo que sobre el particular dice Specul. d. §. 2. vers. *sed quid erit in tabellionibus*, donde refiere la práctica que se observa en las Reales audiencias, en las que se hacen tasar las actuaciones de cada escribano por otros sujetos leales y espertos en la materia, regulándose los derechos que no lo están por la ley, segun lo que dicta la costumbre del foro y habida consideracion á la calidad y condicion de los litigantes. *V. la adic. á la nota prox. siguiente.

(75) En órden á los salarios de los escribanos de cámara ó secretarios V. lo dispuesto en la l. 1. tit. 9. lib. 2. del ordenam. Real, y lo que en el tit. 6. del mismo libro se dispone acerca los notarios del consejo ó de las chancillerías: siendo de notar que asi estos como los primeros perciben mayores salarios que los de las provincias, segun la presente ley y las que se han citado, y de conformidad con lo dispuesto por derecho comun, segun el cual se pagaban menos derechos cuando se litigaba en las provincias, que cuando se litigaba en la capital, l. 12. vers. *modum* C. *de proxim. sacror. scrin.* y por lo que hace á la tasacion de las letras ó despachos de la Sede apostólica, V. la estravag. de Juan XXII. de *sentent. excommun.*, que empieza: *cum ad sacrosanctæ.* * V. hoy lo que disponen los aranceles vigentes ó sean los de 2. de mayo de 1845. en el cap. 2. secc. 3. tit. 3. y cap. 4. secc. 3. tit. 4. y art. 618. tit. 6.

(76) Nótese que es mas grave la pena que se impone por la injuria, cuando el injuriado es un escribano; y añad. §. 9. Instit. *de injur.* y por lo que hace á los que injurian á un canciller ó guarda-sellos, V. l. 5. del tit. prox. sig.

(77) Acerca los salarios de los escribanos, V. lo que hoy está prevenido en las pragmáticas; debiendo añadirse que no pueden cobrar mas de lo que determinan las leyes, aunque espontáneamente las partes se lo ofreciesen, segun lo anotado á la l. 8. tit. 9. Part. 2., antes bien deben restituir cuadruplicado lo que hubieren percibido con esceso, á tenor de lo prevenido en la pragmát. ult. del arancel de los escribanos, en la cual se habla de las actuaciones forenses ó judiciales; pero en el ordenamiento de Alcalá, ordenanza ult. hácia el fin, se conmina con la misma pena del cuádruplo al escribano que cobrare mas de lo que por tasacion le corres-

mandas, o sobre pleytos de casamientos, o de particiones, o de afforramientos, ayan por cada vna seys sueldos. E por las cartas que fizieren á los Judios, sobre las deudas que les deuieren algunos omes, tomen por cada vna dellas mill marauedis arriba, o de mil ayuso, la meatad, (79) de lo que diximos de suso de las cartas de los Christianos. Mas si fizieren cartas de vendidas, o de compras, o de las otras cosas que diximos de suso, a Judios, o a Moros, den por cada una de ellas tanto como los Christianos: e lo que diximos en este Título, que deuen pagar por los preuilejos, e por las cartas dezimos, que deue ser de la moneda mejor que corriere en la tierra, que non sea de oro, nin de plata.

LEY 16. *Que pena deuen auer los Escriuanos de Casa del Rey, e los de las Ciudades, que fizieren falsedad en su oficio.*

Falsedad faziendo Escriuano de la Corte del Rey (80) en carta, o en priuilegio, deue morir (81) por ello. E si por auentura a sabiendas descubriere poridad (82), que el Rey le ouiesse mandado guardar, a ome de quien le viniesse estoruo, o daño, deuele dar pena, qual entendiere que merece: e si el Escriuano de Ciudad, o de Villa, fiziere alguna carta falsa (83), o fiziere alguna falsedad en juyzio (84) en los pleytos que le mandaren escreuir, deuenle cortar la mano (85) con que

ponda, aunque sea por razon de negocios estrajudiciales. * V. hoy el art. 622. tit. 6. de los aranceles vigentes.

(78) En el dia no se regulan los salarios en proporcion de la cuantía del negocio, sino de la estension de la escritura, segun las ordenanzas de Alcalá de los reyes católicos fol. ult. pagándose lo mismo por la protocolizacion, que por la saca de las copias, segun lo dispuesto allí y lo anotado por Juan de Plat. á la l. ult. C. *de princ. agent. in reb.*

(79) Y se exigen mas reducidos salarios á los judíos que á los cristianos, á pesar de deber ser los primeros de peor condicion; porque, como son comunmente usureros y los escribanos han de recibirles muchas escrituras por razon de deudas que á favor de los mismos se contraen, si pagaban por ellas mayores salarios, los cobrarian tambien ó se resarcirian de ellos con mas crecidas usuras que harian pagar á los cristianos.

(80) Los familiares del Príncipe son castigados mas ejemplarmente por la transgresion de sus mandatos, l. únic. C. *de conduc. et procur. dom. august.*

(81) Y no debe estrañarse que se le imponga la última pena, porque asi lo exige la enormidad del delito ó falsificacion de las Reales letras, l. 22. C. *ad leg. Cornel. de fals.*: pues siempre merece mayor castigo el que falsifica un rescripto del Príncipe, que el que lo hace con otro cualquier documento, segun la Glos. al cap. *ad falsariorum*, *de crimine falsi*; y asi los mismos notarios Reales, aunque cometiesen falsedad en algun acto judicial ó en otro, con tal que aquella no recayese en rescriptos ó despachos Reales, no incurririan por ello en la pena de muerte, sino en la de cortárseles la mano, que es la que en la presente ley se establece para los demas escribanos de las ciudades, á menos que la falsificacion fuese de mucha gravedad por algun otro motivo, como se espresa en d. l. 22. y V. Ang. allí. Y, en órden á la pena en que incurre el que falsifica las letras del papa ó emperador, V. Specul. tit. *de rescript. præsent.* §. *primò igitur;* y V. tambien el cap. *ad audientiam*, *de crimine falsi*, donde se trata del caso en què fuese un clérigo el falsificador de las Reales letras, y Abb. al cap. *olim ex litteris*, *notab.* 2. *de rescript.* donde habla del caso en que un clérigo falsificase los despachos de algun juez inferior; y del en que las letras falsificadas fuesen injustas.

(82) V. ll. 7. y 8. tit. 9. Part. 2. y lo anotado allí.

(83) La l. 1. tit. 12. lib. 4. del *Fuero* impone otra pena al escribano falsario. Pero en el dia debe observarse la presente ley de Partida. * V. adic. á la nota 85.

(84) Pero seria castigado con pena capital, si falsificara muchos actos judiciales en perjuicio de la República, segun Ang. á la l. 22. C. *de fals.*

(85) Añad. l. 6. tit. 7. Part. 7., espresándose en la presente que ha de ser la diestra la mano que se corte al escribano; lo cual no estaba declarado por la ley del *Fuero*; cuya pena de cortarse la mano al falsario ha sido tomada de la ley lombarda, segun la Glos. á la autént. *sed novo jure C. de servis fugitiv.* pudiendo verse otro caso en que se incurre en la misma, en el cap. 1. vers. *scriba verò de prohib. feud. alien. per Freder.* Pero, si el notario incurso en dicha pena no tuviese mas que una mano ¿deberia tambien cortársele esta? V. Bald. á d. autént. *sed novo jure* col. ult. donde citando á Guillerm., quien está por la afirmativa, dice que le parece esto muy bárbaro, porque vendria entonces á quedar el penado enteramente inutilizado; por lo que pretende que en dicho caso, deberia conmutarse la pena de la ley en otra estraordinaria, á no ser que ya se hubiese proferido

la fizo, e darle por malo (86), de manera que non pueda ser testigo, ni auer ninguna honrra mientra biuiere.

TITULO XX.

DE LOS SELLOS, E DE LOS SELLADORES DE LA CANCELERIA.

Selladores son vna manera de Oficiales, que conuiene mucho, que ayan en si grand bondad, e sean muy acuciosos en guardar los sellos, e en sellar las cartas. Ca segun el vso deste tiempo (1) mucho ayuda (2) para ser cumplida la prueba, e creyda la carta, quando es sellada. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos de los Escriuanos, queremos dezir en este, de los Selladores; e primeramente mostrar, que cosa es sello. E por

sentencia: sobre lo cual V. á Ang. Aretin. en su tratado *maleficiorum* vers. *quas si non solverit, amputetur sibi manus* col. 2. ¿Qué deberia, empero, hacerse cuando el que hubiese cometido la falsificacion careciese de entrambas manos? V. Bald., lugar citado, donde opina que deberia aplicársele la pena en algun otro miembro; y añad. al mismo Bald. §. *injuria* col. 4. *de pac. juram. firm.* donde dice que, no encontrándose otro miembro equivalente, deberá el juez conmutar la pena, aplicando en cuanto fuere posible, alguna que sea proporcionada. Y ¿si al reo á quien debia cortarse la mano derecha, se le hubiese cortado por equivocacion la izquierda? V. Bald. á la l. 24. §. 1. D. *de pign. act.* y Jas. á la l. 60. col 8. D. *de condit. indeb.* ¿Incurrirá en la pena de falsedad el escribano que hubiere hecho constar en los autos que se ha producido en ellos una escritura de poder ú otra semejante, cuando en realidad no se haya producido, sino designádosela solamente de palabra? V. Bald. á la ult. C. *de edend.* donde opina por la afirmativa; y lo mismo pretende Aretin. tratado *maleficiorum;* siendo de notar que contra el escribano que haya cometido falsedad en el desempeño de su oficio compete á todos accion popular, aunque no se pida contra él la pena de la ley cornelia *de falsis*, sino la de cortársele la mano con arreglo á los estatutos, segun Aretin. en d. tratado, vers. *neque non ad quærellam* col. 12. Pero ¿deberá castigársele con la misma pena, cuando el documento falsificado resultare ser esencialmente nulo? V. lo que notablemente dice Bart. á la l. 6. col. 2. y 3. D. *de fals.* Bald. á la l. 1. C. *de sepulchr. viol.* Juan de Plat. á la l. 1. C. *de petition. bonor. sublat.* y á la l. 5. C. *qui milit. non poss.* y Socin. consil. 62. vol. 1. y añad. tambien que se castiga al escribano como falsario, aunque sea exacta la escritura en lo principal, siendo falsificada en lo accesorio, como en la estipulacion de la pena ú otra circunstancia semejante, Bald. despues de la Glos. á la l. 2. C. *ad leg. Cornell. de fals.* Acerca los testigos que hayan intervenido en la escritura falsificada, V. lo que se establece en la l. 5. con la Glos. allí, tit. 12. lib. 4. *Fuero de las leyes.* V. tambien lo dispuesto en la l. ult. tit. 26. Part. 2. respecto de la pena en que incurre el escribano que comete falsedad, al describir el botin tomado á los enemigos: y, en órden á si el escribano acusado de falsario podrá seguir recibiendo escrituras, pendiente la acusacion, V. Bald. repet. l. 3. col. 9. D. *de offic. præt.* donde opina que podrá hacerlo, pero que, resultando convicto y siendo condenado como tal, merecerán menos fe las escrituras que en dicho intermedio hubiere autorizado. * A propósito de lo dispuesto aqui observa D. Joaquin Escriche, Diccionario razonado, art. *escribano*, §. 9. tom. 2. pág. 82. que, «como está ya abolida por el desuso toda mutilacion de miembro y lo está igualmente por la ley la confiscacion de bienes, no se suele imponer en la actualidad á los escribanos falsarios otra pena que la de privacion de oficio, la de presidio, destierro, confinacion, la multa, el apercibimiento, la pérdida de sus derechos, etc., segun la naturaleza y circunstancias de la falsedad, ademas del resarcimiento de los daños y perjuicios que por ella se hubiesen ocasionado.

(86) Esto es, debe declarársele infame é inhábil para ejercer en lo sucesivo el oficio de escribano por el solo hecho de haber sido declarado falsario, aunque le hubiere quedado la mano derecha, segun la Glos. y Bart. á la l. 6. §. 1. D. *de edend.* y añad. Bart. á la l. 6. §. 1. D. *ad leg. Jul. repetund.* sin que pueda el juez reservarle la facultad de recibir otras escrituras, Glos. á la *Novell.* 44. cap. 2. *collat.* 4. bien que no dejarán de ser válidas las que hubiere recibido antes de la condena, por tolerarse que siga ejerciendo la facultad, mientras está pendiente la acusacion, segun Luc. de Pen. á la l. 12. C. *de susceptor. præposit. et arch.* Y ¿si fuese un escribano condenado por otro crímen que el de falsedad, ó por este mismo, pero cometido fuera del ejercicio de su profesion? V. Bald. á la l. 13. C. *de testam. milit.* Bart. á la l. 3. §. 5. D. *de suspect. tut.* Juan de Plat. á la l. 1. C. *de immun. nemin. conced.* Bald. á la l. 2. D. *de senator.* y l. 4. y Bart. allí D. *de injur.*

(1) Las leyes antiguas no hablaban de la autenticidad de las escrituras ó documentos se-

que fue fallado. E a que tiene pro. E qual sello faze prueua. E qual non. E quien puede poner los Selladores que han de guardar los sellos. E quales deuen ser. E quantos. E que han de fazer, e de guardar. E que galardon deuen auer los Selladores, quando bien fizieren su officio; o que pena, si mal lo fizieren. E sobre todo fablaremos de la Canceleria.

LEY 1. *Que cosa es Sello, e por que fue fallado, o a que tiene pro, e qual faze prueua, e qual non.*

Sello es señal que el Rey, o otro ome qualquier, manda fazer en metal (3), o en piedra, para firmar sus cartas con el: e fue fallado antiguamente, porque fuesse puesto en la carta, como por testigo (4) de las cosas que son escritas en ella: e tiene pro (5) a muchas cosas, ca por el las donaciones, e las tierras, e las heredades que los Señores (6) dan á sus vasallos, las han firmes, e seguras. E otrosi las mandaderias, que ome embia por sus cartas, son mas guardadas, e van en mayor poridad por la cerradura del sello. E otrosi todas las cosas que ome ha de librar por sus cartas, libranse mejor, e son mas creydas, quando su sello es puesto en testimonio dellas. E porende todo ome que tiene en guarda sello del Rey, o de otro Señor qualquier, deuelo mucho guardar (7), e vsar del lealmente, de manera que non pueda ser sellada con el ninguna carta falsa. E faze prueba (8) en juyzio en todas cosas sello del Rey, o de Emperador, o de otro Señor que aya dignidad, que

llados; antes observaba la Glos. al cap. *cum redemptor* 12. cuest. 2. que el sello del papa no hacia que una escritura fuese auténtica, si no estaba ademas firmada; sobre lo cual, no obstante lo dicho, V. á Bald. á la l. 1. C. *de reb. alien. non alienand.* y al mismo *de pace constantiæ*, vers. *super litteris est*, col. 2. donde dice ser el sello un testigo mudo é incierto: y, en órden á la diferencia que hay entre los documentos sellados y los que no lo son, V. cap. *inter dilectos*, 6. *de fid. instrum.*

(2) El sello contribuye mucho á que se considere una escritura indubitada, l. 2. C. *de reb. alien. non alienand.* y Bald. á la l. 3. col. 3. C. *de reb. cred.*; con todo y á pesar de estar un documento sellado, no debe dársele fe, á ciegas y sin mas exámen, antes se ha de proceder á su compulsa, V. cap. *si quis inquit*, 1 quest. 1. y Glos. allí; pudiéndose añadir lo anotado á las ll. 3. 44. y 114. tit. 18. de esta Part.

(3) Y debe haber en él ciertos caractéres y letras que sean legibles: V. cap. *inter dilectos* 6. *de fid. instrum.* y Abb. al cap. 2. col. penult. d. tit.

(4) Y asi el sello viene á ser como el testigo de la escritura; testigo mudo é incierto, como dice Bald. *de pace Constant.* y en otro lugar añade que el sello por sí, nada espresa, sino que es una especie de cifra ó emblema, Bald. á la l. 19. col. ult. C. *de furt.*

(5) Esprésanse aqui las ventajas ó utilidades de la aposicion del sello: pudiendo añadirse que cuando se presenta un documento sellado con el de una universidad, induce la presuncion de haber esta consumado legítimamente el acto á que aquel se refiere, V. Abb. al cap. 1. *de syndico.*

(6) V. lo anotado á las ll. 3. 5. y 114. tit. 18. de esta Part.

(7) Por lo que hace á la custodia del sello y á las llaves, bajo las que debe estar guardado, V. ll. 1. 2. 3. y 4. tit. 8. lib. 2. ordenam. Real.

(8) Esprésase la presente ley en este punto con mas latitud que la l. 114. tit. 18. de esta Partida, pues declara aqui que las escrituras selladas hacen prueba *en todas cosas*, cuando en la citada ley se dice que solo merecen fe en perjuicio del que las ha sellado ó mandado sellar. Debe, pues, entenderse que lo dispuesto aqui tan solo se refiere á los sellos del Emperador, del Rey, ó de otro Señor soberano en su clase y de aquellos que no reconocen superior; los cuales hacen fe hasta en favor de los mismos dueños; pero no á los de los duques, condes, marqueses y demas Señores; los cuales hacen fe en las cosas pertenecientes al ejercicio del oficio ó dignidad respectiva de aquel, cuyo es el sello; y asi se les debe dar crédito en algunas cosas, mas no en todas: y en ese sentido deben entenderse las palabras de nuestra ley: *en todas cosas*, esto es, respecto de aquellos que no reconocen superior; pues aunque se habla del Rey *ó de otro Señor*, se ha de entender *otro* de los de la misma clase, ó categoría que aquel, á tenor de lo anotado en el cap. *sedes*, *de rescript.* [Respecto, empero, de esta interpretacion que el glosador se esfuerza en dar á la presente ley, para conciliarla con la l. 114. tit. 18., no puede menos de observarse que no se dice en la presente *otro Señor*, tan solamente; sino *del Rey ó de otro Señor cualquier*]. Por lo que mira á los sellos de los prelados ó de los jueces inferiores V. Abb. al cap. *post cessionem*, *de probat.* donde Felip. Dec. recopila en tres conclusiones

sea puesto en alguna carta. E los sellos de los otros (9) omes non pueden fazer prueua contra otro, si non contra aquellos cuyos son, assi como de suso (10) mostramos.

LEY 2. *Quien puede poner los Selladores en Casa del Rey, e en las Cibdades, o en las Villas: e quales deuen ser, e quantos.*

Canceler (11) o Notario, despues que ouieren recebido los sellos de mano del Rey, deuen catar a quien los dan, que sellen las cartas. E estos son llamados Selladores: e en las Cibdades, e en las Villas deuelos poner el Rey (12): e dezimos, que deuen ser omes buenos, e leales, e de buena vida, e sin mala cobdicia: e deuen tomar la jura dellos, segun diremos adelante, e los de la Canceleria del Rey deuen ser tantos, quantos el Rey entendiere que seran menester, para guardar las cartas que vayan derechas, e sin yerro: e los de las Cibdades, e de las Villas, deuen ser dos omes buenos, e leales, en cada lugar; e que amen pro de su tierra, e sean sin vanderia; e que tenga el vno la vna tabla, e el otro la otra, porque mas lealmente sellen las cartas, e mas sin engaño.

LEY 3. *Que deuen fazer, e guardar, tambien los Selladores de la Corte del Rey, como de las Cibdades, e de las Villas: e como deuen tomar la jura dellos.*

Verdad, e lealtad es cosa que deuen los omes mucho guardar en todos sus fechos: e esto tenemos que tañe mucho a los Selladores, e mayormente a los de la casa del Rey: ca pues que ellos tienen los sellos del Rey en mano, si esto non guardassen, podria por y venir gran daño al Rey, e al Reyno: e otrosi los Selladores de las Cibdades, e de las Villas, deuen guardar esto. Ca maguer non tienen tan gran lugar como estos que diximos, nin han tanto de (*i*) auer, tenudos son de guardar esso mismo. Ca otrosi podria por y venir daño, si non lo fiziessen. E porende queremos dezir, que son las cosas que deuen fazer, e guardar, assi los vnos como los otros, para guardar esta verdad, e esta lealtad. E dezimos, que la primera cosa que deuen fazer los Selladores de la Cancelleria del Rey, es que deuen jurar en mano del Rey, que lealmente sellen las cartas: e que non sellen carta ninguna, si non dixere en ella, que la manda fazer el Rey, o Canceller (13), o Notario, o Alcalde: e que non descubran poridad ninguna, de las que en las cartas fueren: e que por amor, nin por desamor, nin por ruego, nin por don que les den, nin que les prometan, que non embarguen a ninguno su carta, nin gela detarden. E otrosi los Selladores de las Cibdades, e de las Villas, deuen jurar, que sellen las cartas lealmente, que les mandaren sellar el Concejo, o la mayor parte: e que non sellen carta que sea contra el Señorio del Rey, o de sus derechos, o que sea a daño de aquellos Concejos de quien tienen los sellos: e que por vanderia, nin por amor, nin por desamor de ninguno, nin por ruego, nin por don que les den, nin les prometan, que non dejen de sellar las cartas, nin las embarguen a los que las ouieren de auer, nin gelas detarden.

LEY 4. *Que deuen bien guardar los Selladores demas de lo que es dicho en la ley ante desta.*

Tenemos por derecho, que los Selladores de la Cancelleria del Rey, que guarden que non sellen preuilejo, nin carta ninguna abierta, que pueda ser desechada por alguna de las razones que diximos, en el Titulo de los Escriuanos. E otrosi deuen guardar, que non sellen carta ninguna a menos de ser registrada (14), nin la den otrosi del registro, sin mandado del Rey, o de alguno de los otros que las pue-

(*i*) veer Acad.

todo lo relativo á esta materia: y V. tambien lo anotado á d. l. 114. y Bald. á la l. 12. hácia el fin C. *de pact.*

(9) Entre estos deben comprenderse los de los Señores que reconocen superior, segun se deduce de d. l. 114. tit. 18. á la cual la presente se refiere.

(10) L. 114. tit. 18. de esta Part.

(11) V., acerca de lo dispuesto aqui, la l. 4. tit. 9. Part. 2. con lo allí anotado. * V. las ll. del tit. 13. lib. 4. y tit. 20. y 21. lib. 5. Nov. Recop. §. 4. cap. 5. Reglam. del supremo tribunal de España é Indias, y cap. 6. tit. 2. ordenanzas para las Audiencias, donde se determinan los deberes y atribuciones de los cancilleres-registradores.

(12) Estos oficiales para el objeto de sellar los documentos, no es costumbre nombrarlos en las ciudades y villas, como lo previene aqui nuestra ley; sino que acostumbran sellarlos los secretarios de los concejos ó universidades.

(13) Háblase aqui del canciller mayor, lo mismo que en la l. 4. tit. 9. Part. 2.

(14) Esceptuando el caso en que el Rey mandare lo contrario, como se previene en

den (j) mandar, assi como diximos en la ley ante desta. E deuen guardar en las cartas cerradas, que si letra, o alguna parte menguare en ellas, que las fagan emendar, porque non vayan menguadas. E deuen otrosi guardar, que si carta alguna les aduxeren, que sea contra la manera (15) que vsan en la Corte del Rey, que la non sellen, a menos de la mostrar (16) a aquel que la mando fazer. E deuen guardar los Registros (17), que non se pierdan: e que fagan registrar las cartas, cada vna en el registro que le conuiniere: e deuen guardar en los priuilejos de confirmacion que ouieren de plomar, que acuerden con aquellos de que fueren trasladados. E deuen catar, que aquellos de que los trasladaren, que non sean (k) roçados, nin sopuntados, nin aya en ellos ninguna de las cosas por que los puedan desechar, segund que ya diximos (18): e los Selladores de las Cibdades, e de las Villas, deuen guardar, que quando fuere alguno dellos a otra parte, que deje en su lugar algun ome bueno en que se confie, con sabiduria de los Alcaldes (19); que selle las cartas que fueren menester, porque non se embargue el fecho de su Concejo, nin de aquellos que ouieren de auer las cartas. E tambien ellos, como aquellos que dexaren en su lugar, deuen guardar, en las cartas abiertas que dieren, aquellas cosas, que diximos, que deuen guardar los Selladores de la Canceleria del Rey.

(j) mandar dar, Acad.
(k) raidos nin sopuntados B. R. 2.

LEY 5. *Que gualardon deuen auer los Selladores, e como deuen ser honrrados, e guardados.*

Recelando que los Selladores tomarian mas que deuen por el sellar de las cartas, queremos mostrar en esta ley, que gualardon es el que deuen auer por el sellar. E dezimos, que los Selladores de la Cancelleria del Rey deuen auer, cada vno dellos (20), tanto como vno de los otros Escriuanos del Rey. E demas deuen tomar por los priuilejos que plomaren, por cada uno vn marauedi; e por las cartas plomadas, de cada vna medio marauedi. E los Selladores de las Cibdades, e de las Villas, deuen tomar cada vno dellos, por quantas car-

la. l. 6. de este tit.

(15) Dispónese esto asi, porque las letras ó despachos estendidos en otro estilo que el acostumbrado se presumen falsos, cap. *quam gravi* 6. *de crimine falsi* cap. *ad nostram* 5. *de confir util. vel inutil.* l. ult. C. *de canon. largition. titulor.* y Bart. y Ang. allí; debiendo tomarse en consideracion, al comparar los documentos, no solo el estilo de la Corte, sino tambien el particular del escribano, segun Bald. *de emendat. Justinian. Cod.*, hácia el fin, y V. al mismo á la l. 20. col. ult. C. *de fid. instrum.* donde dice que, asi como se conoce la lira por el sonido y á las aves por el canto, asi por el estilo de un escrito se conoce á su autor: y añad. á lo dicho el cap. 2. y Abb. allí *de rescript.* notab. 3. y al cap. *ex parte* el 2. *de offic. deleg.* y Felin. al cap. 2. vers. *stilus*, *de rescript.*

(16) Y si, despues de haberla mostrado, se le manda que la selle, quedará el canciller libre de toda responsabilidad, V. Bart. y Plat. á la l. ult. C. *de canon. largition. titulor.*

(17) Segun esto, pues, el registro estaria en poder del canciller al tiempo en que se publicaron las Partidas. * Y tambien en el dia estan reunidos en uno solo los dos oficios de canciller y registrador de las Audiencias, segun los arts. de d. cap. 6. tit. 2. de las ordenanzas de las Audiencias: y aun parece que una sola persona los ejerce asimismo en el tribunal supremo, aunque representando á dos distintos propietarios de dichos oficios enagenados por la corona, y no incorporados á la misma, V. d. §. 4. cap. 5. del reglam. del trib. supr.

(18) V. l. 44. tit. 18. de esta Part.

(19) Véase, pues, como, á pesar de poder algunos oficiales nombrar en su ausencia substitutos, deben nombrarlos con conocimiento del juez de quien dependen; siendo de advertir que se exige, tan solo, el que se dé á dicho juez conocimiento, no el que consienta; lo que conviene tener presente, á propósito de la cuestion propuesta por Juan Andr. al cap. *cum ex eo*, *de elect.* sobre si pueden ó no poner substitutos ó tenientes en sus ausencias y sin el consentimiento del obispo, los prelados inferiores y los rectores de las iglesias, la cual resuelve allí por la afirmativa; á menos que la ausencia hubiere de ser perpetua ó muy dilatada, y no debiendo pasar de siete semanas, con tal que sea con justa causa. V. al mismo, lugar citado, donde dice haberse discutido esta cuestion, y la trata por partes, citando á Abb. al cap. *postulasti* notab. 1. *de rescript.*: y añádase á lo dicho que los servicios que se deben al Príncipe no pueden prestársele por substituto, sino con su consentimiento, V. Bald. al cap. 1. §. ult. *Episcopum vel Abbatem.*

(20) Por lo que hace á los salarios de los cancilleres, V. lo que hoy está dispuesto estensamente en las ll. 3. y 7. tit. 8. lib. 2. or-

tas sellaren, de cada vna seys dineros, de la moneda (21) que comunalmente vsan, e despienden por la tierra: e si mas tomaren de lo que en esta ley manda, que gelo escarmiente el Rey, segun tuuiere por derecho. E estos Selladores de la Cancelleria del Rey, dezimos que deuen auer aquella honrra, e aquella guarda, que los otros Escriuanos del Rey: e quien los desonrrasse, o los firiesse, o los matasse, que aya otra tal pena. E los Selladores de las Cibdades, e de las Villas, si alguno los desonrrasse de dicho, o de fecho, o los firiesse, o los matasse, aya doble pena que auria, si non tuuiesse el sello, assi como de suso diximos en el titulo de los Escriuanos (22).

LEY 6. *Que quiere dezir Cancelleria, e que cosas son tenudos de guardar, e de fazer, los que estan en ella.*

Cancelleria es cosa que deuemos fablar, e mostrar por que es assi dicha, e que es lo que deuen y guardar, e fazer; e otrosi que deuen y tomar. E porende dezimos, que Cancelleria es lugar do deuen aduzir todas las cartas para sellar. E aquellos que lo ouieren de ver, deuenlas catar, e las que non fueren bien fechas, deuenlas romper, e quebrantar; e las que fueren fechas derechamente, deuenlas mandar sellar. E por esto la llaman Cancelleria (23), porque en ella se deuen quebrantar, e cancellar las cartas que fueren mal fechas: e lo que deuen guardar, es esto: que non tomen cartas de mano de otro ome, si non de Escriuano, o de Portero del Rey. E las cartas de poridad, que dieren a qualquier de los que estuuieren en la Cancelleria, por mandado del Rey, o (*l*) por mano de alguno de los Notarios, dezimos, que deue guardar (*ll*) aquel a quien las diesse, que non las muestre, si non a los Notarios, o aquellos que los ouieren de registrar; otrosi a los que las deuen sellar, e han de guardar. E otrosi, que no sellen las cartas ante que sean registradas; fuerasende aquellas que el Rey mandare que non registren. E han otrosi de guardar, que non tarden por su culpa, a aquellos que ouieren de auer los preuilejos, e las cartas; e que les non tomen mas por ellas, si non quanto dizen en adelante en estas leyes: e lo que deuen fazer, es esto: que luego que les aduxeren las cartas, que las vean, e las que non fueren bien fechas, que las rompan, e las quebranten, assi como de suso diximos; e las que fueren bien fechas, que las den luego a registrar, e las fagan sellar, porque non tarden por ellas aquellos que las ouieren de auer: e aquellas que rompieren, deuenlas dar a los Escriuanos que las fizieron, o aquellos que las mandaron fazer, que enmienden aquello por que fueron rotas: e los que deuen tomar, mostrarlo hemos adelante por las otras leyes. E la razon, porque lo deuen tomar, es por el sellar, e por dar gualardon a los Escriuanos, por el trabajo que lleuan.

LEY 7. *Quanto deuen dar a la Cancelleria por el Preuilejo, o por la Carta plomada.*

Cobdiciando los omes algo, toman a las vezes de la cosas (*m*) que non deuen. E porque la Canceleria del Rey es fecha por pro de todos comunal, queremos guardar que non venga ende daño a aquellos que non la pueden escusar, e la han menester para preuilejos, o para cartas, de cual manera quier que sean. E porende mostraremos, que es lo que los omes han a dar (*n*) a aquellos que lo han de auer, e guardar: e ellos que han otrosi de tomar (*ñ*) por razon dello. Onde dezimos, que si el Rey mandare dar preuilejo a alguna Villa, de fuero nueuo (24) que les de, quel deuen dar por el preuilejo cien marauedis. E si fizieren puebla nueua (25), e les diere he-

(*l*) por mandado Acad.

(*ll*) que aquel a quien las deuen que non las muestre si non a los notarios o a aquellos que las hobieren de registrar, et otrosi a los que las deben sellar: et han de guardar otrosj que non seellen las cartas etc. Acad.

(*m*) mas que non deben: Acad.

(*n*) a aquellos que la han de veer et de guardar, Acad. a aquellos que lo han de ver Tol. 1. Esc. 1. 2. B. R. 2.

(*ñ*) por razon della. Acad.

denam. Real. * V. la adic. á la nota 11. de este tit. y el tit. 1. y el cap. 1. seccion 3. tit. 3. de los aranceles generales vigentes de 2. de mayo de 1845.

(21) Esto es, como se espresa aqui y en la l. 75. D. *de legat.* 3., de la moneda corriente en el reino, cuando esos salarios no esten otramente tasados por la ley; pues, estándolo, deberian entenderse en la moneda que se espresara en la misma y no de la corriente ó usual. V. Bald. á la l. 4. col. 6. C. *de serv. fugit.* * V. la adic. á la nota antec.

(22) L. 14. del tit. prox. antec.

(23) Añad. l. 4. tit. 9. Part. 2.

(24) De semejantes concesiones de fuero nuevo háblase en la l. 2. tit. 18. de esta Part. y tal vez, lo mismo que aqui se dispone, tendria tambien lugar respecto de las ordenanzas para las ciudades y demas poblaciones del reino, las cuales deben en el dia ser confirmadas por el Consejo Real.

(25) Asi, pues, se requiere privilegio Real

redamiento de termino poblado (26), deuen dar por el preuilejo cincuenta marauedis. E si el termino non fuere poblado, que den por el veinte marauedis. E si alguna Cibdad, o villa

para la formacion de una nueva ciudad ó vecindario. Con todo, parece que lo contrario puede deducirse de la l. 5. D. *de just. et jur.*, en la cual se dice que la construccion de nuevas ciudades es lícita por derecho de gentes, pudiendo verse lo anotado allí por Bart. Alber. y Juan de Plat. á la l. únic. C. *de metropoli Berito* y Bart. á la l. 2. D. *de verb. signif.* y V. tambien, para comprender mejor d. l. 5. y conciliarla con la presente, lo que á la misma dice Paul. de Castr. repet. col. 8. y Bald. *de pace Constantiæ*, vers. *in perpetuum* col. 3. y 4. y Bart. á la l. ult. D. *de colleg. et corporib. illicit.*

(26) Asi se verifica con las que se llaman vulgarmente *aldeas*, cuando estas se agregan á otra ciudad ó villa; lo cual nadie puede hacerlo fuera del Príncipe, segun lo anotado por Bart. al cap. *sicut unire* 8. *de excessib. prælat.* y por Juan de Plat. á la l. únic. C. *de metrop. Berito*; pues es propio del Rey el señalar y dividir los términos de las provincias. Pero ocurre, á propósito de lo dicho, una notable dificultad sobre si, uniéndose algun castillo á una ciudad, se transfieren á esta ó quedan reservados para el primero el territorio, los límites y demas derechos que antes pertenecian al mismo; siendo lo mas probable que todos se transfieren á la ciudad ó villa, á la cual se haya unido el castillo, á tenor del cap. *recolentes* 3. *de stat. monach.*, en el cual se declara que, al verificarse la union de una iglesia ó monasterio con otro, pierde aquel todos sus derechos, costumbres y privilegios, los cuales se consideran estinguidos, y adquiridos por la iglesia, á la cual se une los privilegios, costumbres y naturaleza de la unida. Lo mismo se infiere del cap. *et temporis qualitas* 48. y de lo que notablemente dice la Glos. 16. quest. 1. y Bart. á la l. 18. §. 1. D. *de pignorat. act.*, esto es, que al unirse una provincia á un reino ó un castillo á un condado, debe regirse por las reglas y privilegios de aquel al cual se haya unido, arg. l. 65. princ. D. *de legat.* 2. y l. 21. D. *de legat.* 1., no siendo necesario que asi se pacte espresamente, para que se entiendan consolidados todos los derechos de las dos iglesias que se unen, cap. 2. y Abb. allí *de relig. domib.*; asi como se verifica cuando un padre de familias se da en arrogacion á otro, en cuyo caso se confunden y transfieren á este todos los derechos que pertenecian al primero, y son como accesorios de su persona, l. 16. D. *de precar.*: y asi parece que la ciudad á la cual se haya unido un castillo puede aplicar á su uso las cosas que sobreabundaban en el territorio de este último, y mantener en su estado al mismo castillo y á los hombres propios de él, á tenor de lo anotado por Inoc. al cap. *pastoralis*, *de privileg.* y Abb. al cap. *querelam* 1. notab. *de elect.* y á d. cap. 2. *de relig. domib.* y de lo que espresa Bald. al cap. *imperialem* §. *præterea ducatus*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*: y cuando se unen á un marquesado varios castillos, se hacen estos del primero, l. 26. §. 2. D. *de pact. dotal.* de la manera que la accion llamada *rei uxoriæ* se refundió en la llamada *ex stipulatu* l. 1. C. *de rei uxor. action.* como para que no quedase vestigio alguno de los derechos primitivos, despues de estar estos consolidados, l. 13. D. *de adopt.* y para que, desapareciendo el orígen de la cosa ó derecho, desapareciese hasta la imágen de los mismos, l. 1. princ. C. *de latin. libert. tollend.* Y lo dicho viene al parecer confirmado por nuestra ley aqui, la cual, por la union de un territorio poblado á una ciudad, exige dobles salarios que por la union de un territorio despoblado, significando con esto que en el primer caso se tranfieren mas derechos que en el segundo, esto es, todos los pertenecientes á los vecinos ó naturales del territorio unido. Al contrario, empero, parece deducirse no ser la intencion del Príncipe, al unir un castillo á una ciudad, la de privar al castillo y á los hombres del mismo, de sus términos y territorio, l. 4. C. *de emancipat.* l. 2. §. 10. D. *ne quid in loc. public.* sino la de unir materialmente el castillo para que sea del condado ó provincia de la ciudad, pero sin privarle del dominio de sus cosas; de suerte que se verifique la union, quedando á los hombres del castillo los mismos términos y derechos que antes tenian, arg. l. 20. §. 1. D. *de pignor. act.* l. 23. §. 2. D. *de servit. præd. rustic.* Y en efecto, segun observan Bart. tratad. *Tiberiadis*, y tratad. *de insula* vers. *nullius enim* y vers. *sed quæro illæ gentes*, y Socin. consil. 79. col. 4. vol. 2., la union ó incorporacion de un castillo se entiende siempre hecha sin perjuicio del mismo: y asi se verifica tambien que, al incorporarse una iglesia á otra nada se altera respecto de los derechos de entrambas, segun lo anotado por Abb. á d. cap. 2. *de relig. domib.* pues, por unirse un lugar á otro, no muda su naturaleza, antes bien conserva cada uno sus derechos, como dicen Inoc. y Juan Andr. á d. cap. 2., y lo confirma el mismo texto allí; pudiendo verse tambien la Glos., la cual observa, alegando va-

grande (27) diere termino poblado, deuen dar por el preuilejo cien marauedis. E si el termino fuere yermo (28), den por el cinquenta marauedis. E si termino poblado diere a otra Villa menor, deuen dar por el cinquenta marauedis; e si fuere por poblar, veinte marauedis. Pero si el termino que les diere yermo fuere tan grande, que sea tan a su pro de aquella Villa, a que lo diere, como podria ser otro que fuesse poblado, den otro tanto por el preuilejo. E si fuere mas a su pro, den por el quanto el Rey tuuiere por bien, e por

rias concordancias, que el papa, al conceder á uno un privilegio, no se entiende que quiera perjudicar á los demas. Asimismo vemos que, á pesar de haberse incorporado una villa á otra, todavía subsisten los estatutos de la primera, porque se considera incorporada con sus causas y accesiones, Bald. al cap. *translato*, *de constitut.* y por ponerse un castillo bajo la tutela de otro, no pierde la administracion de sus cosas, ni la pierde una iglesia, por ponerse bajo la proteccion de otra, l. 7. §. 3. D. *pro emptor.* Bald. al cap. 1. princ. col. 2. *de capitan. qui cur. vend.* Y en los propios términos espresa Inoc. cap. *cum ex injuncto*, *de nov. oper. nuntiat.* que, transferido ó incorporado un castillo á una ciudad, retiene todos sus derechos y privilegios: pues tambien el tránsito de los bienes dotales de la muger al dominio del marido no borra ni confunde la realidad de las cosas, de modo que dejen de pertenecer al dominio de la consorte, l. 30. C. *de jur. dot.*, á pesar de que la union del marido y la muger es mas fuerte que todas las demas, ll. 1. y 2. D. *de rit. nuptiar.*: y la misma especie de conservar y retener la iglesia todos sus privilegios, á pesar de incorporarse á otra, está confirmada por Juan Fabr., alegando los textos citados y otros varios, aunque no con tanta latitud, al §. 8. Instit. *de action.* y esto parece lo mas probable: sin que obste lo que se lee en el cap. *recolentes* 3. *de statu monach.* por proceder tan solo, cuando la iglesia, á la cual se incorpora otra, es tal que no puede poseer bienes en comun; en cuyo caso, aunque pueda poseerlos la iglesia incórporada, no conservará el dominio de las cosas que antes le pertenecian, sino que se verificará una especie de venta ó permuta de las mismas, por razon de la naturaleza de aquella á la cual se incorpora, segun el cap. 1. *ne sede vacante*: y á dicho caso se refiere el cit. cap. 3. Pero, por lo demas, y siendo las dos iglesias de aquellas que pueden poseer en comun, cada una conservará el dominio de sus cosas; segun la distincion que hace Pedr. de Peru. en su tratado *de unione ecclesiar.* cap. 2. col. 4. y Andr. de Iser. al cap. 1. vers. *et iterùm si clericus*, adic. *de capitul. Corrad.* col. penult. á quien puede verse; y V. tambien á Alex. consil. 140. col. ult. vol. 5.; siendo digno todo lo dicho de tenerse presente y pudiendo honrar á cualquiera el saberlo en los casos que sobre el particular ocurran, como me ocurrió á mí uno de grande trascendencia. Añad. tambien la bella doctrina de Inoc. al cap. *pastoralis*, *de privileg.* hácia el fin, y cap. *pastoralis*, princ. *de donat.* donde, interpretando y distinguiendo este último cap., dice que si un obispo concediera á un archipreste una iglesia, para que quedase esta dentro del territorio de su archipresbiterado, no se entenderia concederle mas derecho, que el de quedar dicha iglesia sujeta á él, como archipreste, por el mero hecho de quedar comprendida en el archipresbiterado; porque, añade allí mismo, las donaciones deben entenderse conforme á la calidad de las pérsonas que las hagan y de las que las reciben: y asi, en el caso propuesto, parece que ha de entenderse tambien que, al conceder el Príncipe la incorporacion de un castillo á una ciudad, quiere tan solo que aquel pase á ser del territorio y condado de la primera, no que esta se haga dueña y señora de los términos y bienes del castillo: y lo propio que Inoc. sostienen Juan Andr., Juan de Imol. y Abb. añadiendo ademas el mismo Inoc. á d. cap. *pastoralis*, *de privileg.* hácia el fin que, aun cuando se concede á alguno una iglesia con pleno derecho, se entiende concedérsele tan solo para que quede aquella subordinada al concesionario, asi en lo espiritual, como en lo temporal; no para que pueda este convertirla en sus propios usos; pues únicamente se entiende concedida la subyeccion, 16. quest. 2. cap. *visis* y cap. *cum et plantare* 3. *de privileg.*, no los frutos y demas accesiones; lo que es digno de notarse, pudiendo añadirse á lo espresado, lo que se lee en Hostiens. y Juan de Liñan al cap. *sicut unire*, *de excessib. prælat.*

(27) Nótese que las grandes villas se equiparan á las ciudades. En Francia lo mismo es decir *villa* que *ciudad*; y en Italia se da el nombre de villas á los edificios que no tienen murallas, Bart. extravag. *ad reprimendum* glos. vers. *provinciæ* y V. el Levitic. cap. 25. versic. 31. donde tambien se llama *villa* á la aldea que no tiene muros.

(28) Sobre estos siempre pretende el Rey tener derecho: á tenor de la doctrina de Paul. de Castr. á la l. 1. princ. D. *de accquir. posses.*, segun cierta lectura, y Socin. allí es-

guisado. E si quitare alguna Villa de pecho, o de portadgo, han a dar por cada vno destos preuilejos cien marauedis. E si quitare algun ome desto mismo, si fuere rico, de a la Cancelleria cinquenta marauedis; e si fuere pobre, de por el diez marauedis. E otrosi dezimos, que la Cibdad, o Villa, a que diere feria (29), que de a la Canceleria por el preuilejo cien marauedis. E al lugar a que diere mercado (30), de treinta marauedis. E si diere el Rey heredamiento a Rico ome, que vala de renta cien marauedis, de por el preuilejo, o por la carta, treynta marauedis. E si valiere mas, o menos, que de su derecho a esta razon. E si diere heredamiento a Arçobispo, o Obispo, o algund ome de Orden de los Mayorales, assi como a Maestro, o Prior, o Comendador, o Abad bendito, e gelo diere para la Orden, deuen dar por el preuilejo, o por la carta cien marauedis. E si lo diesse a qualquier dellos por si mismo, si valiere de renta cien marauedis, de por el preuilejo, o por la carta treinta marauedis. E si lo diere a Cauallero de mesnada (31), o a Clerigo de su casa, o a su Alcalde, de aquellos que han de judgar en la Corte (32), o a ome de su criazon (33), deue dar por el preuilejo, o por la carta veynte marauedis, si el heredamiento valiere de renta cien marauedis. E si valiere mas, o menos (o) que de suso es dicho, a esta razon. E por preuilejo de confirmacion de termino, o de donadio, o de heredamiento que aya dado a muchos comunalmente, assi como a omes de Orden, de qual manera quier que sean, o a Concejo, que den por el veynte marauedis: otro tanto dezimos que deue dar el Rico ome, por el preuilejo de confirmacion de termino, o de heredamiento. E por todos los otros preuilejos de confirmacion, que den por cada vno diez marauedis.

LEY 8. *Que deuen dar por las Cartas a la Cancelleria, aquellos que son nombrados en esta ley.*

Ricos omes (34), quando los pone el Rey tierra, o quando faze Alferez, o Mayordomo, o Adelantado, o Merino, o Alcalde, deuen dar tanto por las cartas a la Canceleria, como dize en esta ley. Onde dezimos, que quando el Rey pusiere marauedis en tierra de nueuo a algun Rico ome, o a otro qualquier que los ponga, que deue dar por la carta de cada cien marauedis tres marauedis a la Cancelleria, vna vez a la entrada de la tierra, e non mas: e quando fiziere Alferez, o Mayordomo, que de cada uno trezientos marauedis para la Cancelleria: e quando fiziere Canceller, que de quinientos marauedis: e quando fiziere Notario mayor, que de trezientos marauedis: e quando fiziere Merino mayor, o Adelantado mayor de su tierra, o Almirante mayor, que de por cada vno dozientos marauedis. E quando fiziere Alguacil de su Casa (35), que de treynta marauedis. Ca maguer gran lugar tengan; por que han gran trabajo, e su renta es poca, del que bien, e lealmente lo fiziere, por esso tenemos por guisado, que non de mas de treinta marauedis. E quando fiziere Alcalde de su Corte, de treinta marauedis: ca otrosi, si bien, e lealmente lo fiziere, mas querra ganar amor de Dios, e del Rey, que tomar seruicio, nin ruego de los omes. E quando fiziere Mandaderos para tierra de Moros, que de cada uno dozientos marauedis; e esto dezimos, porque las ganancias dellos son grandes, e de muchas maneras. E quando fiziere Copero mayor, o Portero, o Repostero, o Despensero, (p) que de por cada vno dellos quarenta marauedis: e quando fiziere Cozinero mayor, o çatiquero, o Cauallerizo, o Posadero, o Ceuadero, que de otrosi cada vno destos veinte marauedis: quando el Ma-

(o) que dé su derecho a esta razon: Acad.

(p) que dé cada uno dellos Acad.

presando que los terrenos herbosos é incultos que esten dentro el territorio de algun reino ó ciudad se presume que son de pertenencia del mismo: y mas claramente lo afirma Francisc. de Aret. 2. notab. consil. 15. donde puede vérsele.

(29) V. l. 2. tit. 1. Part. 2. y l. 3. tit. 7. Part. 5.

(30) Añad. las ll. citadas en la nota antecedente y l. 1. D. y C. *de nundinis.*

(31) Esto es, *de mansionata;* porque permanece con el Rey.

(32) Véase por lo dicho aqui como, al tiempo de compilarse las leyes de Partidas, acostumbraba el Rey hacer dádivas y conceder heredades á los jueces de su Corte: pero esto ha dejado en el dia de estar en uso; y acostumbran aquellos llevar una vida menesterosa.

(33) Segun esto, los domésticos ó familiares del Príncipe satisfacen mas cortos salarios que los demas: pero semejante privilegio no debe entenderse sino en los casos que la ley espresamente menciona.

(34) Acerca de cuáles sean esos *ricos hombres*, V. l. 10. tit. 25. Part. 5.

(35) V. l. 20. tit. 9. Part. 2.

yordomo mayor metiere a otro en su lugar, que de veinte marauedis (q) el quel pusiere: e quando fiziere algun Alcalde, o Juez, o Merino de alguna Villa, o de alguna Merindad, si Merino mayor non y ouiere, que de cada vno destos diez marauedis. E otrosi, quando diere Adelantado alguno en las Villas, deue dar diez marauedis. E quando fiziere Escriuano de Concejo entregador que entregue las debdas de los Judios, que de cada vno destos cinco marauedis. E quando fiziere Rab de alguna gran tierra, deue dar dozientos marauedis. E quando fiziere Almoxarifes en las grandes Villas, que de cada vno dellos cien marauedis: e quando fiziere Almoxarifes en las Villas menores, que de cada vno cinquenta marauedis: e quando fiziere Viejo mayor (36), que es segun los Judios, e los Moros, como Adelantado, e lo pusiere sobre alguna tierra, para oyr las alçadas, e para librar los pleytos, deue dar tal como este cien marauedis; mas si le pusiere en alguna Aljama señalada, de veinte marauedis. E esto que diximos en esta ley, que deuen pagar a la Cancelleria los Oficiales de Casa del Rey, entiendese de aquellos, que lleuaren ende cartas para aquellos oficios.

LEY 9. *Que deuen dar a la Cancelleria por las Cartas de Auenencia.*

Juntas fazen a las veces vn Concejo con otro, e vn Rico ome con otro, o otros omes qualesquier, sobre pleytos, o contiendas que han entre si; (r) o que fazen auenencias por cambios; o de otra guisa. E porque sea mas firme (37), piden merced al Rey que les de ende sus cartas: por que dezimos, que si el auenencia fuere entre Ricos omes, o Obispos, o Concejos, o Ordenes, que deuen dar cada vna de las partes por la carta a la Cancelleria veinte marauedis: e si fuere de auenencia vn ome con otro, que non sea destos sobredichos, deuen dar ambas las partes diez marauedis: mas si el pleyto, o la contienda fuere entre un Concejo, e otro, sobre terminos, e non se auinieren, e se librare por Juyzio; la parte que venciere, e saliere con los términos, de a la Cancelleria por la carta diez marauedis.

LEY 10. *Quanto deuen dar a la Cancelleria por la Carta, a quê fiziere el Rey gracia, que saque del Reyno alguna de las cosas defendidas.*

Locura fazen muy grande los que se atreuen a sacar del Reyno algunas de las cosas que el Rey defiende, sin su mandado. Pero si el Rey fiziere a alguno gracia, que le quiera dar su carta, que saque del Reyno algunas de las cosas vedadas; dezimos que deue dar a la Cancelleria por la carta, tanto como en esta ley dize: que si fuere para sacar oro, o plata (38), o argen viuo, o grana, o seda, (s) o cueros, o paños, o corambre, o cera, o cordouanes, o alguna de las otras cosas vedadas, deue dar, de aquello que costo lo que lleuare, de cada cien marauedis vn marauedi a la Cancelleria. E si fuere para sacar cauallos (39), o rocines, o bestias mulares, deue dar por el cauallo dos marauedis, e por el rocin vn marauedi, e por el mulo, e mula un marauedi. Mas si diere carta a alguno, que ande seguro por su tierra con todas sus cosas, deue dar por ella cinco marauedis. E otrosi, si alguno arrendare Puertos, o Salinas, o otro arrendamiento del Rey, que de dozientos marauedis de vn marauedi a la Cancelleria, la primera vez que fiziere arrendamiento.

LEY 11. *Quanto deuen dar a la Cancelleria*

(q) aquel que posiere: Acad.
(r) e en que fazen Acad.

(s) o conejos, o peñas Acad. o cueros o peñas. B. R. 2.

(36) V. *Daniel.* cap. 13. vers. 5. y *Deuter.* cap. 21. vers. 19. donde se lee: *ducent ad seniores civitatis illius*, *et ad portam judicii.*

(37) V. l. 26. D. *de re judic.*, y hace tambien al propósito de lo dispuesto aqui, lo que diariamente se observa en las Reales Audiencias, en las que se suele pedir por los litigantes, despues que han transigido ó concordado, que se confirme por medio de una sentencia la concordia ó transaccion otorgada entre los mismos: lo cual, empero, no he visto que se practicara; antes bien comunmente se dejan de pronunciar semejantes sentencias confirmatorias, cuando se trata de transacciones otorgadas entre algun concejo ó universidad y algun Señor sobre los términos, ó sobre la exaccion de algunas prestaciones ó derechos, y pidiendo en tales casos los concordantes que se autorice la transaccion en forma de sentencia, no he visto que se acostumbre acceder á semejante peticion, antes por lo comun se niega la interposicion del decreto.

(38) Véase, por lo dicho aqui, cuántas eran las cosas, cuya estraccion del reino estaba prohibida, al tiempo de publicarse las Partidas.

(39) V. las citadas ll. de los ordenamientos y pragmáticas.

por la Carta que sea dada sobre Juyzio acabado, e por las otras Cartas que son nombradas en esta ley.

Juyzios se dan acabados muchas veces en Corte del Rey, de que han menester cartas los omes: otrosi deuen dar cartas a aquellos a quien mandan entregar de alguna cosa. Onde dezimos, que quando algunos ouieren pleytos ante el Rey, o ante algunos de aquellos que judgan en su Casa, e les dieren cartas, de como fueron tenudas las razones, e del Juyzio como fue dado; (*t*) si non ouiere y entrega alguna, cada vna de las partes deue dar por tal carta cinco sueldos. E si por auentura ouiere y entrega que manden fazer a alguno de aquellos, aquel que mandaren entregar, que de a la Cancelleria de cada cien marauedis un marauedi. E si fuere carta de perdonamiento, que faga el Rey a alguno que mereciesse justicia en el cuerpo, de el rico diez marauedis a la Cancelleria, e el pobre cinco marauedis. E si fuere el perdonamiento de auer, deue dar de cada ciento vn marauedi: e otrosi, quando alguno diere cuenta al Rey, de quel den carta de pagamiento (40), si fuere la cuenta fasta mil marauedis, de por la carta un mar auedi. E si fuere de mil marauedis arriba, de por ella dos marauedis. E si el Rey diere carta a alguno de marauedis que le deua, e gelos pusiere en lugar señalado, deue dar a la Cancelleria de cada dozientos marauedis vn marauedi; e si vna vez pagare la carta, e mas cartas ouiere menester para aquellos marauedis, que non pague nada por ellos. E si diere carta a algund Concejo, que los atiendan los Judios por las debdas (41), deue dar la Villa mayor con sus terminos doze marauedis, e la Villa mediana seys marauedis, e la menor tres marauedis. E si carta alguno lleuare, e Portero que le entregue de alguna debda quel deuen, quier sea Christiano, o Judio, deue dar a la Cancelleria de cada cien marauedis vn marauedi de quanto le entregaren. E si el que lleuare la carta non la pudiere pagar luego (42), el Portero que fuere fazer la entrega, sea tenudo de recabdar estos marauedis, e darlos quando viniere a la Cancelleria.

LEY 12. *Quanto deuen dar a la Cancelleria por las Cartas cerradas.*

Cerradas y a otras cartas, qne son de muchas maneras, de que deuen otrosi dar algo a la Cancelleria. E dezimos, que si carta dieren a alguno de marauedis que el Rey le manda dar, si fuere de diez marauedis arriba fasta ciento, que de por ella cinco sueldos. E si fuere de cien marauedis arriba, que de cada ciento de vn marauedi. E si fuere de diez marauedis en ayuso, non pague nada por ella. E si mas cartas lleuare por razon destos marauedis, non pague por ellas ninguna cosa. E si fuere carta de simple justicia, que le fagan derecho sobre la querella quel mostrare, que de por ella cinco sueldos. E si fuere carta de simple justicia, que sea ganada por mandado de algun Concejo, deuen dar por ella vn marauedi. E por carta que mande el Rey dar a alguno, que le atiendan por marauedis que deua, que de por ella un marauedi, si fuere la debda de cien marauedis, o dende arriba. E por las cartas que lleuaren, e se perdieren, (*u*) e por Merced que el Rey quiera fazer, gelas mandare dar otra vez, que den su derecho como de primero (43). E todo esto sobredicho, que diximos en este Titulo, que deuen dar a la Cancelleria por razon de los preuilejos, e de las cartas, entiendese de aquellos lugares, que non dan cosa señalada.

TITULO XXI.

De los Consejeros.

Verdadera cosa es, e todos los Sabios se acuerdan en ello, que las cosas que son fechas con consejo (1), se fazen mas ordenadamente

(*t*) si non hobiere hí entrega á alguna de las partes, deben dar por tal carta cinco sueldos. Acad.

(*u*) et pidieren merced al rey que gelas mande dar otra vez. Acad.

(40) Nótese lo dispuesto aqui, acerca los salarios que han de pagarse por las cartas de pago ó quitamientos; cuyos salarios he visto exigirse por los llamados *contadores mayores de cuentas.*

(41) Tal vez se previene esto á propósito de los plazos ó esperas que concede el Rey para los pagos, V. l. 33. tit. 18. de esta Part. y l. 2. C. *de precib. Imper. offer.*

(42) Nótese esto, que tiene relacion con muchas otras especies análogas.

(43) Téngase esto presente, qué por la ratificacion que por cualquier motivo haya de hacerse de un privilegio ó escritura, deben pagarse los mismos salarios que los que se pagaron por la primitiva otorgacion del mismo.

(1) Añad. l. 8. C. *de legib.* l. 17. y Bart. a lí D. *de jur. patron.* Glos. á la l. 6. §. 2.

(2) que las otras, e vienen a mejor acabamiento. E como quier que en todos los fechos que los omes ayan de fazer, caya este bien, señaladamente lo han mucho menester aquellos que han a dar los Juyzios. Ca pues que Juyzio tanto quier dezir, como mandamiento derechurero, razon es, que ante que se de, sea escogido con consejo de omes leales, e sabidores. E porende, pues que en los Titulos ante deste fablamos de las pruevas que los omes traen en juyzio para prouar sus intenciones, queremos dezir en este, del consejo que han a tomar los Judgadores sobre ellas, para dar el juyzio derechamente. E mostraremos primero, que cosa es consejo, e como deue ser catado, e a que tiene pro. E quando se deue tomar. E quales deuen ser los Consejeros (3), e sobre que cosas deuen ser llamados. E en que manera deuen dar su consejo, e que gualardon deuen auer, quando bien consejaren al Judgador, e que pena, si mal le consejassen.

LEY 1. *Que es Consejo, e como deue ser catado, e a que tiene pro.*

Consejo es (a) buen anteueymiento (4) que ome toma sobre las cosas dubdosas, porque non pueda caer en yerro. E deuen mucho catar el consejo, ante que lo den (5), aquellos a quien es demandado. E otrosi aquellos que lo demandan deuen ser auisados, e parar mucho mientes en aquellos a quien demandassen consejo, que sean atales (6), que gelo sepan dar bueno, e que les quieran consejar, e lo puedan fazer. Ca de otra guisa non lo catarian bien; e porende dixeron los Sabios antiguos (7): Todas las cosas faz siempre con consejo; mas cata ante, quien es aquel con quien te has de consejar. E nasce grand pro (8) del consejo, quando es bien catado, e lo dan derechamente, e en su tiempo. Ca porel delibran, e fazen los omes las cosas mas en cierto, e

(a) bon entendimiento Acad.

vers. *respondere* y Bald. allí D. *de offic. procons.* y Glos. y Bart. á la *Novell.* 23 cap. 1. *collat.* 4.

(2) Pues tienen mayor firmeza las cosas que se hacen con consejo l. 3. C. *de repud.* y V. una buena glos. al cap. 1. dist. 84. * V. l. 1. tit. 3. lib. 4. Nov. Rec.

(3) Llámaseles tambien asesores, l. 5. D. *de offic. asses.* y l. 3. C. d. tit. pudiendo verse lo que respecto de ellos se dice en Azon. *in summa* C. d. tit. y Specul. tit. *de assessore*: y los consejeros no ejercen jurisdiccion alguna, segun Bart. y DD. á la l. 1. D. d. tit. consistiendo tan solo su oficio en aconsejar al juez; por lo cual se les llama consejeros; y por lo mismo no pueden obtener el cargo de tales los que no pueden ser asesores, segun Bald. á la l. 11. C. *de advoc. divers. judic.* y en eso se diferencian de los suplentes ó sustitutos de los magistrados, porque estos ejercen jurisdiccion, segun la Glos. á la l. 2. C. *de offic. ejus qui vicem alterius gerit*, y al cap. 2. *de offic. vicar.*; siendo muy antiguo el proveerse los jueces de asesor; pues ya el jurisconsulto Ulpiano lo fue del Pretor, como se lee en la l. 9. §. 3. D. *quod met. caus.* donde Ang. reprehende ágriamente á los que por vergüenza dejan de asesorarse: y añad. Jas. rubr. D. *de offic. assess.*

(4) *Plerisque, imò cunctis contingere solet sapientibus, in rebus dubiis plùs alieno se, quam proprio credere judicio*, Bernard. epistol. 82.

(5) Pero ¿será lícito al consultor variar el consejo despues que lo hubiere dado? V. Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de requisit. consil.* col. 4. vers. *similia* adic. que empieza *occurrit*, donde opina que podrá hacerlo incontinenti, y tambien despues de algun intervalo, con tal que no haya algun motivo de sospecha. Bald. á la l. 22. §. 1. hácia el fin C. *de furt.* pretende que indistintamente puede el consultor variar el consejo, puesto que tampoco está el juez obligado á seguirlo, siendo errado; V. Juan Andr. lugar citado.

(6) *Necesse est, ut præstantior sit ille, qui consilium præstat, quàm sit ille, qui petit*, Ambros. 2. lib. *officior.* cap. 8. Añad. lo anotado á la l. 5. tit. 9. Part. 2. y lo que se lee en el Eclesiástic. cap. 37. versic. 13. 14. 15. y 17. *Cum viro religioso tracta de sanctitate: et non attendas omni consilio, sed cum viro sancto assiduus esto, quemcumque cognoveris observantem timorem Dei: et cor boni consilii statue tecum*: y V. el texto allí que en muchas ediciones es incompleto: y en el cap. 8. vers. 22. *Non omni homini cor tuum manifestes, ne fortè inferat tibi gratiam falsam, et convitietur tibi.* Por lo demas los consejeros que dan su parecer en asuntos dudosos, deben estar desposeidos de la ira y de la misericordia; pues no está en muy buena disposicion de conocer la verdad el ánimo dominado de aquellas pasiones, como dijo Salust. y despues de él, S. Tomas 22. quest. 30. art. 3.

(7) *Fili, sine consilio nihil facias, et post factum non pœnitebis: et consiliarius sit tibi unus de mille*, *Ecclesiastic.* cap. 32. versic. 24. y cap. 6. versic. 6.

(8) *Ubi consilium, ibi salus*: Proverb, cap. 11. vers. 14. V. Bald. á la l. 1. col. 3. C. *ne li-*

mas seguramente, e con razon, e guardanse mejor de los peligros que les podrian venir, e non traen su fazienda a las auenturas, e si le viniere ende bien, ganalo con derecho. E si por auentura le acaesciessen algunos peligros, e algunos daños, non le vernia por su culpa; e escusase porende quanto a Dios, e a los omes.

LEY 2. *Quando se deue tomar el Consejo, e quales deuen ser los Consejeros, e sobre que cosas, e en que manera lo deuen dar.*

Todas las cosas que ome faze en su tiempo (9), e en su sazon, dan mejor fruto que las otras, e mayormente las que se han de fazer con consejo de omes sabidores. E por ende deue ser muy auisado aquel que quiere ayudarse del consejo, que lo tome, en ante que faga el fecho, o comience la cosa sobre que se quiere consejar; e que demande consejo sobre las cosas que pueden ser, e de que los Consejeros sean sabidores de los consejar, por arte o por vso: e los Consejeros deuen ser omes entendidos, e de buena fama (10), e sin sospecha (11), e sin mala cobdicia. E porende los Judgadores, ante que den su juyzio, deuen tomar consejo (12) con tales omes en esta manera, diziendo (13) primeramente a las partes: Fazemosvos saber, que queremos auer consejo sobre vuestro pleyto. Onde si vos auedes por sospechosos algunos omes sabidores desta Villa, o desta Corte, dadnoslos por escrito (14): e despues que gelos ouiere dados escritos, deue tomar el Judgador que ha de judgar el pleyto, uno, o dos (15) de los otros

ceat tertiò provoc. y Abb. al cap. *cum in veteri*, col. penult. *de elect.*

(9) *Omnia tempus habent et suis spatiis transeunt universa sub cœlo*, Ecclesiast. cap. 3.

(10) Pues no pueden ser asesores los notados de infamia, l. 2. C. *de dignit.* l. 2. D. *de offic. assess.* y los magistrados deben espeler de sus territorios á los malos asesores, *Novell. constit.* 8. tit. 3. *collat.* 2. y Bart. allí; no pudiendo ser nombrado para ejercer el cargo de tal en una ciudad, el que en otra haya sido condenado por el crímen de estelionato, Bald. *rubric.* C. *de pœn. jud. qui mal. judic.*

(11) 3. q. 5. cáp. *quod suspecti* 15. pues las afecciones de amor y odio y la avaricia embotan el entendimiento y los sentidos y pervierten las opiniones, 11. q. 3. cap. *quatuor* 783. q. 5. cap. *accusatores* 8. y debe el juez ser muy cauto en no nombrar un asesor que sea meramente legista para fallar una causa espiritual y meramente canónica, V. Specul. tit. *de requisitione consilii*, col. 2. y en no tomar consejo de Doctores obtusos para la decision de cuestiones sutiles, V. Jas. á la l. 2. pr. D. *de verb. oblig.*

(12) Indícase con esto y tambien en la ley prox. siguiente que tambien los jueces ordinarios pueden tomar consejo y exigir que se pague el salario á sus asesores. Con todo Specul. tit. *de assess.* §. *salarium* ver. *sed numquid judex ordinarius,* pretende lo contrario y lo mismo opina notablemente Juan Andr. cap. *cum ab omni* sobre la glos. vers. *assessor, de vita, et honest. cleric.* pues para eso, dice, se les paga á los jueces ordinarios su sueldo, y por tanto si necesitan de consultor, deben ellos mismos costeárselo : y tambien es de esta opinion Abb. allí, donde añade ser la mas comun entre los Doctores : y asi ademas está espresamente dispuesto por las leyes del reino, esto es, que los Adelantados y jueces ordinarios no pueden tener asesores, l. 16. tit. 15. y l. 13. tit. 16. lib. 2. ordenam. Real, y cap. 10. de la Instruccion de los corregidores [l. 29. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.] Asi, pues, lo que sobre el particular se indica en la presente y otras leyes de Partidas tan solo podrá ser aplicable á los jueces delegados, conforme al cap. *statutum* 11. §. *assessorem* 5. *de rescript.* ó tambien á los ordinarios que no disfrutan sueldo, como se espresa en la citada l. 13. aunque no sean letrados, segun. d. l. 16. pues que si lo fuesen, no podrian exigir salarios para el asesor, dd. ll. *V. la adicion á la nota ult. de este tit.

(13) De esta práctica hace mencion Specul. tit. *de requisitione consilii* col. 2. versic. *scias igitur.* : y V. al mismo allí, donde trata de lo que deberia hacerse si alguna de las partes recusase como sospechosos á todos los que hubiese aptos para ser asesores en la ciudad ó en la diócesis. *V. la adicion á la nota ult. de este tit.

(14) Acostúmbrase hacer esta designacion de los letrados sospechosos, presentando al juez un escrito que no se une á los autos, por no querer los interesados esponerse al resentimiento de los recusados, pero que debe no obstante unirse si asi lo desean los que intentan la recusacion, segun Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de requisitione consilii*, d. vers. *scias igitur* col. 2.

(15) ¿Deben estos, empero, jurar que desempeñarán lealmente el cargo de asesores? Specul. tit. de *requisitione consilii* col. 4. dice que no deben prestar dicho juramento particular en cada causa los que son nombrados asesores ordinarios de un juez ó para una cla-

(16) que sean sin sospecha (17), e mandar a ambas las partes, que vengan antellos, e recuenten todo el pleyto, de como passo, e muestren, e razonen ante aquellos Consejeros aquellas razones que mas entendieren que les ayudaran. E despues que ouieren recontado, e mostrado todas sus razones, e sus derechos, deuen (18) los Consejeros fazer escriuir en poridad (19) su consejo, segund entendieren que lo deuen fazer derechamente; catando todavia el fecho (20), e las razones que las partes razonaron, e mostraron antellos; e de si darlo al Judgador que ha de librar aquel pleyto: e los Juezes deuen formar su juyzio (21) en aquella manera que el consejo les fue dado, si entendieren que es bueno (22), e de si emplazar las partes, e dar su sentencia.

se determinada de negocios, y han sido juramentados en general de aconsejar bien al magistrado ó á los oficiales; pero sí los que lo sean para un negocio particular, si este fuere de gravedad, pudiéndose prescindir de dicho juramento, cuando aquel fuere de poca importancia. Sin embargo pretende Bald. constitucion primera D. *veter.* col. 2. que no exigiéndose, como de hecho no se exige, el juramento á los letrados elegidos para consultores en la decision de los negocios, debe considerárseles por la costumbre exentos de prestarlo: y asi en efecto puede inferirse tambien de la presente ley, en la cual nada se dice del juramento; aunque en un negocio árduo seria tal vez lo mas seguro el que se exigiese.

(16) Specul. d. tit. *de requisit. consil.* col. 3. refiere otra práctica que consiste en mandar el juez á cada una de las partes que le designe diez ó doce letrados espertos y leales, vecinos del lugar del juzgado, para poder elegir de entre ellos: espresando que, como raras veces se encuentren en tanto número los sugetos idóneos, sucede con frecuencia que hay algunos designados por ambas partes, y á estos, segun Juan Andr. allí, se acostumbra llamarles *confidentes*, esto es, que han merecido la confianza de las dos partes: y no deja de ser buena la referida práctica, porque el juez, al elegir su asesor, debe hacerlo de acuerdo con los interesados, segun Bart. á la *Novell.* 60. cap. 2. *collat.* 5. y V. Abb. allí, el cual opina que el juez delegado puede libremente nombrar asesor á quien quiera.

(17) ¿Podrán estos tambien ser recusados? Spec. d. tit. *de requisitione consilii*, col. 4. opina por la afirmativa en el caso de recusárseles por alguna causa nuevamente sobrevenida, conforme al cap. *insinuante* 25. *de offic. deleg.* por lo cual será entonces necesario que dicha causa se justifique por razon del consentimiento que tácita ó espresamente se ha prestado: y V. Juan Andr. adic. allí y la *Novell.* 53. cap. 4. *collat.* 5. y el notable texto de la l. 7. tit. 16. de esta Part. en la cual se previene indistintamente que para recusar á un asesor es necesario que se esprese la causa, por mas que no se haya consentido su nombramiento tácita ni espresamente.

(18) Parece, segun esto, que los letrados elegidos para asesores estan obligados á desempeñar este cargo; por mas que pretenda lo contrario Specul. tit. *de requisitione consilii*, col. 4. vers. *sed numquid peritus*; pues lo que dice el mismo allí procede tan solo respecto de los que no sean súbditos del juez que los hubiere nombrado: pero si lo fueren, podrá este compelerles á asesorarle, segun Juan Andr. adic. allí: y V. sobre lo mismo la l. 2. §. ult. y Bald. allí D. *de orig. jur.* bien que de todos modos podria escusarse el letrado nombrado asesor, cuando para ello tuviese justa causa, segun Juan Andr. lugar citado.

(19) Añad. Specul. d. tit. *de requisitione consilii*, versic. *porrò*, col. 4.

(20) Porque del hecho nace el derecho, l. 52. §. 2. D. *ad leg. Aquil.* y segun la *Novell.* 60. *collat.* 5. *Qui varietatem causarum conjiciunt, non facilè ad culpam veniunt, si veritatem examinent.*

(21) V. Specul. tit. *de exception.* §. *viso* versic. *porrò in Italia*, y Juan Andr. adic. allí, vers. *pronuntio*, donde trata de si bastará que el juez, al proferir sentencia, diga: «fallo en la conformidad espresada en tal dictámen ó consejo.» Pero en el dia el mismo consultor es el que redacta la sentencia que ha de proferir el juez y asi se observa en la práctica generalmente. Y ¿seria válida la que profiriese el juez sin atenerse al dictámen del asesor? Asi lo opina Bald. espresando que convendrá apelar de ella, adicion á Specul. tit. *de exetut. sentent.* y V. al mismo allí donde añade que, aun despues de haber dado comision al asesor para fallar la causa, puede el juez admitir documentos y deferir el juramento. *V. la adic. á la nota ult. de este tit.

(22) Asi, pues, no está el juez obligado á seguir el parecer del asesor cuando viere que es errado, V. Specul. tit. *de requisitione consilii*, col. 5. vers. *quid si judex*; lo que procederá, aunque el nombramiento de este último haya sido consentido por las partes; V. allí y añad. Bald. á la l. 1. col. 2. versic. *sextò quæritur* D. *de offic. consul.* donde dice que, habiendo tres asesores nombrados para una causa, y dando dos de ellos un dictámen y el tercero otro en minoría, puede el juez

LEY 3. *Que gualardon deuen auer los Consejeros, quando dieren buen consejo; e que pena merecen, quando lo diessen malo a sabiendas.*

Buen gualardon deuen auer (23) los omes, buenos Consejeros, de Dios, e de los omes en este mundo, e en el otro; e señaladamente, quando dan buen consejo a los Emperadores, e a los Reyes que han de mantener la tierra en fuero, e en derecho. E pueden los Consejeros auer de las partes (24), a quien consejaren, por razon de su trabajo, tanto quanto los Judgadores, ante quien es el pleyto, touieren por bien (25), e non mas: e esto deuen recebir manifiestamente, e non a furto (26). E si por auentura alguno de los Consejeros consejare falsamente (27) al Judgador, deue auer essa misma pena, que el Juez (28) que a sabiendas diesse juyzio contra derecho.

fallar de conformidad con este último, y no está obligado á atenerse al de la mayoría. Pero ¿estará obligado á seguir el consejo del asesor letrado aquel á quien se haya comisionado para fallar un negocio con esa espresa condicion? V. Abb. despues de Inoc. y Hostiens. al cap. *si pro debilitate*, *de offic. deleg.* donde opina, y otros varios con él, que no estará obligado, si siguiendo dicho consejo, hubiere de fallar contra su conciencia: pues, por mas que alguno, por prevenirlo asi algun estatuto ó por habérsele espresado asi en la comision ó por otro motivo, tenga obligacion de fallar conforme al consejo de otro; pero esto se entiende siempre con tal que el consejo sea justo: y en este sentido debe tomarse la palabra consejo, segun Bart. á la l. 1. §. 13. D. *de exercitor.* col. 5. y Abb. á d. cap. *si pro debilitate.* V., sin embargo, sobre el particular á Alex. consil. 59. col. 1. vol. 4. y Bart. á d. §. quest. 4. 5. y 6. y á Luc. de Pen. que trata estensa y elegantemente esta materia á la l. 33. C. *de decurion.* desde la col. 6. hasta el fin; y allí mismo col. 17. donde espresa que, en caso de duda, está obligado el juez á fallar de acuerdo con el dictámen de su asesor. * V. d. adic. á la nota últ. de este tit.

(23) Añád. l. 1. C. *de assessor.*

(24) Indícase con esto que el salario de los asesores deben satisfacerlo entrambas partes de mancomun: lo cual es indudable cuando las dos han pedido que el juez se asesorase; pero no cuando lo hubiere pedido una de ellas solamente, en cuyo caso deberá pagar todos los salarios la que lo hubiere pedido; arg. l. 2. §. 3. versic. *de hoc.* D. *ex quib. caus. in possess. eat.* y l. 4. hácia el fin y l. 5. D. *de edend.* V. Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de requisit. consil.* adicion á la palabra *salarium* despues del principio; y Bart. á la l. 27. princ. D. *de adult.* donde trata de lo que deberá decirse cuando el juez hubiere pedido consejo para salir de la duda en que estaba respecto del negocio que habia de fallar; y opina que en tal caso deben pagarse los salarios al asesor á costas de entrambas partes; V. Specul. tit. *de assessore* §. *salarium* hácia el fin, cap. *statutum* 11. §. *assessorum* 5. *de rescript.* y Bald. á la l. 3. C. *de adult.*

(25) Añád. d. §. *assessorem* 5. cap. *statutum* 11. *de rescript.*

(26) Nótese esto bien; pues pareceria que trata de sobornar al juez el que entregase dinero ocultamente al asesor; por lo cual incurriria tal vez este en la misma pena, que está conminada contra el juez, por aceptar regalos de las partes; y asi lo confirman las últimas palabras de la presente ley.

(27) Añád. Specul. tit. *de requisit. consil.* col. 3. vers. *consiliarii autem*, y Bart. á la l. 4. D. *de action. et oblig.* ¿Seria, empero, responsable el asesor de haber dado un mal consejo, si lo hubiese dado por ignorancia? V. Specul. allí, donde opina por la afirmativa y V. una glos. notab. al cap. *hoc etiam* 2. y 6. Y ¿será responsable el juez de los actos de su asesor? La citada glos. pretende que no lo será; y lo contrario sostiene Inoc. al cap. *pastoralis* §. *verum*, *de offic. deleg.* Pero debe distinguirse entre el caso en que el asesor haya sido nombrado por el propio juez, en cuyo caso será este responsable de los actos del primero, y el en que lo haya sido por las partes, por la superioridad, ó bien sea designado por algun estatuto, y entonces no incurre el juez en responsabilidad alguna; V. Feliu. á d. §. *verum* donde trata tambien de si será responsable el juez de seguir el dictámen de su asesor, cuando aquel sea letrado, y cuando este último sea aprobado en algunos estudios generales, V. al mismo allí, y Salic. á la l. últ. C. *de pœn. jud. qui mal. jud.* donde propone asimismo el caso de ser el asesor muy ejercitado. * V. la adic. á la nota sig.

(28) V. ll. 23. y 24. del tit. prox. sig. * Lo dispuesto en el presente título apenas puede tener hoy aplicacion alguna, por ser letrados todos los jueces ordinarios, á cuyo cargo está la administracion de justicia, y no tener, por consiguiente, necesidad ni facultad de tomar consejo para fallar y decidir las cuestiones que se sujetan á su conocimiento y jurisdiccion, á menos que lo hagan privada y estrajudicialmente, en cuyo caso no serán verdaderos ase-

sores aquellos con quienes se aconsejaren, ni tendrán por consiguiente responsabilidad legal ni atribuciones de ninguna especie. Cuando los jueces ordinarios eran los Corregidores de provincia, legos, en su mayor parte, ya se tocó el inconveniente que ofrecia la necesidad en que aquellos se hallaban de asesorarse para dar sus fallos, y se proveyó á ese mal de remedio, por la l. 29. tit. 11. lib. 7. Nov. Recop. citada en la nota 12. del presente título. Pero, habiéndose despues variado enteramente la organizacion de los tribunales, como se dijo en el apéndice al tit. 4. de esta Part., quedaron determinados por las leyes los deberes y atribuciones de los diferentes funcionarios de la gerarquía judicial, y las calidades de que deben estar revestidos para desempeñarlos por sí mismos y bajo su esclusiva responsabilidad; por cuyo motivo dejaron de ser necesarios y de poder intervenir los asesores en el ejercicio de la jurisdiccion ordinaria, salvo en los casos en que, por estar vacante algun juzgado de 1ª instancia ó por ausencia ó enfermedad del juez, y por no haber alcalde ó teniente de alcalde letrado que le substituya, haya de encargarse de la regencia un alcalde lego, art. 7. del reglamento de los juzgados de 1ª instancia. En todos los demas casos, en que los alcaldes constitucionales tienen, como tales, jurisdiccion, les está espresamente prohibido valerse de asesores para la formacion de las diligencias judiciales que practicaren, las cuales por el espresado motivo deben remitir á los juzgados de partido, desde el momento en que se hagan contenciosas ó sean necesarios conocimientos de derecho para su continuacion, art. 103. de d. reglam. Por lo demas, empero, en algunos juzgados especiales, por ser legos los que ejercen en los mismos la jurisdiccion, se conserva todavía el método de sustanciarse y decidirse los juicios por los respectivos jueces asesorados: tales son los tribunales de comercio, los juzgados de guerra y de marina, las subdelegaciones de rentas, y los inspectores, ó, en su caso, la direccion de minas. Los tribunales de comercio tienen asesor necesario, nombrado por S. M. con el título de letrado consultor, cuyo encargo es incompatible con el ejercicio de la profesion de abogado en el territorio jurisdiccional del tribunal de comercio, bajo pena de privacion del referido cargo al que contraviniere á esta disposicion; arts. 4., 5. y 12. Real decreto de 7. febrero de 1831. Los individuos de los espresados tribunales han de consultar á los consultores respectivos en las dudas de derecho, que les ocurran, asi en la sustanciacion, como en la decision de los procesos, pero pueden tambien arreglar sus fallos segun su conciencia, bajo su responsabilidad, pueden tambien consultar á otros letrados nombrados por el mismo tribunal á mayoría de votos, y pueden, en fin, separarse del dictámen del consultor ordinario, aun cuando se lo hubieren pedido, pero cargando en dichos tres casos toda la responsabilidad de los fallos ó providencias que dieren sobre los jueces que los hubieren acordado; responsabilidad que, en cuanto á los errores de derecho, pesa esclusivamente sobre el letrado consultor, siempre que la providencia acordada fuere conforme con el dictámen dado por el mismo. En todas las consultas que al mismo se hagan se debe fijar determinadamente por el tribunal ó por el juez á cuya propuesta se hicieren, el punto ó duda de derecho sobre que se exige el dictámen del asesor, bastando para ello que uno solo de los jueces lo exija, y debiendo aquel dar sus dictámenes por escrito, y reservarse estos en un legajo particular á cargo del prior del tribunal, arts. 55. 56. 57. 53. 52. y 51. de la ley de enjuiciamiento sobre los negocios ó causas de comercio. Los letrados consultores de los tribunales de comercio pueden ser recusados sin espresion de causa, prestando el recusante el juramento de no proceder de malicia. En virtud de la recusacion se ha de nombrar un consultor particular para el negocio en que se haga, sin perjuicio de los honorarios que correspondan al propietario: y sin que se puedan recusar mas que tres consultores en cada causa en la forma que, con respecto á los asesores de los juzgados ordinarios, está mandado por las leyes comunes, arts. 106. y 107. de d. ley, y V. adic. á la nota 110. tit. 4. de esta Part. Los letrados consultores, á mas de sus dotaciones fijas, perciben honorarios por sus trabajos en los negocios en que intervienen, regulándose aquellos con arreglo á lo designado para los juzgados de 1ª instancia del territorio en que los respectivos tribunales de comercio se hallen establecidos, art. 11 de d. Real decreto de 7. febrero de 1831. y cap. únic. secc. 1. tit. 4. de los aranceles generales vigentes de 2. de mayo de 1845. = En los juzgados de guerra cuya jurisdiccion ordinaria reside en los capitanes ó comandantes generales y gefes militares que la tienen declarada, deben estos proceder con acuerdo de los respectivos auditores nombrados por S. M., los cuales empero pueden decretar por sí todo lo que sea de pura sustanciacion, pero no empezar negocio civil alguno y tampoco criminal (á menos que sea muy urgente), sin decreto de los jueces en quienes reside la jurisdiccion. Las demas providencias que causan estado asi interlocutorias como definitivas deben acordarlas los auditores con los jueces militares, encabezándolas

en nombre de estos, los cuales deben firmarlas en lugar preeminente á sus auditores. De dichas providencias solo estos últimos son los responsables, á no ser que los gefes militares que ejercen la jurisdiccion se separen del dictámen de su respectivo auditor, en cuyo caso deben responder ellos de su resultado: arts. 1. 2. 3. y 4. de la Real orden. de 29. enero de 1804., la cual en su art. 5. introduce la confusion en la última de las disposiciones hasta aqui esplicadas, estableciendo «que siempre »que los gefes militares crean justo separarse »del dictámen de sus asesores deban remitir »los autos al Consejo supremo de la guerra, »con los fundamentos que para ello tuvieren, »y este último decidir lo que corresponda en »justicia.» Prescindiendo de la anomalía que importa el que el Consejo supremo (hoy el tribunal supremo de guerra y marina, que en negocios de fuero militar es el tribunal ordinario de apelacion) haya de aprobar ó desaprobar espresamente y en 1ª instancia el fallo del juez ordinario, y prescindiendo, por lo mismo, de la monstruosidad que resultaria en semejantes casos, cuando, interponiéndose el recurso de apelacion, hubiese de conocer en grado de vista el mismo tribunal que ya habria aprobado el fallo; todavía no está aqui toda la dificultad, sino en determinar á qué vendrá á quedar reducida la responsabilidad tan espresamente declarada de los jueces militares, cuando provean separándose del dictámen de sus auditores, si, siempre que lo hagan, tienen obligacion de remitir los autos á la superioridad, y si esta es la que ha de dirimir la discordia ó decidir lo que corresponda en justicia, no teniendo por consiguiente fuerza alguna la providencia del juez ni la del auditor hasta que una ú otra de las dos haya resultado aprobada. De las intrínsecas y formales disposiciones que dicha providencia contuviere, mas bien que al juez ordinario, deberá considerarse responsable al consejo ó tribunal superior que con su aprobacion le ha dado el carácter de tal y la fuerza obligatoria que no tenia: y en ese concepto puede decirse que los jueces militares, al disentir del parecer de sus auditores, mas bien que en la responsabilidad de los fallos ó providencias que por sí dictaren, incurrirán en la de los gastos y dilaciones que con la discordia, siendo infundada, hubieren ocasionado. Tambien los auditores de guerra pueden ser recusados, sin espresion de causa; pero no deben abstenerse y no se abstienen, en tal caso, del conocimiento del negocio, en que lo hubieren sido; sino que deben tomar un acompañado lo mismo que los jueces ordinarios, Real cédula de 21. enero de 1786. y circular de 23. junio de 1803. (notas 7. y 8. tit. 2. lib. 11. Nov. Recop.); pareciendo en consecuencia que tambien, como estos últimos, podrán ser recusados *in totum*, y deberán abstenerse del conocimiento, cuando el recusante alegare y probare justa causa para ello, V. la adic. á la nota 110. tit. 4. de esta Part. Por punto general, los auditores de guerra perciben los correspondientes derechos con arreglo á los aranceles formados para los juzgados civiles y ordinarios, art. 11. tit. 8. trat. 8. de la ordenanza; y no es aquel cargo incompatible con el ejercicio de la abogacía mas que en el mismo juzgado en donde se desempeña. = En el fuero de marina ejercen la jurisdiccion ordinaria los comandantes de las provincias litorales, los cuales determinan en justicia los negocios civiles y criminales de su privativo conocimiento, de acuerdo con sus respectivos asesores, tambien de Real nombramiento, cuyo cargo es compatible con el ejercicio de la abogacía en los demas tribunales, art. 25. tit. 1. de la ordenanza de matrícula, Real órden de 28. setiembre de 1826. y Reales órden. de 2. agosto de 1807. y 2. abril de 1818. Antiguamente y por la citada ordenanza de matrícula se designaba con el nombre de *auditores* á los letrados consultores de los jueces de marina; y por varias Reales órdenes posteriores recibieron la nueva denominacion de *asesores* con la que son conocidos en el dia. En caso de recusacion de un asesor de provincia de marina no sabemos esté espresamente declarado qué es lo que deberá observarse, y creemos que es aplicable á los mismos lo dispuesto por derecho comun relativamente á los asesores de la jurisdiccion civil ordinaria; y bien que el asesor de marina, siendo, como es, de Real nombramiento, parece no deberia separarse, por una simple recusacion, ni abstenerse del conocimiento, sino tomar un acompañado, como lo practican en igual caso los auditores de guerra; pero nos hace inclinar á la opinion contraria el considerar 1º que respecto de estos últimos obra una razon distinta, á mas de la de ser nombrados por S. M., y es la de disfrutar los honores y categoría de ministros togados de las Audiencias, circunstancia que no concurre en los asesores de marina; y 2º, que, pues está espresamente declarado respecto de los auditores, que no hayan de abstenerse, siendo recusados, parece ser esta una declaracion escepcional que confirma la regla general, é induce á creer que deben sujetarse á esta todos los demas asesores inclusos los de marina, los cuales por consiguiente deberán inhibirse totalmente de los negocios en que fueren recusados, nombrándose otro por el comandante respectivo para aquel negocio particular en que haya ocurrido la recusacion.

Por lo que mira á la responsabilidad de las providencias que se dictaren, indudablemente pesará sobre los asesores de marina la de las que fueren conformes con sus dictámenes: y en el caso en que los comandantes respectivos quisiesen proveer disintiendo de los asesores, creemos que deberia observarse lo mismo que antes se ha esplicado hallarse establecido para los jueces militares y auditores de guerra, con quienes deben equipararse los de marina en todo lo demas no espresamente declarado. = En los negocios cuyo privativo conocimiento corresponde á los subdelegados de rentas, ejercen estos la jurisdiccion con asistencia y consejo de asesor nombrado tambien por el gobierno, habiendo cesado en virtud de la Real órden de 6. diciembre de 1844. los coasesores nombrados por las diputaciones de las provincias respectivas que debian intervenir é intervenian en los espresados negocios de hacienda civiles y criminales, aunque limitadamente á las providencias que debian causar estado, Reales órden. de 15. marzo y 14. abril de 1836. De los asesores de rentas, considerados como consultores necesarios, debe decirse lo mismo que de los de marina, que, no habiendo como no hay disposicion espresa sobre el particular, serán los únicos responsables de las providencias que, de acuerdo con los mismos, hubieren proferido los subdelegados. Pero, cuando estos disintieren del dictámen de los primeros, como pueden hacerlo, á lo menos en las causas de contrabando, art. 200. de la ley penal de 3. mayo de 1830., deberán esponer las razones poderosas que hubieren tenido para hacerlo con la remision de la causa original al superintendente general (hoy á la Audiencia territorial respectiva) quien proveerá lo que estime de justicia. Esta disposicion no ofrece dificultad contrayéndose á las causas criminales; las cuales, de todos modos, deben remitirse en consulta á la superioridad, y las providencias que recaen en las mismas no son ejecutoriadas ni aun ejecutivas hasta haber obtenido la aprobacion del tribunal superior. Asi, respecto dé dichas causas criminales, la remision de las mismas á las Audiencias no es efecto inmediato de la discordia, caso de haberla entre el subdelegado y su asesor, sino de la naturaleza del negocio; y el disenso entre aquellos funcionarios solo hace que, al remitirse la causa, hayan de esponerse las razones en que aquel se funda: asi tambien, á pesar de que el fallo dado en discordia por el subdelegado no es ejecutivo, se concibe muy bien que este sea responsable de haberlo proferido, esto es, en cuanto á los efectos legales que siempre produce, aun antes de ser aprobado por la superioridad, como por ejemplo, el de haber diferido la escarcelacion de un procesado, caso de haberlo condenado el juez lego á una pena corporal, contra el parecer del asesor y del ministerio fiscal. Pero en los negocios civiles ¿podrá el subdelegado separarse tambien del dictámen de su asesor? Y, caso de poder hacerlo ¿deberá observar lo mismo que, como se ha dicho, está prescrito para las causas de contrabando? De una parte, parécenos muy duro que el subdelegado ni otro juez lego haya de estar obligado á autorizar con su firma todas las providencias del asesor, aun en el caso de creerlas notoriamente injustas. De otra parte, nos parece repugnante que solo por su resistencia en firmar un fallo, del cual no ha de ser en manera alguna responsable, y del cual pueden apelar las partes, pueda ocasionar á estas los considerables gastos y dilaciones consiguientes al espresado disenso. Ni la providencia acordada por el asesor es una verdadera providencia sin la firma del juez en quien reside la jurisdiccion, ni el parecer ó determinacion de este, caso que la haya tomado, tiene el carácter de un fallo judicial, faltándole el acuerdo del letrado consultor que completa, por decirlo asi, la potestad declarativa del juzgado. No estando, pues, ese caso previsto por la ley, la superioridad competente es la única que podrá dirimir la discordia: y como, los negocios civiles no deben elevarse y remitirse al tribunal superior, sino mediando apelacion ú otro de los recursos legales, resultará de ahí que, en el caso propuesto, deberá verificarse la espresada remision sin otro motivo que el desacuerdo habido entre el subdelegado y su asesor, es decir, la voluntad del primero. En tal concepto parece aconsejaria la equidad que no se facultase á dicho juez lego para separarse, en lo civil, del dictámen de su asesor. Pero, pues que las indicadas consideraciones son exactamente aplicables á los juzgados militares, y pues que á pesar de ello las leyes, segun se ha dicho, establecen respecto de estos últimos la necesidad de remitir los autos á la superioridad en caso de discordia entre el juez lego y el auditor sin distinguir entre lo civil y lo criminal, parece que por una razon de analogia podria adoptarse, como mas legal, la doctrina de que debiese observarse lo mismo en los juzgados de Hacienda, sin que podamos decir si, de hecho, ha ocurrido en estos últimos semejante caso, ni lo que en él se habrá practicado. Sobre las recusaciones de los asesores de rentas tampoco sabemos que haya declaracion especial alguna, y ocurre, por lo tanto, la dificultad de si, siendo aquellos recusados, deberán abstenerse del conocimiento del negocio en que lo fueren, considerándose como simples asesores y atemperándose

TITULO XXII.

DE LOS JUICIOS, QUE DAN FIN, E ACABAMIENTO A LOS PLEYTOS.

De los demandadores, e de las cosas que han de catar en razon de sus demandas, e de los demandados, como se deuen amparar de lo que les demandaren en juyzio, e otrosi de los Judgadores que les han a oyr, e a librar, e de todas las cosas que a aquellos pertenescen, mostramos en los Titulos de suso. E por que todo esto es carrera derecha para venir a juyzio; e otrosi porque es guisado, e derecho, que los Juezes den fin, e acabamiento a

á lo dispuesto por derecho comun; ó si, por el contrario, deberá nombrárseles acompañado, toda vez que, siendo, como son, de Real nombramiento, tienen la calidad de consultores necesarios, y lo mismo que los jueces ordinarios, parece no pueden ser removidos por una simple recusacion. Añádase á lo dicho que por el art. 200. de la citada ley penal de 1830. está espresamente prohibido á los subdelegados el nombrar en causa determinada distinto asesor del que lo sea del juzgado; y esto podria parecer una nueva razon para que no hubiesen de considerarse dichos asesores inhibidos por el hecho de habérseles recusado. Creemos, empero, que, por el espresado art., no se trató de prevenir el caso de recusacion, sino tan solo el de que el subdelegado, por su simple voluntad, intentase substituir con otro el asesor nombrado por el gobierno: y asi, si bien queda siempre en pie la primera dificultad; mas no la aumenta, en nuestro concepto, lo establecido en d. art. 200., por referirse visiblemente á un caso distinto del de la recusacion. Los asesores de rentas, á mas de la dotacion fija que les está asignada por la Real órden de 24. de junio de 1837., perciben tambien sus correspondientes honorarios con arreglo á los aranceles generales. = En los negocios contenciosos sobre minas, cuya jurisdiccion se ejerce por los Inspectores de distrito y por la direccion general del ramo, solo interviene el letrado asesor, cuando aquellos ofrecen alguna duda ó comprenden algun punto de derecho, en cuyo caso deben dichos Inspectores consultar con asesor letrado de su eleccion, con consentimiento de las partes y á costa de estas, art. 137. de la instruccion provisional de 8. diciembre de 1825. y lo mismo deberá practicar, en su caso, la direccion, con la sola diferencia de tener esta última un asesor nombrado por S. M. á propuesta de la misma, con la dotacion cerrespondiente, arts. 50. y 51. de d. instruccion. Solo, pues, cuando fuere este recusado podrá ocurrir dificultad acerca de si habrá de inhibirse totalmente, ó tomar un acompañado, pudiendo aplicarse á dicho caso todo cuanto se ha dicho á propósito de la recusacion de los asesores de marina: mas si se recusare el asesor de un Inspector, no puede haber duda en que quedará removido y deberá abstenerse del conocimiento del negocio, pudiendo substituirlo con otro el mismo Inspector que lo hubiese nombrado: á menos que las palabras *con consentimiento de las partes* que se leen en la citada instruccion, se refieran, no al acto, de consultar el Inspector con un letrado, de suerte que, solo consintiéndolo aquellas, pueda verificarlo; sino á la designacion de determinada persona para asesorarse con ella, de manera que la eleccion haya de ser especialmente aprobada por las partes; en cuyo caso apenas podria haber recusacion, sino por causas nuevamente sobrevenidas, y que tal vez seria necesario justificar. = Todo lo dicho en la presente nota, en órden á la responsabilidad de los asesores, debe bien advertirse que se entiende limitadamente á las providencias que con acuerdo de los mismos se hubieren dictado; pues, por lo que hace á las dilaciones ó entorpecimientos indebidos que en el curso de los negocios se observaren, lo mismo que de las vejaciones personales causadas á las partes, será siempre responsable de ellas el que las hubiere ocasionado, bien sea el juez lego, el asesor ó el escribano. Y finalmente, respecto de los asesores que, en el caso espresado al principio de esta nota, intervienen en la jurisdiccion civil ordinaria, no solo no puede haber dificultad en cuanto á los efectos de la recusacion de los mismos, los cuales estan espresamente determinados en la l. 27. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec., sí que tampoco podrá apenas haberla en el caso de disentir el juez lego del dictámen de su asesor, ó, por mejor decir, apenas podrá ocurrir este caso, viniendo el cual y antes de formalizarse la discordia podrá haberse retirado el asesor ó haberlo substituido con otro el mismo juez que lo hubiere nombrado. Mas si, no verificándolo asi, tampoco pudieren ponerse de acuerdo, á pesar de que consideramos mas equitativo que se obligase al juez lego á firmar la providencia, ya porque ninguna responsabilidad le puede resultar de la misma, ya tambien porque, en el caso propuesto, obra siempre á favor del asesor letrado la presuncion de mayor acierto; con todo eso y por las razones espresadas al tratar de los asesores de

lo que ouieren de judgar; queremos aqui dezir en este Titulo, de los Juyzios por que se acaban los pleytos, porque todo Judgador sea cierto, de como los deue dar, e non pueda errar en ellos. E primeramente mostraremos, que cosa es Juyzio. E que pro nace ende. E quantas maneras son del. E quales deuen ser. E como se deuen dar. E quales valen, e que fuerça ha el Juyzio despues que es dado. E que gualardon deuen auer los que judgaren bien, e que pena quando mal lo fizieren.

LEY 1. *Que cosa es Juyzio.*

Juyzio (1) en romance tanto quiere dezir, como sententia en latin. E ciertamente Juyzio es dicho, mandamiento que el Judgador faga a alguna de las partes, en razon de pleyto que mueuen ante el. Pero deue ser atal, que non sea contra natura (2), nin contra derecho de las leyes deste nuestro libro, nin contra buenas costumbres. E contra natura seria, quando el Judgador diesse por juyzio, que alguno era fijo de otro, seyendo aquel que daua por su fijo, de mayor edad (3) que el otro, que judgaua que era su padre. E contra derecho, e contra ley seria el juyzio, en que ome libre (4) fuesse judgado por sieruo, o alguno que era sieruo, e Christiano, que pudiesse ser sieruo de Judio. (5). E contra buenas costumbres (6) seria el juyzio, en que mandasse el Judgador que non fuesse ome leal a su Señor, o que matasse (7) a otro, o si mandasse alguna muger que fiziesse maldad en su cuerpo con otri, para pagar lo que deuia. Ca en qualquier destas cosas, o en otras semejantes dellas, todo juyzio que fuesse dado non deue valer, nin ha nome de juyzio.

LEY 2. *Que pro nace del Juyzio, e quantas maneras son del.*

Grande es el pro que del juyzio nasce que es dado derechamente. Ca por el se acaban las contiendas que los omes han entre si delante de los Judgadores, e alcança cada vno su derecho: e los juyzios departense en tres maneras (8). La primera (9) es, mandamiento que faze el Judgador al demandado, que pague,

rentas, diríase tal vez que deberian remitirse, en dicho caso, los autos á la superioridad, con esposicion de las razones que han motivado la discordia, para que la dirimiese ó determinase con arreglo á derecho y justicia.

(1) Trae esto orígen de lo anotado por Azon *in summa* C. *quomod. et quand. jud.* siendo de notar que, para ser una sentencia perfecta, son necesarios tres requisitos, faltando cualquiera de los cuales, es aquella viciosa é ilegal, segun S. Tomás 2. 2. q. 60. art. 2.; y son, á saber, 1º que proceda de las inspiraciones de la justicia, 2º que sea proferida por un juez revestido de pública autoridad, 3º que sea conforme á la recta razon y á la prudencia.

(2) Conc. tambien lo anotado por Azon, lugar citado en la nota que antecede.

(3) Añad. §. 4. Instit. *de adopt.* y 1. ult. D. *quæ sentent. sine appell. rescind.*

(4) Entiéndase cuando esto se haya hecho por error notorio, como si se dijere «declaro esclavo á tal hombre que es libre» cap. 1. *de re judic.* l. 19. D. *de appell.*

(5) Está esto en oposicion con lo que previenen la l. 22. tit. 11. Part. 5. cap. 2. y l. ult. *de judæis.* y l. unic. C. *ne christian. mancipium.*

(6) Esto es, contra las buenas costumbres naturales ó cuasi-naturales, segun Bald. á la l. 3. col. penult. C. *de collat.*; no contra las costumbres civiles, contra las cuales puede proferirse sentencia válidamente, segun Abb. al cap. 1. col. 3. *de re judic.*

(7) Añad. l. 24. tit. 4. de esta Part. y Specul. tit. *de sentent.* §. *juxta* col. antepen. versic. *item est nulla ratione manifestæ iniquitatis.*

(8) Añad. Azon. *in summa* C. *quomod. et quand. jud.* y Specul. tit. *de sentent.* §. *species.*

(9) V. l. 7. tit. 3. de esta Part. y lo anotado allí, y añad. Specul. d. §. *species* col. 2. versic. *est quoque.* Y cuando el que confiesa la deuda alegare el pago de la misma ¿podrá mandársele tambien que la satisfaga dentro de ocho dias, si dentro de dicho término no probare la solucion? V. Specul. lugar citado, versic. *quid si judex*, donde procede por partes y nada decide, y Juan Andres adicion. allí, el cual opina que es lo mas seguro, en dicho caso, diferir la sentencia: siendo esto muy notable por ocurrir en la práctica con bastante frecuencia. Bald. en sus adiciones allí pretende que seria válida la sentencia proferida en los espresados términos; y refiriéndose á la l. 4. C. *de sentent. et interlocut.*, espresa que no es aplicable á semejantes sentencias lo dispuesto en la misma [esto es, que sean nulas ó que no ganen autoridad de cosa juzgada las que se profieran sin observar el órden acostumbrado en los juicios], y del mismo parecer es Bald. vol. 5. consil. 201. donde añade que semejantes mandatos no pueden revocarse, porque tienen fuerza de sentencias definitivas. Añad. Aug. á la l. 55. D. *de re judic.* y

o entregue al demandador la debda, o la cosa que conociere ante el en juyzio, sobre que le fazian la demanda. La segunda manera es, quando el Judgador da juyzio contra el demandado por mengua de respuesta (10); o quando da juyzio sobre alguna cosa nueua que acaesce en el pleyto, e non sobre la demanda principal, assi como si fuessen contiendas sobre la carta del Personero, si era valedera, o non; o quando alguna de las partes aduxesse testigos en juyzio, o mostrasse cartas, o preuillejos para prouar su intencion, e la otra parte dixesse algunas razones por que quisiere desechar aquellos testigos, o contradezir aquellas cartas. Ca en qualquier destas razones, o de otras semejantes (11) dellas, que el Judgador diesse juyzio ante que fuesse librado el principal; a tal juyzio como este dizen en latin interlocutoria; que quiere tanto dezir, como palabra, o mandamiento de Judgador, que faze sobre alguna dubda que acaesce en el pleyto. E puede dar el Judgador este juyzio por

Bald. á la l. 2. C. *sentent rescind. non poss.* col. 4. * Nótese la distincion que hace aqui el Glosador de las providencias judiciales en sentencias interlocutorias ó definitivas, segun que en ellas se decide alguna cuestion principal ó secundaria del juicio, y en preceptos ó mandamientos egecutivos ó de apremio. De estos últimos y de los trámites que, al proferirlos han de observarse, se tratará en el tit. 27. de esta Part. pudiendo verse lo anotado allí.

(10) V. l. 2. tit. 8. de esta Part. * V. la adic. á la nota sig. hácia el fin.

(11) Porque todo mandato proferido por el juez, pendiente el litigio, es interlocutorio, Glos. á la *Novell.* 112. cap. 12. *collat.* 8. Bart. á la l. 25. C. *de Episcop. et cleric.* y Juan de Plat. á la l. ult. C. *de dignit.* y el mismo nombre se da á la providencia en que se confiere comision para emplazar á alguno, y al mismo cartel de emplazamiento, en la l. 33. C. *de Episcop. et cleric.* y lo anotado por Bald. allí, y en la autent. *offeratur* C. *de litis contest.* y l. 11. C. *de feriis*, pudiendo añadirse á Juan de Plat. á la l. 2. C. *de prox. scrin.* Añádase tambien que la providencia, en que se admite la apelacion de otra interlocutoria, se considera igualmente como tal, respecto de las partes, aunque, respecto del juez que la ha proferido es definitiva, segun Bald. á la autent. *hoc sacramentum* C. *de juram. calumn.* Interlocutoria se llama asimismo la providencia en que se declara desierta la apelacion, Bald. á la autent. *si quis* hácia el fin C. *de Episc. et cleric.* y la sentencia absolutoria de la observancia del juicio, Bald. á la l. 13. §. 2. col. 1. C. *de judic.* bien que, segun el mismo á la l. 15. C. d. tit., tiene esta última fuerza de definitiva, y V. Bald. adiciones á Specul. tit. *de sentent.* col. 2. Son tambien interlocutorias las providencias de reparacion de atentados, segun Bald. en dd. adiciones, col. 2., las en que se declara no haber lugar á alguna escepcion perentoria, Bald. á la l. 2. C. *de comminatíon. epistol.* donde dice que se conoce si una sentencia es interlocutoria ó definitiva, segun que nazca de ella ó no la accion *in factum.* Nótese, empero, que las providencias, aunque sean interlocutorias, si contienen mandato de dar ó hacer, se equiparan á las definitivas, l. 19. §. 2. D. *de recept. qui arbitr.* Bart. á la l. 9. §. 1. 1. lectura col. 1. D. *de offic. procons.*; de donde infiere este último allí que, al proferirse semejantes interlocutorias, debe observarse lo mismo que está prescrito para las definitivas: y V. Abb. al cap. *pervenit*, *de appell.* donde se ocupa largamente de si deben en todo regularse como definitivas las interlocutorias que tienen fuerza de tales. Si bien se considera, todo auto interlocutorio es definitivo del artículo que por él se ha declarado, Bald. á la l. 1. col. 1. D. *de jurisdict. omn. jud.* y en la clase de tales interlocutorios se consideran, á mas de los arriba espresados, los en que un juez se declara competente ó incompetente, cap. *significantibus* 38. *de offic. deleg.* ó en que no se da lugar á una apelacion, cap. *sua nobis* 65. *de appell.* cuyo texto, segun Bald. no se encuentra reproducido en otra parte alguna; y los que recaen sobre el artículo de costas, Glos. á la l. 14. D. *de re judic.* ó sobre la posesion, V. cap. *ei qui*, 41. §. *de possessione*, 2. quest. 6. bien que esto último debe entenderse limitadamente de la providencia en que se declarare cuál de las partes ha de ser mantenida en la posesion durante el litigio; y de otro modo sería definitiva, segun Paul. de Castr. consil. 3. vol. 2. que empieza *in causa quæ vertitur* y V. Abb. al cap. *cum venissent* col. 1. *de instit.* En una palabra, segun declara Ang. á la l. 5. D. *de verb. oblig.* y á la l. 75. D. *de leg.* 1. solo las sentencias que nada tienen de interlocutorias ó del procedimiento de estas pueden considerarse como meramente definitivas, y ni aun deben confundirse con ellas las que, si bien con fuerza de tales, son, sin embargo interlocutorias, segun el mismo y Juan de Imol. á d. l. *La verdadera diferencia entre los autos definitivos é interlocutorios está exactamente determinada en el texto de esta nuestra ley de Partidas, y mas especialmente en la notable regla que para distinguirlos da Gregor. Lopez, al principio de la presente nota, diciendo

que deben considerarse como interlocutorios todos los que se profieren, sin que por ellos se termine el juicio ó instancia. Pero, aparte de esto conviene mucho distinguir las providencias interlocutorias meramente tales, de las que, á pesar de serlo, tienen el carácter ó fuerza de definitivas, de cuya diferencia nos harémos cargo al comentar la ley 13. tit. 23. de esta Partida, para uno de los mas importantes efectos de la misma, esto es, el de saber y determinar de cuáles providencias judiciales se puede apelar y de cuáles no, V. la nota 88. de d. tit. 23. Por lo demas, y si bien es exacto lo que espresa nuestro Glosador aqui, de que todo auto interlocutorio es definitivo del artículo que con él se ha declarado, no debe esto entenderse mas que en el rigor de la espresion, y sin perjuicio de tener presente que el ser un auto definitivo de un artículo, no equivale á decir que el artículo sea definitivo del juicio, ni que dicho auto deje de ser interlocutorio. Al contrario, hay otras providencias que el Glosador califica de interlocutorias y lo son bajo cierto aspecto, pero cuya calificacion es mas dudosa, porque, si bien por ellas no se decide, por lo comun, la verdadera cuestion capital que se agita entre las partes, pero son definitivas de un juicio, que, á pesar de ser preparatorio de otro mas formal y solemne, no deja de ser un verdadero juicio. Tales son los autos ó providencias que recaen en los posesorios, ó sea, las en que se declara cuál de las partes ha de ser mantenida en la posesion de las cosas litigiosas, mientras pendiere y quedare terminado el juicio de propiedad que se trata de promover ó está ya promovido. Semejantes autos que se profieren siempre con la reserva de no acrecer ni decrecer por ellos el derecho de las partes, no deciden definitivamente la cuestion de propiedad, ni aun la de la verdadera posesion civil; pero tienen un carácter distinto de los autos meramente interlocutorios, ya porque no se refieren á la simple ordenacion del juicio, sino que afectan á la cosa misma litigiosa y dan el derecho, aunque temporal, de aprovecharse de ella, ya tambien por la inmensa importancia que tiene á veces la adjudicacion, si asi puede llamarse, de la posesion, por mas que sea interina, é ya principalmente porque de las espresadas providencias no puede decirse que recaigan sobre *alguna cosa nueva que acaece en el pleito*, segun la espresion de que se vale nuestra ley, al definir las sentencias interlocutorias; antes bien preceden las mas veces á la incoacion del pleito, y se profieren en juicio separado, del cual forman la decision y complemento y que por ellas queda definitivamente terminado. De esto sin duda infiere Gregor. Lopez que los autos proferidos en méritos de un juicio posesorio, cuando este es instruido separadamente del principal ó del de propiedad, son definitivos: pero creemos que á mas de esto, se requiere para que lo sean que dichos posesorios no se hayan sustanciado por la via sumarísima; porque, cuando el juez provee la reparacion de un atentado sin citacion ni audiencia de parte, mas bien profiere un mandato de apremio que un verdadero auto definitivo ó interlocutorio, y porque el juicio sumarísimo no se considera por punto general, como un verdadero juicio. Asi, pues, deberán indudablemente considerarse como definitivas las providencias que se profieran en méritos de un posesorio plenario, mas no las que recaigan en un espediente sumarísimo de reparacion de atentado, las cuales son mas bien mandatos que providencias, bien se haya promovido la cuestion de amparo de posesion, durante el pleito, ó antes de promoverse este y como preparacion de él. Pero, á veces, habiendo comenzado un espediente por la denuncia de un despojo ó atentado, y debiendo sustanciarse sin citacion del supuesto despojador, comparece este, antes de dictarse providencia, y alega la legitimidad de sus actos que se quieren calificar de atentatorios, ó niega que en realidad los haya perpetrado. Si el juez da oidos á semejante contradiccion y el asunto se hace verdaderamente contencioso, queda por el hecho mismo abandonada la via sumarísima ó de apremio, y se convierte el juicio de *sumarísimo* en *sumario*. ¿Cómo deberá, pues, calificarse la providencia que recayere en él y lo terminare? Cuestion es esta que, á primera vista, pudiera parecer de escasa importancia, y que la tiene, no obstante, muy grande y positiva; porque, si bien las providencias de que tratamos, aun consideradas como interlocutorias, tendrán siempre fuerza de definitivas para los efectos de poderse apelar de ellas y de haberse de observar, al proferirlas, las mismas solemnidades que se requieren para las de esta última clase, á tenor de lo dicho por el Glosador en la presente nota, y si bien bajo este concepto, pudiera ser escusado detenerse en su calificacion, pero no lo es, antes sí muy importante para determinar los trámites que deberán seguirse en la instancia de apelacion, los cuales son esencialmente distintos, segun que la providencia apelada sea interlocutoria ó definitiva y quizás tambien para decidir si la sentencia de vista que en dicha instancia recayere será ó no suplicable. (V. la adicion á la nota 88. del tit. 23. y 9. del tit. 24. de esta Part.) Creemos, pues, que, si verdaderamente han de considerarse distintos de los *sumarísimos* y de los *plenarios* los juicios *sumarios* de posesion,

escripto, o por palabra (12) si assi quisiere; e otrosi lo puede toller (13), e emendar por alguna razon derecha, quando quier, ante que de juyzio acabado sobre la demanda principal. La tercera manera de juyzio es la sentencia que llaman en latin diffinitiua; que quiere tan-

no hay razon alguna para considerar como interlocutorios los autos que en estos últimos recayeren, siempre que sean tales que con ellos se entienda terminado el juicio, aunque sin acrecer ni decrecer el derecho de las partes, y salvo el que puedan deducir en el juicio plenario ó el de propiedad. De ellos no puede decirse entonces que recaigan en *cosa nueva* ó incidental acaecida en el pleito, (antes bien deciden la cuestion que es objeto único y principal del mismo) y tampoco que no terminen el juicio; de suerte que, deben calificarse de definitivas á tenor de la regla que para ello prescriben asi la ley de Part. como el Glosador. El quedar á salvo el derecho de las partes se entiende, y aun se espresa en semejantes casos, para el efecto de que puedan deducirlo en otro juicio: y asi de todos modos queda terminado definitivamente el *sumario*: por cuya razon nos afirmamos en que deben calificarse de definitivas no solo las providencias posesorias indicadas, sino tambien las que recaen en los pleitos de propiedad absolutorias de la observancia del juicio; á las cuales califica tambien de interlocutorias nuestro Glosador en la presente nota, erradamente en nuestro concepto, dado que tambien terminan verdaderamente la instancia ó juicio en que han sido proferidas, por mas que le quede al demandante el derecho ó facultad de promoverlo nuevamente; porque si lo hiciere, será en méritos de un juicio distinto y separado, aunque con el propio objeto que el anterior ya fenecido. Asi vemos que en la práctica se consideran generalmente semejantes providencias como definitivas para todos los efectos de derecho; y lo mismo, aunque no tan constantemente, hemos visto observarse respecto de las proferidas en juicios sumarios de posesion.

Por lo demas, creemos oportuno advertir aqui que lo que se declara en la presente ley de acuerdo con la l. 2. tit. 8. de esta Partida (V. nota 14. allí), ó sea el haber de considerarse como interlocutorias las sentencias que se dieren contra el demandado *por mengua de respuesta*, debe entenderse limitadamente al caso en que se hubiere seguido la via de asentamiento y puéstose por ella al actor en la posesion de las cosas que demandaba; no, empero, cuando se hubiere seguido la via ordinaria de prueba en rebeldía, á tenor de lo dispuesto en la l. 2. tit. 5. lib. 11. Nov. Recop. y lo espuesto en la adic. á la nota 47. tit. 7. de esta Part.; antes bien en este último caso será definitiva en toda la estension de la palabra la sentencia que en calidad de tal, se profiriere absolviendo ó condenando al convenido contumaz.

(12) No es, pues, necesario que se profiera por escrito, añad. Glos. á la l. 2. D. *de appell.* y Bart. á la l. 9. §. 1. col. 1. D. *de offic. procons.* * En el dia todas las providencias, aun las de mera sustanciacion deben dictarse por escrito en los juicios en que, por su cuantía, no puede tener lugar el procedimiento verbal. V. nota 40. de este tit. y 226. tit. 2. de esta Part.

(13) Conc. l. 14. D. *de re judic.* y cap. *cum cessante* 60. *de appell.* Pero ¿de cuáles providencias interlocutorias debe entenderse el que puedan revocarse por el mismo juez que las ha proferido? Hé aqui un punto, sobre el cual ha habido muy diversos pareceres entre los intérpretes del derecho canónico y civil, segun la Glos. á d. l. 14. y Alex. col. 2. 3. y 4.; siendo la mas comun opinion de unos y otros la de ser aquella doctrina ó disposicion aplicable á todas y cualesquiera interlocutorias, bien hubieren recaido sobre la tramitacion del juicio, ó bien hubieren decidido algun artículo, y aunque contengan mandato de dar ó hacer. Asi lo opina la Glos. á la l. 1. C. *sentent. rescid. non poss.* y asi parece autorizarlo esta nuestra ley, al decir: *da juizio contra el demandado por mengua de respuesta*: pues tambien en el caso propuesto con esas palabras se manda dar ó restituir alguna cosa por el primer decreto dado contra el reo por razon de su contumacia, y sin embargo se declara espresamente que puede aquel ser revocado. Deben, empero, esceptuarse muchos casos en que eso no tendria lugar y pueden verse en Abb. á d. cap. *cum cessante* y mas estensamente en Alex. á d. l. 14. col. 4. y sigs.: y es tambien de advertir que el juez que ha dictado una providencia nunca puede revocarla, si no mediare para ello justa causa; pues, no habiéndola y siendo la providencia gravatoria á alguna de las partes, puede esta apelar; y, si bien podrá entonces ser justa la revocacion, deberá, empero, proveerla el juez ó tribunal de apelacion: de manera que el juez que revocare sin justa causa una providencia por él dictada, incurre en la nota de parcial y hace suyo el pleito, segun Inoc. cap. *sacro de sentent. excommunicationis* Bald. á la l. 9. hácia el fin C. *de sentent.* Alex. á d. l. 14. col. 4. Pero, en los casos en que puede la sentencia revocarse por

to dezir, como juyzio acabado, que da en la demanda (14) principal fin, quitando, o condenando al demandado.

LEY 3. *Qual deue ser el Juyzio.*

Cierto, e derechurero, segund mandan las leyes de nuestro libro, e catada, e escodriñada (15), e sabida la verdad del fecho, deue ser dado todo juyzio, mayormente aquel que dizen sentencia difinitiua: porque tal juyzio como este, pues que vna vez lo ouiere bien, o mal judgado, non lo puede toller, nin mudar (16) aquel Juez que lo judgo; si non fuere el Rey,

contrario imperio ¿podrá el juez hacerlo sin citar á la parte? V. Bart. á d. l. 14. y Alex. allí col. 10. y Abb. á d. cap. *cum cessante*, col. ult. * Es muy digno de notarse que en la presente ley se habla de las providencias interlocutorias en general, sin distinguir entre las que tienen ó no fuerza de definitivas; y de todas ellas se declara que puede revocarlas por contrario imperio el mismo juez que las ha proferido, antes que dé sentencia definitiva sobre lo principal. Pero semejante doctrina no está admitida en la práctica, ni por los Intérpretes; los cuáles unánimes proceden con distincion, al declarar cuáles son las providencias interlocutorias que pueden ser revocadas por contrario imperio: y la opinion de los mismos en los términos que luego esplicarémos ha prevalecido en la práctica, de tal suerte que puede decirse ha quedado en esta parte derogado ó modificado á lo menos por la costumbre lo que dispone aqui nuestra ley de Partida.

Por regla general, en una materia tan importante y tan vagamente definida por las leyes, se opina comunmente que un juez ó tribunal tan solo podrá revocar por contrario imperio una providencia dictada por él mismo, cuando, á mas de haber justísima causa para ello y de ser esta muy notoria, fuere la providencia meramente interlocutoria sin fuerza ni carácter de definitiva. Cuáles sean estas y en qué se distinguen de las meramente interlocutorias lo verémos en la nota 88. del tit. prox. sig. Pero las providencias dictadas en juicios de posesion, las cuales, como hemos visto en la nota 11., sin ser propiamente interlocutorias, tienen un carácter distinto de las definitivas ¿podrán ó no revocarse por contrario imperio? No podrán en nuestro concepto, si fueren proferidas en méritos de un juicio *sumario*, el cual, si bien mas breve y menos solemne que el ordinario de propiedad y aun que el mismo plenario de posesion, no por esto deja de ser un verdadero juicio, y habiendo en él legítima contradiccion, debe suponerse dado con plena deliberacion y conocimiento de causa el fallo que en el mismo hubiere recaido. Pero si la providencia de amparo ó reparacion de atentado fuere proferida sin citacion ni audiencia de parte y por la via sumarísima, como entonces se supone que ha obrado el juez por via de apremio, y usando de las facultades discrecionales y estraordinarias que para mantener el órden le están conferidas, y como la breve instruccion que es bastante para que se haga uso de semejantes facultades hace que pueda un juez muy fácilmente ser sorprendido con testigos falsos ó con la ocultacion de alguna circunstancia que, una vez averiguada, varíe enteramente el aspecto de los actos que se han presentado como perturbativos del órden y atentatorios, creemos que cuando esto sucediere, y cuando aquel, contra quien se hubiere dictado la providencia sumarísima, se presentare y probare incontinenti y plenamente que el juez ha sido engañado y sorprendido, podrá este revocar por contrario imperio la providencia referida oyendo previamente al que la haya provocado y llegándose á convencer de que es obrepticia y subrepticia la demanda ó interdicto que se habia intentado. Es necesario, empero, que los jueces sean muy parcos en otorgar semejantes revocaciones y que se abstengan de proveerlas, á menos que sean muy plenas é indestructibles las pruebas que para ello se hubieren ministrado.

(14) Conc. l. 1. D. *de re judic.* y l. 3. C. *de sentent.* pudiendo verse lo que despues de Bald. y Ang., espresa Alex. á la l. 1. §. 2. D. *de verb. oblig.* col. 3. y 4.

(15) Cap. *judicantem* 30. quest. 5. cap. *grave* 35. quest. 9. donde reprehende la Glos. á los jueces que no quieren oir á los abogados de las partes. * V. los arts. 12. y 19. del reglam. provis. para la admin. de just.

(16) Conc. l. 55. D. *de re judic.* cap. *in litteris* 9. *de offic. deleg.* y V. los casos de escepcion en la l. prox. siguiente y en la Glos. á d. l. 55. infiriéndose de lo dispuesto aqui, que puede el juez, aunque al principio de la sentencia haya adjudicado á uno alguna cosa pura y simplemente, imponerle despues y en la misma sentencia alguna condicion ó gravámen, el cual valdrá y deberá cumplirse, por ser evidente que el juez no ha considerado la adjudicacion como absoluta desde el principio; sin necesidad de que, al proveerla, lo haya hecho con la reserva, de que habla la Glos. á la l. 22. §. 1. D. *famil. ercisc.*, aconsejando que se diga, al proveer dicha adjudicacion, *salvo lo que se proveerá mas adelante;*

o el Adelantado mayor de su Corte. Ca estos atales bien pueden endereçar sus juyzios, despues que los ouiessen dado, queriendo fazer merced a aquellos que gelo pidiessen, assi como lo mostramos adelante en las leyes (17) que fablan en esta razon. Pero si el Judgador ouiesse dado juyzio acabado sobre la cosa principal, e non ouiesse fablado en aquel juyzio de los frutos (18), e de la renta della; o non ouiesse condenado a la parte, contra quien fuesse dado el juyzio, en las costas; o si por auentura ouiesse judgado en razon destas cosas; mas, o menos (19) que non deuiesse; bien puede todo Judgador emendar, e endereçar su juyzio en razon dellas, en la manera que entendiere que lo deue fazer segund derecho. E esto ha de fazer tan solamente en aquel dia (20) que dio la sentencia, ca despues non lo podria fazer: como quier que las palabras de su juyzio bien las puede mudar despues, e poner otras mas apuestas (21); non camiando la fuerça, ni el entendimiento del juyzio que diera.

LEY 4. *Por que razones puede el Juez mudar, o reuocar el Juyzio que el mismo ouiesse dado.*

porque, aun sin esta salvedad, se sobreentiende que desde un principio no se ha considerado aquel acto perfecto y absoluto; á cuya opinion parece inclinarse tambien Ang. á d. l. 55., á pesar de pretender lo contrario Paul. de Castr. adhiriéndose estrictamente á d. l. 22. §. 1. y la Glos. allí y á la l. 1. princ. D. *ad leg. Falcid.*, y en efecto, todos los pactos ó cláusulas, con tal que se consignen en el contexto de una sentencia ó escritura, es indiferente que vayan continuadas al principio, hácia el fin ó al medio de la misma, y siempre tienen igual fuerza, l. 40. vers. *dicebam* D. *de reb. credit.* fundado en lo cual, es tambien de la opinion indicada Jacob. de Bella vista, segun refiere Alberic. á d. l. 22., y acerca lo demas referente á la presente ley, V. Bart. y Alex. á d. l. 55.

(17) L. 19. tit. 1. de esta Part.

(18) Conc. l. 42. D. *de re judic.* y lo dispuesto aqui es aplicable tambien á los jueces delegados, segun Imol. y Alex. allí.

(19) Con esto parece desecharse la opinion de Jacob. de Raven. y Guill. de Cugneo referida y adoptada por Bald. á la l. 20. D. *de recept. qui arb.*, los cuales interpretaban la citada l. 42. D. *de re judic.* diciendo que el poder el juez condenar á la restitucion y pago de los frutos y las costas el mismo dia en que ha proferido la sentencia y separadamente de esta, debe entenderse, cuando en la misma nada hubiese declarado acerca de dichas costas y frutos; mas que, una vez lo hubiese hecho, ya nada podria revocar de lo contenido en la sentencia: y lo propio pretende Ang. á d. l. 42. espresando que si el juez en la sentencia definitiva hubiere tasado los frutos y costas, no podrá ya aumentar ni disminuir la tasacion, aunque lo haga en el mismo dia; y cita á Inocenc. al cap. *auditis de procurat.*, el cual, empero, no dice lo que aquel pretende. La opinion de los DD. citados al principio es tambien adoptada por Alex. á d. l. 42.; pero lo contrario se establece aqui por la nuestra de Partida, la cual, por lo tanto, debe tenerse muy presente. * Nótese bien que, por estas palabras de nuestra ley, se da al juez, no la facultad de variar su juicio ó sentencia despues que la hubiere dado, sino la de declarar un punto que en la misma hubiere omitido ó acerca del cual hubiere padecido un error material y numérico, que es lo que se significa con las palabras *mas ó menos que non deuiesse*. Por lo demas, empero, de ninguna manera podrá el juez mandar la restitucion de frutos, una vez hubiere absuelto de ella á la parte, y tampoco condenar á esta al pago de las costas, una vez hubiere declarado no hacer especial condena de ellas, ni al contrario. V. las ll. 25. tit. 4. lib. 5. y ll. 6. y 7. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec. en las cuales se previene terminantemente á los jueces que en las sentencias en que hubiere condenacion de frutos ó intereses, declaren, acerca de ellos, lo conveniente, á fin de que no se eternicen los pleitos con ulteriores liquidaciones. Pero esto no obstante vemos prevalecer y seguirse constantemente la práctica de proferirse semejantes condenas y en especial las de frutos, con la cláusula de *salva liquidacion;* la cual se reserva siempre para un ulterior juicio.

(20) Conc. d. l. 42. Pero ¿debe entenderse en el mismo dia natural, esto es, en las siguientes 24. horas, ó en el mismo dia jurídico en que se haya proferido la sentencia? Bald. á la l. 3. C. *de fruct. et lit. expens.* dice que en el dia jurídico; de manera que segun él, siendo proferida la sentencia á última hora de la tarde, no podrá proveerse la condena de los frutos y costas al amanecer del dia siguiente; y así parece inferirse de las palabras de nuestra ley *en aquel dia que dió la sentencia.* Y ¿qué deberia decirse en el caso de haber omitido el juez la condena de costas, al proveer la reparacion de un atentado? ¿Tampoco podria reparar su omision al siguiente dia? V. Decisiones de los SS. de la Rota, decis. 13.

(21) Conc. l. 46. D. *de re judic.*

Como quier (22) que diximos en la ley ante desta, que el Judgador, despues que diere su juyzio acabado, non lo puede mudar, nin cambiar quanto en la demanda principal; pero cosas y ha, en que lo puede fazer. E esto seria, quando el Judgador condenasse alguno, que pechase a la Corte del Rey alguna quantia cierta, por yerro (23) que fiziera; e fuesse tan pobre aquel contra quien fuesse dado el juyzio, que non pudiessen sacar de sus bienes aquella pena que auia de pechar: ca puede (24) entonce aquel Judgador quel condeno, reuocar el juyzio, e quitarle de aquella pena (25) que mando que pechasse, si se quisiere doler del. E mayormente (26), si aquel yerro non fuesse muy grande, e aquel pecho deuia venir á la Camara del Rey. E otrosi dezimos (27), que quando el Judgador emplazasse alguna de las partes, que viniessen ante el para mostrar sus razones, e oyr su juyzio; si aquella parte que fue emplazada non viniere luego, e el Judgador, oydas las razones de la parte que era presente, condeno (28) a la otra parte por su juyzio; e ante que el Judgador se leuantasse de aquel lugar do dio el juyzio, viniesse luego aquella parte que fue condenada, e pidiesse al Judgador que reuocasse aquel juyzio, e que oyesse sus razones que el queria mostrar; en tal caso como este dezimos, que si la parte, quando fue emplazada, dixo, e respondio a aquel que lo emplazaua, que non vernia (29) antel Juez; que despues non

(22) Conc. l. 6. hácia el fin D. *de offic. præs.* y l. ult. hácia el fin C. *de mod. mulct.*

(23) Entiéndase cuando la condena fuese impuesta en calidad de multa: pues no podria rebajarla el juez, si la hubiese impuesto como pena ordinaria conminada por la ley: antes en tal caso, siendo el reo insolvente, deberia suplirse la pena pecuniaria con otra corporal, l. 4. C. *de serv. fugitiv.* : y asi entiende Alberic. lo dispuesto en d. l. 6., pudiendo verse lo que se dirá en las dos notas siguientes.

(24) Pero ¿estará obligado á usar de esa facultad? Parece que no, segun la l. 40. D. *de judic.* la cual tampoco se lo prescribe, sino que le da potestad de hacerlo; y asi mas claramente se infiere de las palabras de nuestra ley : *si se quisiere doler del* : bien que lo contrario parece indicarse en d. l. 6. §. ult. D. *de offic. præs.* con las palabras : *necessitatem solutionis moderetur*, con las cuales parece prescribirse al juez que relaje la pena, y lo mismo se infiere del texto de la l. 6. hácia el fin C. *de modo mulctarum*, donde dice : *nisi paupertas condemnati hoc persuaserit.* Tal vez podria esto conciliarse, diciendo que si el delito, por el que se impone una multa ó pena estraordinaria, es leve, está el juez obligado á remitirla y no puede castigar corporalmente al reo por su insolvencia, pues por faltas ó abusos ligeros no se deben imponer á los pobres semejantes castigos, y seria un absurdo el hacérselos sufrir por leves transgresiones, segun Bald. á la l. 4. C. *de serv. fugitiv.* pero que si el delito fuere de gravedad, no estará el juez obligado á remitir la pena, sino que estará en su facultad el hacerlo, si lo conceptuare conveniente : ó quizás haya de entenderse que siempre quede el hacerlo ó dejarlo de hacer al libre y prudente arbitrio del juez, atendida la calidad del reo y del delito y las circunstancias agravantes ó atenuantes del mismo.

(25) Lo dispuesto aqui es, pues, aplicable á las multas que se imponen asi por razon de contumacia, como por razon de delito : pues tambien á veces los delitos se castigan con multas, segun Azon *in summa* C. *de mod. mulctar.* : aunque en tales casos, mas bien que multas, deben llamarse penas, segun Alberic. allí, y á d. l. 6. §. ult. D. *de offic. præs.* y por esto en la presente ley no se usa la palabra *multas* sino la de penas; porque, no siendo aquellas ordinarias y espresamente establecidas por la ley, reside en los jueces la libre facultad de remitirlas, segun Bart. á d. §. ult. y Salic. á la l. 4. C. *de serv. fugitiv.* vers. *quod si ad prædictam pœnam* : siendo de todos modos, digno de tenerse presente lo que se establece en nuestra ley aqui; porque, por derecho comun, no podia, segun los DD., remitirse la pena, una vez se hubiese impuesto por sentencia, como espresa Bart. á la l. 1. pr. D. *si quis jus dicent. non obtemp.* y Jason allí hácia el fin del princ.

(26) Indícase con esto que tambien podria el juez remitir la multa, cuando se hubiese impuesto en calidad de pena estraordinaria y por algun delito enorme, y asimismo cuando aquella fuese aplicable á otro que al fisco, como por ej. á las obras públicas ú otros objetos semejantes, l. 5. C. *de mod. mulct.* y se declara, al propio tiempo, que lo dicho antes en esta misma ley : *que pechasse á la Corte del Rey*, se habia dicho por via de ejemplo, y por ser esta la aplicacion que mas comunmente se da á semejantes penas pecuniarias.

(27) Conc. l. 7. D. *de in integr. rest.*

(28) Entiéndase que se habla aqui del caso en que hubiere ya espirado el término, pero estuviese aun el juez sentado en el despacho ó tribunal, sin haberse movido de él despues de impuesta la multa, segun Bald. y Ang. á d. l. 7.

(29) Y asi se hubiese constituido en verda-

debe ser oydo, maguer venga: pero bien se puede alçar (30), si se quisiere, de aquel juyzio. Mas si la parte, quando fue emplazada, respondio que vernia antel, o se callo, que no dixo nada; e despues que fue dado el juyzio, parecio luego antel Judgador, ante que se leuantasse de aquel lugar do judgaua; bien puede aquel mismo Juez reuocar su juyzio, e oyr de cabo las razones de amas las partes. Ca bien se deue entender, que este atal, que respondio que vernia, o que callo quando lo emplazauan, que non era rebelde (31), nin despreciaba el Judgador, e que non pudo venir mas ayna, o non entendio bien las palabras del emplazamiento.

dera y evidente contumacia, Glos. á la Clement. 1. *de dol. et contum.* bastando para ello que hubiere manifestado al nuncio ó emplazador lo que aqui espresa nuestra ley, segun Bart. y Bald. á d. l. 7.

(30) Apruébase la opinion de la Glos. á d. l. 7. y l. ult. D. *de in integr. rest.* y á la l. 73. §. ult. D. *de judic.* segun la cual el que ha incurrido en verdadera contumacia, diciendo no querer comparecer ante el juez que lo ha emplazado, puede no obstante apelar si se presentare estando aun el juez sentado en el tribunal; lo que es muy notable, pues lo contrario pretende Alberic. á d. l. 7. y afirma observarse asi comunmente en la práctica. Mas, supuesto que puede en este caso apelar, ¿será menester que pida para ello restitucion? Asi lo opinan la Glos. y la generalidad de los DD. á d. l. 7. de suerte, que, segun ellos, no podrá admitirse dicho recurso de apelacion, sin que previamente se haya impetrado aquel beneficio: y de esto, segun Alberic. allí, han tomado ocasion algunos perversos abogados para aconsejar á sus clientes que, al citárseles para oir la sentencia, no comparezcan hasta que ya esté proferida, y presentándose inmediatamente y antes de levantarse el juez del tribunal, pidan que se les conceda restitucion para apelar; cuya restitucion, como no se concede sino con conocimiento de causa da lugar á un artículo que puede durar hasta los cuatro años, sin que el recurrente interponga su apelacion hasta los diez dias siguientes á la concesion de dicho beneficio: en vista de lo cual propone Alberic. allí despues de Martin Sill. y Jacob. de Butr. como único medio de neutralizar aquel ardid, el que la parte, en cuyo perjuicio se pide la restitucion, se allane á que se conceda inmediatamente y sin mas progreso ni discusion. En vista, empero, de las palabras de esta ley y las de la l. 5. tit. 16. lib. 3. ordenam. Real, (las que no hablan de restitucion ni estan continuadas en el título en que se habla de dicho beneficio) inclínome á creer que no es aquella necesaria para apelar, y que sin ella se admite la apelacion, la cual debe interponer el que la intentare dentro el mismo término ordinario en que deberia hacerlo, si no fuese contumaz, evitándose asi el embarazoso rodeo de pedir la restitucion de que hablan los DD. despues de la Glos. l. 53. D. *de condict. indeb.* á cuya opinion parece adherirse Bald. á d. l. 7. D. *de integr. rest.* col. 2. donde dice ser tambien la mas comun entre los DD. la de que pueda apelarse sin necesidad de restitucion: pero, como he dicho, pretenden los DD. que la restitucion es necesaria, por mas que sea mas plausible la citada opinion de Bald. y mas conforme con esta nuestra ley.

(31) Pruébase con esto que el que, siendo emplazado, no contesta ó dice que comparecerá, no incurre en verdadera contumacia, sino en contumacia fingida, lo que debe notarse á propósito de lo que dicen la Glos. á la Clementin. 1. *de dol. et contum.* y los DD. á d. l. 7., y asi puede apelar, si quiere, *ipso jure*, ó pedir la reposicion de todo el proceso, y, si prefiriere apelar, podrá hacerlo, aunque no haya comparecido estando el juez sentado en el tribunal, segun se indica en nuestra ley aqui, contra la opinion de los DD. á d. l. 7. quienes, considerando aquel caso como de verdadera contumacia, pretenden que solo podrá apelarse en él mediante restitucion y compareciendo ante el juez mientras esté sentado todavía en el tribunal; y al contrario respecto del que no ha sido citado personalmente, sino á domicilio, al cual le reputan contumaz presunto ó fingido, y dicen que podrá apelar *ipso jure* sin necesidad de restitucion: de suerte que por la presente ley es aprobada la opinion de la Glos. á la l. ult. D. *de in integr. rest.* acerca de los que deben considerarse contumaces verdaderos ó fingidos. Pero, atendidos los términos en que se espresa la l. 5. tit. 16. lib. 3. orden. Real, ¿será igualmente necesario para poder apelar que el que tratare de hacerlo haya comparecido estando el juez sentado todavía en el tribunal, ya sea aquel contumaz verdadero ó fingido? Asi parece inferirse de la citada ley, por hablarse en ella en general y sin hacerse distincion entre el que, siendo emplazado, hubiere dicho que compareceria ó nada hubiere contestado, y el que se hubiere negado espresamente á comparecer, arg. cap. *si Romanorum* dist. 19. Puede, empero, creerse mas bien que nuestra ley de Partida es aclarato-

LEY 5. *Quando, e como se deue dar el Juyzio.*

De dia, e non de noche (32), seyendo las partes emplazadas, deue el Judgador dar su juyzio: mas si el demandador, e el demandado non fuessen emplazados, maguer que el sepa toda la verdad del pleyto, non deue entonce el judgar sobre el, mas deuelos emplazar (33), quando el quisiere dar su juyzio, que vengan antel. E despues, si vinieren amos, o el vno tan solamente, puede dar su juyzio, si entendiere que sabe la verdad del pleyto.

ria de la citada del ordenam. y que esta última debe entenderse con la limitacion aqui establecida, por no ser probable que por ella, se hubiese querido derogar el derecho antiguo con una sola palabra: ó tal vez la ley del ordenam. se refiere á un caso especial, esto es, al de haber sido las partes citadas por el juez con señalamiento de dia para proferir la sentencia, pues entonces sin necesidad de nuevo señalamiento se consideraria verdaderamente contumaz á la parte que no compareciese, segun la Glos. sing. á la l. 2. C. *quom. et quand. jud.* cuyo texto es digno de notarse á propósito de lo que se acaba de decir: ó quizás tambien la citada ley del ordenam. sea la que aclara y limita á la presente de Partida, estableciendo que no pueda apelar el que, siendo citado, no hubiere comparecido estando el juez sentado aun en el tribunal, por mas que en el acto de la citacion no se hubiese negado espresamente á comparecer; cuyo caso, para dicho efecto, no estaba prevenido por nuestra ley aqui; de suerte que, asi como esta exige la comparecencia ante el juez sentado aun en el tribunal para poder pedir la reposicion de todo el proceso, asi tambien sea indispensable aquel requisito para poder apelar; y se considere á la parte que asi no haya comparecido como verdaderamente contumaz y privada del recurso de apelacion. Añad. á lo dicho la l. 9. tit. 1. de esta Partida con lo anotado allí. *La l. 2. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. previene que, cuando se hubiere citado á las partes para oir la sentencia con señalamiento de dia cierto para proferirla, si se hubiere esta proferido en el dia señalado y alguna de aquellas no hubiese comparecido en el acto, ó despues de él, pero estando todavía el juez sentado en el tribunal, no pueda despues alzarse ó apelar de dicha sentencia: pero que pueda hacerlo, dentro el término ordinario, cuando aquella se hubiese proferido despues del dia señalado: sobre lo cual conviene advertir que en el dia se da muy poca ó ninguna importancia para los efectos espresados, á la citacion de las partes para oir la sentencia y que no solo no se suelen proferir los fallos en el mismo dia señalado, sino que jamás se hace dicho señalamiento en los juzgados inferiores, y en los tribunales superiores solo se señala dia para el acto de la vista que acostumbra preceder de uno ó muchos dias á la votacion y publicacion de la sentencia. Asi es que ha caido enteramente en desuso todo cuanto á ese propósito estaba dispuesto en las citadas leyes: admitiéndose sin dificultad las apelaciones interpuestas por las partes, bien hayan estas comparecido ó no á oir como se profería la sentencia y aunque para este efecto se haya señalado dia: y aun puede decirse que, entre nosotros, no tiene la citacion para sentencia mas objeto que el de que las partes ó sus defensores, sabiendo que el juez tiene los autos para dar su fallo, puedan oportunamente prepararse para alegar de viva voz su respectivo derecho, si quieren hacerlo, en la forma prevenida por las leyes. *V. la adic. á la nota 33.

(32) Conc. cap. *consuluit* 24. *de offic. deleg.* donde esplica Felin. cuatro casos de escepcion en que, segun él, no es nula la sentencia aunque proferida de noche, V. al mismo allí y Bald. á las ll. 16. y 20. C. *de transact.*

(33) Añad. l. 5. de este tit. y nótese que esta citacion para sentencia debe ser perentoria, escepto en los juicios sumarios en los cuales no se requiere semejante citacion, segun la Clement. *sæpe* y Glos. allí *de verb. sign.* y debe espresarse en ella que se hace para que las partes oigan proferir la sentencia, sin necesidad, empero, de señalar para ello, hora determinada, pues basta que se señale el dia, cap. *consuluit* 24. *de offic. deleg.* y Alex. á la l. 13. D. *de verb. oblig.* col. ult. y no debe dicha citacion omitirse, aunque se esté en el último dia de la instancia legal [ó del término dentro del cual previenen las leyes que haya de proferirse sentencia y terminarse el juicio] aunque bien podria prescindirse de ella, una vez se hubiese llegado al último dia de la instancia convencional, V. Bald. á la autént. *ei qui appellat* C. *de temp. appell.* debiendo tambien citarse para sentencia aun á los que han sido contumaces en el decurso de la instancia, Glos. al cap. *eum qui, de dol. et contum.* y V. Juan de Plat. á la l. 6. C. *de cohort.* donde inquiere si será necesario asimismo que se cite para sentencia al que ha sido ya citado en general para toda la causa, y si será válida la sentencia proferida en presencia de la parte que no ha sido cita-

Pero ante lo deue fazer escreuir (34) en los actos, e deuelo leer el mismo publicamente, si supiere leer, seyendo assentado (35) en aquel lugar do solia oyr los pleytos, o en otro lugar que sea conuenible para ello. E deue ser dictado el juyzio por buenas palabras, e apuestas, que lo puedan bien entender sin dubda ninguna, e señaladamente deue ser escrito en el, como quita (36), o condena al demandado en toda la demanda, o de cierta parte della, segund el entendiere que fue aueriguado, e razonado ante el; o deue poner otras palabras guisadas, quales entendiere que conuiene a la demanda que fue fecha. Pero si el Judgador non sopiere bien leer, puede mandar a otro que lea el juyzio, el estando delante. Ca abonda que diga, despues que la sentencia fuere leyda, aquellas palabras en

da para dicho efecto, pero que, á pesar de dicha omision, ha comparecido, V. Bart. á la l. 9. D. *de re judic.* Feliu. al cap. 1. *de judic.* col. 8. y Jas. á la l. 1. D. *de in jus. voc.* Y ¿si la parte, hallándose presente al acto de publicarse la sentencia, se hubiese separado antes de acabar la publicacion? V. Bald. á la l. 1. col. 5. C. *de his quæ pœn. nom.* Y ¿si despues de citadas las partes para sentencia fuese el juez removido ó diese comision á otro para fallar? ¿Seria necesario que las citase otra vez el juez sucesor ó comisionado? V. Specul. y Juan Andr. adic. tit. *de sentent.* d. §. versic. *item pone.* ¿En las causas criminales, empero, será tambien necesaria la citacion para sentencia? V. Ang. tratad. *maleficior.* vers. *qui judex commissit præconi.* * La citacion de las partes para sentencia, á pesar de no tener entre nosotros la misma importancia que antes tenia, como se ha dicho en la adic. á la nota 31., no ha dejado por eso ni debia dejar de ser considerada como una de las solemnidades esenciales é indispensables, para la validez de las providencias asi definitivas, como interlocutorias con fuerza de definitivas. En este concepto, pues, no podemos pasar por alto algunas de las cuestiones que, sin resolverlas, propone el Glosador en la presente nota, sobre las cuales ó sobre las mas importantes de ellas emitirémos nuestro juicio por el mismo órden con que vienen indicadas. Relativamente al caso en que, habiéndose dejado de citar á las partes ó á alguna de ellas para sentencia, hubieren aquellas comparecido en el acto de la publicacion, acudido á informar de viva voz por sí ó por sus defensores, ó de otra manera manifestado que estaban enterados del estado del negocio ó de tener el juez los autos para dar su fallo, no dudamos afirmar que seria válido el que se profiriese y que como tal deberia sostenerse á tenor de la l. 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec. segun la cual no se deben declarar nulas las sentencias, aunque proferidas sin observarse las formalidades legales, aun las que son *de la solemnidad y substancia de la órden de los juicios*, mientras que, á pesar de ello, aparezca del proceso *hallada y probada la verdad del fecho;* y á menos que antes de proferirse la sentencia alguna de las partes hubiese infructuosamente reclamado el defecto de la formalidad omitida. = Cuando el juez, despues de citadas las partes para sentencia, fuere removido ó comisionare á otro para dar el fallo, consideramos muy oportuno que el juez sucesor ó comisionado mande citar nuevamente á las partes; bien que la ley que no ha previsto ese caso no le obliga á ello, y podrá por lo tanto dejar de hacerlo sin perjuicio de ser válida la sentencia que profiriere: y decimos creer oportuno el que lo haga, porque si la referida citacion tiene en el dia por principal objeto el de que las partes enteradas del estado de la causa puedan resolver si les conviene ó no informar de viva voz y prepararse, en caso afirmativo, para hacerlo, de poco les serviria el haber sido citadas, si despues de ello se mudase, sin su noticia, la persona del juez, cuyas personales circunstancias pueden haber influido en la resolucion tomada por aquellas. = En las causas criminales está espresamente prevenido que se haga tambien la citacion para sentencia, por la regla 12. art. 51. del Reglam. prov. para la admin. de just. Pero, habiéndose restablecido en 30 de agosto de 1836. la ley de 4. de octubre de 1820., pretenden algunos prácticos que ha quedado derogada, en esta parte, la espresada disposicion del Reglam. por establecerse en el art. 13. de la citada ley que en los juicios criminales la recepcion de los mismos á prueba haya de ser con la precisa *calidad de todos cargos*, esto es, entendiéndose hechos por la misma los de publicacion, conclusion en causa y citacion para sentencia. Y esta opinion es en la práctica la mas generalmente recibida, á pesar de contradecirla algunos ilustrados escritores. Téngase, empero, presente que en todos los casos en que no se haya pedido prueba, dejará de ser aplicable lo dispuesto en d. ley de 1820. y por consiguiente no habrá motivo alguno para que deje de observarse lo prevenido en el Reglam. y de hacerse la citacion para sentencia.

(34) Conc. l. 1. C. *de sentent. ex peric. recit.* y cap. ult. y Glos. allí, *de re jud.*

(35) Añad. l. 5. de este tit.

(36) * V. las adiciones á las notas 65. y 111.

que es la fuerça della; como da por quito (37), o condena aquel contra quien fue fecha la demanda. Otrosi dezimos; que quando el Rey, o alguno de sus Adelantados quisiere dar juyzio, que bien puede mandar a otri que lea el juyzio por ellos, maguer sepa leer. Ca abonda, por honrra (38) de su oficio, que ellos lo manden escreuir, e leer ante si.

LEY 6. *Quales Juyzios son valederos, maguer non sean escritos.*

En escripto diximos en la ley de suso, que deue todo Judgador dar su juyzio acabado. Pero pleytos y ha, que pueden ser judgados sin escrito, e por palabra tan solamente. E esto seria, quando la demanda fuesse de quantia de diez marauedis (39) ayuso, o sobre cosa que non valiesse mas desta quantia; mayormente quando tal contienda como esta acaesciesse entre omes pobres (40), e viles. Ca a tales como estos deuelos el Judgador oyr, e librar llanamente (41), de guisa que non ayan a fazer costa, e mission (42) por razon de las Escrituras. E esto mismo dezimos que deue ser guardado, quando los Oficiales dan cuen-

de este tit.

(37) Añad. l. 2. de este tit. y Glos. á d. cap. ult. *de re jud.*

(38) Conc. l. 2. C. *de sent. ex peric. recit.* cap. ult. *de re judic.* y Glos. allí.

(39) Conc. autent. *nisi breves* C. *de sent. ex peric. recit.* y V. lo anotado á la l. 41. tit. 2. de esta Part. declarándose aqui y en dicha ley cuáles son los negocios que se reputan viles ó menores por razon de su cuantía, esto es, los que no pasan de diez maravedis, y estos en mi concepto deben ser de los de oro de Castilla. Por derecho comun se dejaba esa calificacion al arbitrio del juez, segun la Glos. á d. autent. y V. Aug. y Alber. allí y Bart. Juan de Plat. á la l. 9. D. *de annon et tribut.* donde fundándose en dicho texto, opinan deber considerarse como de menor cuantía los negocios, cuyo total importe no llegaria á igualar las costas del procedimiento. *V. nota 226. tit. 2. de esta Part.

(40) Y esto solo seria suficiente, segun la Glos. y Bart. á la *Novell.* 17. cap. 3. vers. *si tamen*, *collat.* 3. y Aug. á d. autent. *nisi breves*; de manera que basta para dicho efecto el que la causa sea de poca cuantía ó que los interesados sean pobres; y asi lo pretenden Salic. y Abb. al cap. 1. col. penult. *de libell. oblat.* y lo confirman las palabras de nuestra ley aqui: *Ca a tales como estos* etc. * V. d. nota 226. tit. 2. de esta Part.

(41) Y sin escrito: pues en tales casos se creerá á la palabra del juez, segun Bart. á d. autent. *nisi breves*, ó podrá este por sí mismo escribir la sentencia, segun el propio Bart. á la l. 14. §. 1. C. *de sacros. eccles.*; donde añad. que lo mismo podrán hacer los arbitradores á quienes, en la escritura de compromiso, se haya facultado para proceder por escritos ó de palabra; bien que lo contrario, y con razon, sostiene Aug. allí. En las reales audiencias no se observa lo dispuesto en la presente ley: sino que los pobres no pagan derechos á los escribanos y son defendidos por abogados asalariados por el Rey: espidiéndose á favor de ellos la provision ordinaria para que no se les tenga encarcelados por lás costas y se les ponga en libertad: V. un text. notab. en d. *Novell.* 17. *collat.* 3. cap. 3. y la Glos. allí y el §. 24. *Instit. de action.* y Glos. á la l. 28. C. *de Episcop. audient.* Paréceme, empero, mas equitativo que tambien en los negocios de los pobres se proceda por escrito, aunque sin exigirles derechos sino en el caso de que vengan á mejor fortuna; cuya práctica es preferible á la de proceder verbalmente y estarse á la simple palabra del juez, como viene á indicarlo nuestra ley al decir: *Que non ayan a fazer costa* etc. con lo cual no se escluye el procedimiento escrito, sino que se prescribe que no se exijan derechos á los pobres. Añad. á lo dicho lo anotado por Bald. al cap. *quoniam contra* col. penult. *de probat.* vers. *ultimò unum scias*, donde limita é interpreta la doctrina de Bart. á d. autent. *nisi breves*, diciendo que si bien en los negocios de los pobres no se requiere la solemnidad de la escritura, pero es indispensable alguna formalidad ó autenticidad de las actuaciones lo mismo que en las causas sumarias, Clement. *sæpe*, *de verb. signif.* ó que á lo menos en dichas causas de menor cuantía es necesario que las partes estén presentes y que conste lo actuado, no solo por la asercion del juez, sino por el juramento de las partes; de suerte que, hallándose alguna de ellas ausente, se haya de proceder por escrito, no como medio de informar al juez, sino como medio de probar que se le ha informado, lo cual debe tenerse muy presente y tambien las notables doctrinas de Felin. al cap. *ecclesiæ Sanctæ Mariæ* col. 12. *de constit.* *En el dia en los pleitos ó causas de pobres se procede con igual formalidad que en las de ricos, y siempre por escrito; á menos que se trate de alguno de aquellos negocios que por su poca cuantía está prevenido hayan de sustanciarse y decidirse de palabra, cualesquiera que sean los interesados en los mismos: V. d. nota 226. tit. 2. de esta Part.

(42) Están, pues, exentos de pagar dere-

ta (43) de lo que fizieron en sus oficios; o quando algun Obispo (44) oyere, o librare pleytos entre sus Clerigos.

LEY 7. *Quales pleytos deue librar el Judgador por sentencia llanamente, maguer non sepa de rayz la verdad dellos.*

Escodriñada, e sabida la verdad del pleyto, deue el Judgador dar su juyzio, ássi como de suso (45) mostrámos. Pero pleytos y ha, que el Judgador non ha por que fazer gran escodriñamiento, si non oyrlos, e librarlos llanamente. E esto seria, quando algun huerfano (46) menor de catorze años, o otro por el, demandasse al Judgador, que le entregasse, assi como a heredero, de los bienes que fueron de su padre (47), e aquel que fuesse tenedor dellos respondiesse, que non era su fijo de aquel de quien se razonaua, e por ende non deue ser entregado dellos; (*a*) que tal pleyto como este deue oyr el Judgador llanamente, e si fallare por algunas razones, o señales, maguer non sean mucho (*b*) afincadas nin que prueuen el fecho (48) claramente, que este fuera fijo de aquel cuyos bienes demandaua, e deue por juyzio mandar apoderarlo al huerfano de la tenencia de aquellos bienes: pues que por alguna presumcion se muestra, que fuera fijo de aquel, de cuyos bienes demandaua ser apoderado. Pero saluo finca a su contendor, de poder mostrar, e razonar contra el huerfano, si era fijo de aquel en cuyos bienes era apoderado, o non: mas tal pleyto como este non le puede mouer, fasta que sea de edad de catorze años (49), si el huerfano de su voluntad non quisiesse responder a ello. E esto pusieron los Sabios antiguos por pro del huerfano. Ca si los que lo han en guarda, entienden que es mas su pro (50), de entrar luego en el pleyto, porque ha sus prueuas ciertas, e son viejas, o se teme que se yran a tierras estrañas; es en su escogencia, de poder seguir tal pleyto luego. E si por auentura a aquella sazon ouiesse el huerfano enemigos, o estoruadores, e non ouiesse las prueuas, o defensiones tan ciertas como le eran menester; entonce bien puede el huerfano callar, e non es tenudo de responder al pleyto, fasta que sea de la edad sobredicha, criandose en los bienes de que fue entregado; e despues quando fuere desta edad se podra mejor amparar por si, o por sus parientes, o por sus amigos. E esto mismo dezimos que deue ser guardado, quando alguna muger finca preñada de su marido que fino, e demanda al Judgador en nome de aquella criatura que tiene en el vientre, quel entreguen de los bienes que fueron de su marido, e los tenedores dellos dizen, que non fue su muger legitima, o que non fincara preñada del. Que dando ella prueuas, o presumciones, que era su muger legitima, e que fincara preñada del; maguer las prueuas fuessen dubdosas (51), e non lo dixessen claramente, deue ser apoderada por juyzio, de

(*a*) ca tal pleito etc. Acad.
(*b*) afinadas Tol. 2. B. R. 2.

chos al juez y al escribano, como se ha dicho en la nota prox. antecedente. *V. art. 2. Reglam. prov. para la admin. de just.

(43) Esto es, cuando son residenciados, *Novell.* 8. cap. 9. *collat.* 2. donde propone la Glos. otros varios casos. Añad. la Glos. al cap. ult. *de re judic.* y Ang. y Alberic. á d. autent. *nisi breves*: y de aqui procede el capítulo de los jueces de residencia, en el cual se previene al escribano de los mismos que facilite, sin derechos y á sus costas, copia de las pesquisas secretas formadas contra los jueces residenciados, V. allí. *Y V. nota 31. tit. 4. de esta Part.

(44) V. cap. ult. *de re judic.*

(45) L. 3. de este tit.

(46) Conc. l. 3. §. 5. D. *de Carbon. edict.* y l. ult. C. d. tit.

(47) Pues, tratándose de bienes maternos ó fraternos, aunque se difiere la cuestion de estado para el tiempo de la pubertad, no se da, empero, la posesion por el edicto Carboniano, l. 6. princ. D. *de Carbon. edict.*

(48) Y la sumaria informacion exigida aqui por nuestra ley puede tambien ministrarse ante un juez lego, segun Bald. á la l. ult. C. *de Carbon. edict.* y á la l. 6. col. ult. D. *de his qui sui vel alien. jur.* Anton. de Butr. al cap. *cum sit generale*, col. 3. *de for. compet.* y Alex., citando á otros varios, á la l. 3. col. 4. versic. *quintò fallit.* D. *solut. matrim.* ¿Tendrá, empero, lugar lo dispuesto aqui respecto de los bienes feudales? Asi lo opina Bald. al cap. 1. *an agnatus*, *vel filius defuncti*: y tambien Jason hácia el fin de la rúbrica C. *de Carbon. edict.*

(49) Una vez, empero, llegado á la pubertad aquel á quien se hubiere promovido semejante cuestion de estado, ¿deberá ser considerado en ella, como actor ó como convenido? V. l. 6. §. ult. D. *de Carbon. edict.*: y la l. 1. pr. D. d. tit. que concuerda con la presente de Partida.

(50) Conc. l. 3. §. 5. D. *de Carbon. edict.*

(51) Conc. l. 1. §. 14. y 15. D. *de ventr. in possess. mit.*; y tambien en los feudos tiene lugar la inmision en posesion de que se habla en nuestra ley de Part., Bald. al cap.

aquellos bienes que demanda en nome de aquella criatura, de que es preñada: e puede biuir, e mantenerse en ellos. Pero saluo finca su derecho, a aquellos que eran tenedores dellos, si quisieren despues mostrar alguna razon derecha, por que non los deua heredar, assi como sobredicho es. E esso mismo dezimos que deue ser guardado, quando el fijo demanda al padre, que le de lo que es menester para su vida, e el padre dixere, que el non gelo quiere dar, porque non era su fijo; atal pleyto como este deuelo el Juez librar ligeramente (52), en la manera que de suso diximos de los otros. E otrosi dezimos, que quando alguno demanda al Judgador, que le assiente por mengua de respuesta en los bienes de su contendor; que deue el Judgador saber llanamente, ante que le mande assentar por juyzio, el derecho que ha contra su contendor, por carta que le muestre, o por jura quel faga, que aquella demanda non la faze maliciosamente: e despues desto puedele mandar assentar, en la manera que diximos en las leyes que fablan de los Assentamientos (53). Esso mismo dezimos que deue ser guardado, quando alguno pide al Judgador, que mande por juyzio al demandado, que muestre antel la cosa mueble quel demanda, e el demandado dize, que non ha por que lo mostrar, porque non ha el demandador ningund derecho en ella: tal contienda como esta deue el Juez librar llanamente, tomando jura (54) al demandador, que por esso demanda aquella cosa, que parezca, porque cuyda que ha algund derecho en ella. E de si deue mandar por juyzio, que parezca aquella cosa, en la manera que de suso mostramos, en las leyes que fablan en esta razon. Otrosi dezimos, que quando algund Juez manda entregar al demandador por razon de alguna debda en los bienes del demandado, e acaesce que alguno otro diga, que aquellos bienes, en que manda fazer la entrega, non son suyos del demandado; que aqueste que fiziere la entrega, deue saber la verdad llanamente, e si entendiere que aquellos bienes non son del demandado, deuelos dexar (55), e tomar otros. E aun dezimos, que si alguno dexa en su manda, que den a otro alguna cosa de lo suyo, assi como viña, o tierra, o otra cosa, e pusiere y alguna condicion, o algun dia señalado en que gelo den; si ante que la condicion venga, o el dia, este pidiere a aquel que tiene la manda, quel de fiador que le entregue lo que le fue mandado, quando fuere aquel dia, o quando la condicion viniere, assi como el testador mando; e la otra parte le dixere, que esto non lo puede fazer, ca lo demanda maliciosamente; que tal contienda como esta deue el Juez llanamente (56) deliberar sin alongamiento ninguno, en la manera que de suso diximos de los otros.

LEY 8. *Como el Judgador deue condenar en su Juyzio al vencido, en las costas que fizo su contendor.*

Los que maliciosamente, sabiendo que non han derecho en la cosa que demandan, mueuen a sus contendores pleytos sobre ella, trayendolos en juyzio, e faziendoles fazer grandes costas, e missiones, es guisado, que non sean sin pena, porque los otros se recelen de lo fazer. E porende dezimos, que los que en esta manera fazen demandas, o se defienden contra otro, non auiendo derecha razon por que lo deuen fazer, que non tan solamente deue el Judgador dar por vencido en su pleyto en el juyzio de la demanda, al que lo fiziere, mas aun lo deue condenar en las cos-

unic. *an agnatus vel filius*: fundándose lo dispuesto aqui, segun Bart. á la l. 3. §. 4. D. *de Carbon. edict.*, en que, se trata en semejantes casos de ocasionar ó inferir un perjuicio muy leve y reparable en el ulterior juicio de propiedad; pues, si no fuese asi, y se tratase de prejuzgar definitivamente la cuestion ó el derecho respectivo de las partes, no bastarian esas pruebas ó informaciones, aunque se procediese sumariamente.

(52) Conc. l. 5. §. 8. D. *de liber. agnosc.*

(53) L. 2. tit. 8. de esta Part.

(54) Conc. l. 3. vers. *judex igitur summatim* y Glos. allí D. *ad exhib.*

(55) Conc. l. 15. §. 4. D. *de re judic.*

(56) Conc. l. 3. §. 1. D. *ut in possess. legat.* segun la Glos. á d. l. 3. vers. *summatim.* D. *ad exhib.* *En la presente ley se determinan los negocios que pueden decidirse en juicio sumario, siendo de notar que en la práctica, se aplica ese procedimiento privilegiado á algunos otros casos, á mas de los aqui espresados; como, por ejemplo, á todas las demandas de alimentos, aunque no sean puestas por hijos contra sus padres, sino por hermanos contra hermanos ú otras personas. Conviene, empero, advertir que lo fallado en semejantes juicios sumarios tiene siempre el carácter de provisional y se entiende sin perjuicio de mejor derecho, como en esta misma ley se indica y mas particularmente por el Glosador en la nota 51. Asi en los juicios sobre

tas (57) que fizo la otra parte por razon del pleyto. Empero, si el Juez entendiere, que el vencido se mouiera por alguna derecha razon, para demandar, o defender su pleyto, (c) non ha por que mandar quel pechen las costas. E esto seria, quando alguno que fincasse por heredero de otro, demandasse, o defendiesse en juyzio, por razon de aquellos bienes que heredo; o si alguno otro fiziesse demanda, o se amparasse, en razon de alguna cosa que le fuesse dada, o que el ouiesse comprada, o cambiada a buena fe, creyendo que aquel que gela diera, auia poderio de la enagenar; o si en otro pleyto qualquier y

(c) non ha porque le mandar que peche las costas: Acad.

prestacion de alimentos, previa una sumaria informacion, se empieza por proveer una asignacion alimenticia interina por todo el tiempo que esté pendiente el pleito: asi tambien se provee la interina separacion de los consortes durante la causa de divorcio, cuando ofrece algun grave peligro el que continúen reunidos; y, por punto general, en todos los casos urgentes se procede sumariamente y por via de interinidad á precaver los daños que despues serian irreparables, sin perjuicio de lo que haya de resultar del juicio principal y ordinario.

(57) Conc. l. 13. §. 3. C. *de judic.* l. 79. D. d. tit. cap. *calumniam* 4. *de pœnis* y princ. Instit. *de pœn. tem. litig.* V. sobre el particular á Specul. tit. *de expensis* §. *nunc videndum* y §. *postremò*, donde trata varias notables cuestiones, y á Luc. de Pen. á la l. unic. C. *de sumpt. recup.* donde habla de las costas en la instancia de apelacion y de otros muchos puntos referentes á la misma materia. Añádase tambien que lo dispuesto aqui procede igualmente en las causas criminales, Bald. á la l. 4. C. *de fruct. et lit. expens.* cuyo texto puede verse, y Abb. allí, y Juan de Ana al cap. *accedens* 23. *de accus.* fundándose en lo dicho por Bald. y Salic. á la l. 3. C. *de his qui accus. non poss.* y V. Bald. á d. l. 4. Añad. tambien que no se condena al vencido en los daños y menoscabos sufridos por las cosas del vencedor, Glos. admirable, segun Bart. allí, á quien puede verse, á la l. 1. D. *de alien. jud. mut. caus. fact.* Y, sobre si debe condenarse al vencido en haber de indemnizar al vencedor de los perjuicios que reclame por habérsele distraido de sus negocios con el seguimiento del pleito, V. la Glos, á la l. 18. D. *rem rat. hab.* que Bart. allí califica de singular y pretende que en efecto debe imponerse al vencido la indemnizacion referida: y asi, siendo el vencedor un artesano á quien con el pleito se hubiere privado de ganar con el ejercicio de su profesion, deberá la parte contraria resarcirle aquel perjuicio: lo cual, empero, jamas he visto que en la práctica se observase, á pesar de que dice Paul. de Castr. allí ser aquella doctrina digna de tenerse perpetuamente en la memoria, y lo propio opina Specul. d. §. *postremò*, vers. *quid si victor artifex est.* y Juan Andr. adicion allí, donde, despues de Odofred., esplica la referida opinion, diciendo deber entenderse cuando el vencedor hubiese acostumbrado alimentarse con los productos de su profesion, en cuyo caso deberán abonársele por via de alimentos; otramente no: y en este sentido es efectivamente justa y equitativa la doctrina de la Glos. y Specul. como lo es tambien la de que no se condene al vencido al pago de las costas estrínsecas, sino únicamente de las procesales, cuando aquellas se abonan por razon de la victoria obtenida, segun Bald. á la l. 1. §. ult. col. 2. D. *si quis jus dic. non obtemp.* y V. Jas. allí. Los alimentos, empero, vienen siempre comprendidos en aquella condena de costas, segun la distincion adoptada por la l. 11. §. 1. D. *ad exhib.*; esto es, siempre que por razon de los mismos hubiere gastado el litigante mas de lo que habria debido gastar en su casa, Bart. á d. l. 79. D. *de judic.* Mas ¿qué deberia decirse cuando el vencedor hubiese sido, durante el pleito, hospedado por un amigo ó patrocinado gratuitamente por un abogado? V. Alberic. á d. l. 11. §. 1. D. *ad exhib.* y Specul. d. §. *postremò*, vers. *quid si victor habuit*, donde distingue de casos, segun el abogado defensor hubiere prestado su patrocinio con ánimo de donar sus honorarios ó sin él. Y ¿cómo deberán repartirse las costas cuando las dos partes hayan obtenido respectivamente victoria en distintos capítulos de la sentencia? V. Bart. á la *Novell.* 82. cap. 10. hácia el fin *collat.* 6. y Alex. consil. 41. col. 1. vol. 4. Añádase tambien á lo dicho que en cualquier artículo incidente ó emergente del punto principal. procede el condenar al vencido en haber de pagar las costas al vencedor. V. Bald. á la l. 15. C. *de judic.* y á la l. 5. §. ult. hácia el fin. C. *de appell.* Y el que hubiere promovido una pesquisa ¿deberá pagar las costas á aquel que hubiere sido objeto de la misma? V. Bald. á d. l. 15. y á d. l. 4. C. *de fruct. et lit. expens.* y V. tambien lo anotado á la l. ult. tit. 17. de esta Part.: siendo de advertir que jamas debe obligarse al vencido á que pague al vencedor las costas que este hubiere hecho sin necesidad, segun Nicol. de Nap. á la l. 1. §. 3. D. *de tut. et ration. dis-*

fuesse ya fecha la jura (58) de la Manquadra, a que dizen en latin juramentum de calumnia: en qualquier destas cosas (59) non deue el Juez condenar al vencido en las costas que fizo el vencedor: porque todos deuen asmar, que tales pleytos como estos, aquellos que los demandan, o que los amparan, que lo fazen a buena fe, cuydando que han derecho de lo fazer; e mayormente, quando la jura sobredicha es fecha en el comenҫamiento del pleyto. Ca entonce non deue sospechar, que aquel que jura, oluide la salud de su alma.

trah. *V. las adicion. á las dos notas próximas siguientes.

(58) Pruébase con esto que el juramento de calumnia exime al que lo hubiese prestado de ser condenado en las costas; sobre lo cual, habia, por derecho comun, muy diversas opiniones, segun Abb. al cap. *finem litibus* col. 7. *de dolo et contum.*, aprobándose en la presente ley la de la Glos. á la *Novell.* 82. cap. 10. *collat.* 6. á la l. 78. §. 2. D. *de legat.* 2. y á d. cap. *finem litibus*; aunque los DD. pretenden comunmente que, si bien el referido juramento escluye la presuncion de calumnia, pero no la temeridad en el litigar, ni exime del pago de las costas que se abonan por razon de la contumacia, como se declara en la l. 15. C. *de judic.* y asi se observa en la práctica: pues, de otro modo, y como, por punto general, se presta en todos los pleitos aquel juramento, resultaria que jamas habria condena de costas á favor del vencedor: por lo que deberá entenderse lo que se dispone en esta ley tan solo para los casos en que no se haya litigado temerariamente, ó en que no constare de otra manera la calumnia de la parte que ha sucumbido: pues, como aquella disposicion se funda en la presuncion de buena fe que importa el juramento prestado, puede esta ser escluida por contrarias presunciones; V. Alex. á la l. 3. notab. 4. D. *de jurejur.* y á la l. 13. §. 6. C. *de judic.* *V. la adicion á la nota prox. siguiente. ¿Qué deberia, empero, decirse cuando de las pruebas ministradas resultara plenamente convicta de perjurio la parte que hubiese prestado el juramento de calumnia? En tal caso cederia á la verdad probada la piadosa presuncion de la ley de que *aquel que jura non oluida la salud de su alma*: y por consiguiente con doble motivo deberia ser este condenado en costas, en calidad de litigante temerario y de perjuro: de suerte que lo dispuesto en nuestra ley aqui, ó sea el que el juramento de calumnia induzca la presuncion de haber justo motivo de litigar y escuse la condenacion de costas, debe entenderse á menos que haya prueba plena en contrario.

(59) Véase, pues, como la justa causa de litigar escusa tambien de la condena de las costas: añad. l. 78. §. 2. D. *de legat.* 2. y Specul. tit. *de expensis*, §. *nunc videndum*, hácia el fin, y la Glos. y DD. al cap. *finem litibus*, *de dolo*, *et contum*: y por justa causa de litigar se entiende la incertidumbre del hecho que es objeto del pleito ó la circunstancia de haberse disfrazado ú ocultado la verdad del mismo [en perjuicio de la parte que despues ha sucumbido]: porque, desde el momento en que alguno tiene en favor suyo un título hereditario, por ej. ú otro que sea justo, está en buena fe hasta que su adversario justifique su derecho destructivo de aquel título; arg. l. 2. D. *de condict. indeb.* y lo anotado por Bald. á la l. 52. col. 3. C. *de Episcop. et cleric.* donde esplica cuáles son los puntos de derecho que deben calificarse de ambiguos y constituyen justa causa de litigar; y qué es lo que deberá decirse cuando la prueba que el vencido hubiere ministrado de su derecho haya sido despreciada, no por razon de los dichos, sino por las personas de los testigos, concluyendo, en suma, que debe dejarse al arbitrio del juez el decidir si se ha litigado ó no con justa causa: y añád. al mismo Bald. á la l. 1. C. *de advoc. divers. judic.* donde trata de si bastará para no ser calificado de temerario el haber tenido á su favor la declaracion de un testigo. Nótese, empero, qué si hubiere precedido promesa de pagar las costas, deberá obligarse al vencido á pagarlas, aunque haya litigado con justa causa, segun la Glos. á d. *Novell.* 82. cap. 10. *collat.* 6.; y V. sobre lo mismo á Alex. consil. 37. col. ult. vol. 2. y consil. 45. vol. 4. Añád. tambien que aunque esté prevenido por algun estatuto el que el vencido haya de pagar las costas al vencedor, deberá entenderse tan solo para el caso de haber litigado aquel sin justa causa, segun Paul. de Castr. consil. 16. vol. 1. col. ult. que empieza *si ponderarentur*, y corrobora la nueva ley por la cual en segunda instancia debe el que sucumbe ser condenado en las costas [dd. l. 2. y 3. tit. 19. lib. 11. Nov. Recop. y V. la adic. á la presente nota]. Pero ¿qué deberia decirse, cuando la parte vencida hubiese tenido justa causa de litigar respecto de algunos de los puntos controvertidos y no respecto de otros? V. Abb. á d. cap. *finem litibus* col. 8. y 10. despues del principio. Y ¿si alguna de las partes hubiese renunciado al pleito? V. Bart. y Ang. á la l. 10. D. *de judic.* y Abb. á d. cap. donde trata sobre la materia otras varias cuestiones. * Sobre los casos en que debe condenarse al

LEY 9. *Quando, e como el Judgador puede dàr el Juyzio, maguer el demandador non fuesse delante.*

Acaesce (60) a las vegadas, que los demandadores, despues que el pleyto es comen-çado (61) por demanda, e por respuesta, non lo quieren lleuar adelante, e desamparanló pör pereza, o maliciosamente a sabiendas, entendiendo, que non han reçabdo con que puedan prouar su intencion: en tal caso como este dezimos, que si el demandado siguiere al Judgador, e pidiere que vaya adelante por el pleyto; que estonce deue emplazar al demandador, que venga ante el, a seguir su

actor ó al reo al pago de las costas en primera instancia, V. la l. 4. tit. 19. lib. 11. Nov. Recop. En el dia, empero, puede decirse que, como oportunamente observa nuestro Glosador aqui, ha quedado ese punto sujeto esclusivamente al prudente arbitrio de los jueces, los cuales, con arreglo á lo establecido en la presente ley de Partida, imponen ó dejan de imponer el pago de las costas, segun consideran que son notoriamente infundadas y temerarias las pretensiones del vencido, ó al contrario que han podido apoyarse, aunque improcedentes, en alguna apariencia de razon, de suerte que, segun la espresion de la misma ley, *se mouiera el vencido por alguna razon derecha* á litigar. Por lo que hace á las instancias de apelacion, en la l. 6. tit. 15. lib. 2. del Fuero Real, que hoy es la 2. tit. 19. lib. 11. Nov. Recop. estaba prevenido que siempre se condenara en costas al apelante, cuando se confirmase la sentencia apelada, y V. tambien sobre lo mismo la l. 3. de dd. tit. y lib. N. R. Pero entrambas leyes han caido en desuso, en esta parte, y hoy en las instancias de vista y revista, lo mismo que en las primeras, solo se condena al apelante ó suplicante al pago de las costas, cuando se considera haber sido temeraria y del todo infundada la apelacion ó súplica interpuesta, debiéndose tener en consideracion para calificar la mayor ó menor justicia de los recursos, no solo el estado de la cuestion tal como se habia propuesto en la pasada instancia; sino tambien los datos que quedaban consignados en los autos al proferirse la sentencia apelada ó suplicada; porque puede muy bien ser un litigante temerario en grado de vista ó de revista, sin haberlo sido en primera instancia. Cuando se revoca la sentencia apelada ó suplicada, jamas se debe, por punto general, condenar en costas á la parte que la habia obtenido, ya por no poderse calificar racionalmente de temeridad el sostener unas pretensiones que un juez ó tribunal ha declarado justas y procedentes, ya porque asi está espresamente dispuesto en la citada l. 2. tit. 19. lib. 11. Nov. Recop. Podria, no obstante, suceder que se tratase de una condena de costas, no en pena de la temeridad en litigar, sino en cumplimiento de una promesa contenida en el título de la demanda que se hubiese desatendido en la pasada ó pasadas instancias, y en tal caso creemos que podria condenarse al demandado al pago de dichas costas en grado de vista ó de revista, á pesar de habérsele absuelto en la instancia ó instancias anteriores: y asi lo hemos visto observado en la práctica. En los negocios de comercio están espresamente determinados los casos en que debe imponerse la condena de costas, V. arts. 165. 168. 413. y 434. de la ley de 24. de julio de 1830.

(60) Conc. l. 13. §. 2. C. *de judic.* bien que por nuestra ley aqui no se exige que haya transcurrido el triennio, para poder el demandado instar la prosecucion de la causa en ausencia y rebeldía del actor, como lo exigia d. l. 13. : y V. en Abb. al cap. *causam quæ* col. últ. *de dolo et contum.* los cuatro remedios que puede intentar el convenido contra el demandante contumaz; pudiendo añadirse lo que espresa Bald. á la l. 2. col. 1. y 2. C. *de annal. except.* * V. nota 50. tit. 7. de esta Part. y adic. allí.

(61) Asi, pues, es necesario para que tenga lugar lo dispuesto en esta ley, que esté el pleito contestado; pues otramente no se podrian recibir testigos, ni procederse para definitiva, cap. *quoniam frequenter* 5. §. *in aliis* 6. y §. ult. *ut lit. non contest.* y l. 2. tit. 16. de esta Part.; bien que, segun la Glos. y los DD. á d. cap. *causam quæ*, aun antes de la contestacion del pleito, pueden recibirse testigos y proferirse sentencia definitiva contra el actor contumaz, por ser la ausencia y rebeldía de este mas punible que la del convenido, de suerte que tan solo, siendo este el ausente, debe esperarse para proceder adelante que esté contestado el pleito, por las razones que espone la misma Glos. allí: y esta es la comun opinion de los Legistas á la autént. *qui semel*, *quomod. et quand. jud.* y Glos. al cap. *quicumque intra* 11. quest. 3. estando tambien asi establecido por derecho de Partidas, l. 6. tit. 16. de esta Partida, bien que no deben concederse los dilatados términos que prescribia d. autént. *qui semel*, como no se observan por derecho canónico, segun dicen Ant. y Abb. á d. cap. *causam quæ* col. 5. * V. las notas 27. y 28. d. tit. 16. de esta Part. donde se esplican los casos en que,

pleyto, e a oyr el juyzio. E si por auentura non viniere al plazo (62) que le fuere puesto, deue el Juez catar los actos (63) que passaron por aquel pleyto: e si fallare que el demandador ouo plazos a que pudiera prouar su intencion, e non lo fizo, o que dio algunas prueuas, en que non prouo claramente lo que deuia; estonce deue el Juez dar por quito al demandado, de la demanda principal (64) que le fazian. Mas si el Juez fallare en los actos, que el demandador non ouiera plazos guisados en que pudiesse prouar su intencion, o entendiesse otra dubda en ellos, por que non se atreuiesse a dar el juyzio; entonce puede quitar al demandado, que non sea tenudo de responder al demandador, en razon de aquellos actos (65) que passaron por este pleyto; mas non le deue dar por quito de aquella cosa quel demandaua. Otrosi deue condenar al demandador, porque non quiso venir a seguir el pleyto (66), en las costas, e en las missiones que fizo el demandado por razon del. Pero si el demandador despues desto viniere delante el Juez, e quisiere fazer de nueuo su demanda, de la cosa que primero demandaua, bien lo puede fazer, pechando primeramente las costas al demandado, en la manera que fueron judgadas; mas non se puede el demandador ayudar de ninguna cosa que fuesse escripta en los actos del pleyto primero, porque el demandado fue dado en juyzio por quito dellos: mas si el Juez fallasse en los actos del pleyto, que el demandador que non era presente, prouara bien, e claramente su intencion, e el demandado lo siguiesse, que diesse el juyzio; dezimos, que lo pueda

sin estar contestada la demanda, se procede en rebeldía del actor y á instancia del convenido, esto es, cuando este haya tratado de defenderse oponiendo escepciones dilatorias, á las que por su incomparecencia no haya replicado el actor: pues no siendo asi y habiendo el convenido opuesto escepciones perentorias, habria quedado por el hecho mismo contestada la demanda.

(62) Requiérese, pues, para que proceda lo dispuesto aqui que se haya citado al actor que no insta la prosecucion del pleito; y lo propio se establece en el cap. *causam quæ* 3. *de dolo et contum.* y en d. l. 13. §. 2. C. *de judic.* ¿Qué deberia, empero, decirse cuando el actor dejase de comparecer en alguna Real audiencia, despues de haber propuesto su demanda por *caso de Corte*, y obtenido las letras citatorias, en virtud de las cuales, hechas saber al convenido, hubiese comparecido este? ¿Podria procederse á definitiva y absolver á dicho convenido, sin necesidad de nueva citacion? V. una notable decision de los SS. de la Rota, (es la 402. que empieza *si actor*, en las nuevas decisiones): bien que será mejor, aun en dicho caso, que se cite nuevamente al actor, segun d. l. 6. tit. 16. y l. 23. tit. 1. de esta Part. pudiendo verse á Abb. al cap. *causam quæ*, col. ult. *de dolo et contum.*

(63) Esto es las actuaciones ordenatorias de la demanda y otras semejantes, las cuales, únicamente son las que, despues de la absolucion del reo proferida en ausencia y rebeldía del actor, quedan absolutamente sin efecto; no las actuaciones probatorias: antes bien estas, bien consistan en documentos bien en deposiciones de testigos, quedan todavía subsistentes y podrán producirse y harán fe en un nuevo juicio; sobre lo cual, empero, V. Bart. á la l. 2. D. *judic. solv.* y á la l. 2. C. *de edend.* y Bald. á d. l. 13. §. 2. C. *de judic.* hácia el fin, donde espresa que lo que acaba de decirse acerca de la prueba de testigos debe entenderse, con tal que fueren estos publicados: y añad. tambien que aun los actos simplemente ordenatorios producen asimismo algun efecto, como es el de constituir en la clase de litigiosa á la cosa que ha sido objeto de la demanda y el de interrumpir la prescripcion, porque en cuanto á eso son actos verdaderamente consumados y subsisten hasta despues de la absolucion del convenido, Glos. á d. l. 13. §. 2. vers. *judicii.*

(64) Apruébase con esto la doctrina de Placentin. impugnada por la Glos. á la l. 13. §. 2. C. *de judic.*; debiendo tenerse presente lo dispuesto aqui, porque la opinion contraria de la Glos. era la mas comun, segun Alex. y Jason allí y Juan Andr. al cap. *calumniam, de pœnis*; cuyo texto confirma en gran manera la de Placentino. Y ¿qué deberia decirse cuando el objeto principal de la demanda fuese una cosa en especie? En tal caso deberá autorizarse al convenido para que la retenga en su poder, V. Alex. á d. l. 13. §. 2.

(65) *Hé aqui, pues, una verdadera absolucion de la instancia y observancia del juicio, la cual si bien la prescribe nuestra ley para el preciso y determinado caso de ser el demandante contumaz, y quedarle al juez alguna duda sobre el verdader estado del negocio ó sobre la legalidad con que se ha procedido en ausencia y rebeldía del mismo actor; puede con todo lo establecido aqui haber contribuido mucho á que se generalizase la práctica de las absoluciones de la instancia en otros casos distintos. V. la adicion á la nota 111. de este tit.

(66) Esto es, en las costas que se hayan

dar si quisiere, e condenar por sentencia al demandado, en lo que fallare prouado contra el; maguer el demandador fuesse rebelde, en non venir al juyzio al plazo quel fue puesto. E porque el demandado fue obediente al Juez en seguir el pleyto, e el demandador rebelde, tenemos por bien, e mandamos, que el Juez abaxe, e saque tanto de la demanda principal, de que quiere condenar al demandado, quanto montaren las costas, e las missiones que el fizo en siguiendo el pleyto, fasta el dia que fue dado el juyzio contra el; e sacando esto, en lo al que fincare, deue dar por vencido al demandado por su sentencia.

LEY 10. *Quando el Judgador puede dar su Juyzio, maguer el demandado non estuuiesse delante.*

Como el Judgador puede librar el pleyto que fue començado por demanda, e por respuesta delante del, maguer que el demandador non fuere presente, mostramos en la ley ante desta: agora dezimos (67), como puede esto fazer, quando el demandado andouiere refuyendo, e non quisiere parecer antel por si, o por Personero, despues que el pleyto fuere començado (68), assi como de suso diximos: e dezimos, que si el demandador siguiere al Judgador, e le pidiere, que pase contra el demandado, e libre el pleyto por juyzio, pues que el demandado, nin otri por el non quiere parecer; quel deue el Juez fazer emplazar, e ponerle dia cierto a que venga seguir el pleyto, e oyr el juyzio; e si non viniere, deue catar los actos que passaron en aquel pleyto, e si fallare en ellos que el demandador aya prouado claramente su intencion, deue dar su juyzio contra el demandado, e condenarlo en la demanda, maguer non sea delante. E si por auentura el Judgador entendiere, que por los actos non prueba el demandador bien su demanda, e pidiere al Juez, que de juyzio sobre ella, e non quisiere dar otras prueuas; deue dar por quito al demandado, e condenarlo en las costas (69), porque fue desobediente en non venir ante el. Pero si el demandador pidiere al Juez, que en tal caso como este non de juyzio afinado, mas demanda, que pues que el demandado es rebelde, e non quiere venir ante el, quel meta en tenencia (70) de sus bienes, o de la cosa que demandaua, por mengua de respuesta; estonce el Juez deuelo fazer en la manera (71) que dize en las leyes deste nuestro libro, que son en el Titulo de los Assentamientos.

LEY 11. *Que deuen fazer los Judgadores, quando dubdaren, en como deuen dar su Juyzio.*

Mucho acerca estan de saber la verdad, aque-

causado despues de la contumacia del actor; nó de las causadas antes, porque de otro modo la pena seria desproporcionada al delito, segun Guillelm. despues de Alex. á d. l. 13. §. 2 hácia el fin.

(67) Conc. l. 13. §. 3. C. *de judic.* y l. 8. C. *quom. et quand. jud.* y en órden a los tres remedios que puede intentar el actor contra el demandado, en ausencia y rebeldía de este último V. Abb. al cap. *prout*, *de dolet contum.* * V. lo anotado á las ll. del. tit. 8. de esta Part.ª y la nota 47. tit. 7. de la misma.

(68) Dispónese asi, porque no siendo el pleito contestado, no puede procederse á definitiva, cap. *quoniam frequenter* 5. §. *in aliis* 6. *ut lit. non contest.* l. 2. tit 16 de esta Part. en el dia, empero, está prevenido por las leyes del Reino que, eligiendo el actor la via de prueba y aunque no esté contestado el pleito, pueden recibirse testigos y procederse á definitiva en ausencia y rebeldía del demandado, l. 1. tit. 9. lib. 3. ordenam. Real, y cap. 5. y 6 de las leyes de Madrid. * Ll. 1. 2. y 3. tit. 5 lib. 11. Nov. Rec. y V. tit 8 de esta Part.

(69) En pena de la contumacia, como se declara en la l. prox. antecedente, y V. lo anotado allí.

(70) Porque si puede esto hacerse antes de la contestacion del pleito, mucho mas podrá hacerse despues, Glos. á d. l. 13. §. 3 C. *de judic.* vers. *absentem.*

(71) Nótese esto; pues lo contrario de lo que aqui se dispone se infiere de lo que dice Abb. al cap. *prout*, col. 4. y 5. *de dol. et contum.* despues de la Glos. y Bart. á la l. 8. C. *quom. et quand.* esto es, que, inmitiéndose al actor en la posesion por via de asentamiento despues de contestado el pleito, se le transfiere irrevocablemente dicha posesion; de suerte que, aunque comparezca dentro del año, ya no se le oye acerca de la misma, sino tan solo acerca de la propiedad: lo cual, empero, está espresamente contradecido por esta nuestra ley, estableciéndose en ella que, por mas que el asentamiento tenga lugar despues de la litis contestacion, produzca los mismos efectos prevenidos en la l. 6. tit. 8. de esta Part. y asi tambien en aquel caso podrá el demandado recobrar la posesion, comparecien-

llos que dubdan en ella, assi como dixeron los Sabios antiguos (72). E porende dezimos, que quando los Judgadores dubdaren (73), en que manera deuen dar su juyzio, en razon de las pruebas (74), e de los derechos que ambas las partes mostraron, que estonce deuen preguntar a los omes sabidores sin sospecha, de aquellos lugares que ellos han de judgar, e mostrarles todo el fecho, assi como passo ante ellos. E si en la respuesta destos sabidores pudieren auer recabdo, de manera que salgan de aquella dubda en que eran, deuen dar el juyzio en la manera que de suso mostramos. Mas si ciertos non pudieren ser de aquella dubda, deueu fazer escreuir todo el pleyto (75), como passo antellos, bien e lealmente, e despues fazerlo leer ante las partes (76), porque vean, e entiendan, si esta escrito todo lo que fue razonado. E si fallaren que es y alguna cosa crecida, o menguada, o camiada, deuenla endereçar, e despues sellar el escrito con sus sellos, e dar a cada vna de las partes el suyo, que lo lieuen al Rey: e sobre todo esto deuen los Juezes fazer su carta, e embiarla al Rey, recontandole todo el fecho, e la dubda en que son. E estonce el Rey (77), sabida la verdad, puede dar el juyzio, o embiar dezir a aquellos Judgadores, de como lo den, si se quisiere. Pero ningun Judgador non deue esto fazer (78) por escusarse de trabajo, nin por alongamiento de pleyto, nin por miedo, nin por amor, nin desamor que aya a ninguna de las partes,

do dentro del año y sin distincion alguna entre el caso de estar el pleito contestado ó no, contra la citada opinion de la Glos. y de Paul. de Castr. allí, donde pretendia tambien que el asentamiento tenia mayor fuerza, siendo decretado despues de la litis contestacion, que antes.

(72) *Potentes dubitare, facilè solvunt*, como dice el filósofo, y V. Bald. á la l. 5. princ C. *de necessar. serv. hæred. instit.* y conc. cap. *intimasti.* 68 *de appellat.*

(73) Conc. l. 1. y sigs. C. *de relat.* cap. *intimasti.* 68. *de appell.* l. 14. tit. 4 de esta Part. y añad. l. 15. tit. 1. de la misma.

(74) Como por haberlas ministrado iguales entrambas partes, l. 14. D. *de offic. præsid.* * V. lo á notado á la l. 14. tit. 4. de esta Part. y adic. allí (nota 69); donde observámos que, versando sobre puntos de hecho ó calificacion de las pruebas ministradas las dudas que ocurrieren al juez acerca de la determinacion de algun negocio, no podrá aquel consultarlo por semejante motivo, antes deberá absolver al reo ó demandado, con arreglo á lo establecido en la l. 40. tit. 16. de esta Part. y si bien, en la presente ley viene á disponerse lo contrario, ó sea, que hayan de consultarse las dudas que tengan los jueces *en razon de las prueuas é de los derechos que ambas las partes mostraron,* no dudamos con todo en afirmar que en el dia deberá estarse á lo prescrito por la citada l. 40. y solo *por dudas de ley ó de algun punto relativo á la legislacion* podrán hacer consultas los jueces de 1ª instancia á las audiencias respectivas, y estas y el Tribunal supremo á S. M., debiendo ir las que hicieren aquellas por conducto de dicho supremo tribunal; y previo acuerdo tomado en tribunal pleno con audiencia del fiscal, é insertándose en la consulta los votos particulares, si los hubiere, arts. 86. y 90. del Reglam. prov. para la admin. de just.

(75) Esto es, una relacion ó apuntamiento del mismo, para que pueda el Príncipe enterarse de su resultado sin grande trabajo, como dice Abb. á d. cap. *intimasti. de appell.* pero deben al propio tiempo remitírsele los autos originales ó por compulsa, como previene la l. ult. y Glos. y Salic. allí C. d. tit. * En los casos en que, segun se ha dicho en la nota antecedente, pueden elevarse consultas al gobierno, no creemos hayan de remitirse con ellas los autos originales ni en compulsa, por no estar asi prevenido en dd. arts. 86. y 90. del reglament. de cuyo contesto mas bien se puede inferir lo contrario, ó sea, que bastará la remision de la consulta misma razonada ó acompañada de la esposicion de los motivos que han ocasionado la duda.

(76) Las cuales, si se hallaren presentes y no lo contradijeren, se entenderá que lo consienten, y no podrán despues contradecirlo l. 1. §. 1. D. *de appel.* y V. Bart. allí, donde refiere la práctica de consignarse en los autos la circunstancia de hallarse las partes presentes y de no haber habido contradiccion de parte de las mismas: y cuando estas no estuvieren acordes acerca el modo de dar cuenta de la cuestion ocurrida, podrá el juez formularla del modo que le dicte su prudencia, Bart. á la l. 34. §. 5. D. *de jurejur.*

(77) Y ¿será válida la sentencia que el juez profiriere, estando aun pendiente la consulta y antes que el Príncipe haya contestado á ella? Parece que lo será, segun la l. 1. y Bart. allí C. *de relat.*: sobre lo cual, empero. V. á Salic. y Bart. á la ley 22. D. *de appell,* y Juan de Imol. á la ley 1. §. 1. D. d. tit: col penult.

(78) Añad. *Novell* 125. cap. 1. *collat.* 9 y l. 1. C. *de legib.*

si non porque non sabe escoger el derecho, tan bien como deuia, o queria. Ca si de otra guisa lo fiziesse, deue porende recibir pena, segun entendiere (79) el rey que la merece.

LEY 12. *Quales Juyzios non son valederos.*

Yerran a las vegadas los Judgadores en dar los juyzios, bien assi como los Fisicos en dar las melezinas, que a las vezes dan a los enfermos menos, o mas de lo que deuen, o cuydan dar vna cosa, e dan otra que es contraria (80) a la enfermedad. Otrosi los Judgadores (81) en sus juyzios lo fazen a las vegadas, dando juyzios menguados, o torticeros, o judgando de otra manera que non pertenesce al pleyto. E porque ellos se puedan desto guardar, queremos dezir, en quantas maneras el juyzio non es valedero por razon de la persona del Judgador, o porque lo da de otra guisa que non deue: e por razon de su persona seria, quando aquel que diesse el juyzio, fuesse atal ome, a quien defendiessen las leyes deste nuestro libro, que no deue judgar, assi como mostramos en el Titulo de los Juezes. Esso mismo dezimos que seria, si alguno judgasse, non le seyendo otorgado poderio (82) de lo fazer. E otrosi seria dado el juyzio como non deuia, quando el Judgador lo diesse, estando en pie, e non seyendo assossegadamente; o si lo diesse non lo faziendo escreuir, assi como mostramos en las leyes de suso (83), que fablan en esta razon; o si el juyzio fuesse contra natura, o contra el derecho de las leyes deste libro, o contra buenas costumbres, assi como de suso diximos (84); o si fuesse dado juyzio contra otro, non seyendo emplazado (85) primeramente, que lo viniesse a oyr; o si fuesse dado en el tiempo que es defendido, que non deuen judgar, assi como dize en el Titulo (86) deste nuestro libro, que fabla en los dias feriados; o si fuesse dado el juyzio en lugar desconuiniente, assi como en tauerna (87), o en otro lugar que fuesse desaguisado para judgar; o si el Judgador diesse juyzio, estando assentado en tierra fuera de su jurisdicion, en que non ouiesse poderio de judgar; o si diesse juyzio sobre cosa spiritual (88), que deuiesse ser judgada por Santa Iglesia. Ca por qualquier destas razones que fuesse dado juyzio, non seria valedero. Esso mismo dezimos, que si el juyzio fuesse dado contra me-

(79) Y por consiguiente no se entenderá que haya incurrido por ello en la pena ordinaria de infamia y de las treinta libras de oro, conminada por la l. 2. C. *de legib.*

(80) Esto, mas bien que curar, es matar, cap. *absit.* 26. dist. 50. donde observa Alexandrino, citando la l. 3. D. *de extraord. cognit.* que los médicos que asi propinan medicinas contrarias á las que requiere el estado de los enfermos son castigados como homicidas; basta, empero, para escusarles el que hayan obrado conforme á las reglas de su arte, aunque sus medicamentos produzcan despues un resultado contrario al que esperaban, Bald. á la l. 6. §. 7. D. *de offic. præs.* y la Glos. allí.

(81) Añad. que los jurisperitos, como los médicos, deben tambien observar los tiempos, Bald. despues de Cyn. á la l. unic. col. 2. C. *de caduc. tollend.*

(82) Conc. l. 10. C. *de sentent.* cap. *significasti* 18. *de for. comp.* l. penult. D. *de judic.* y l. 3. C. *de jurisd. omn. jud.*: y lo dispuesto aqui es aplicable asimismo al que ha tenido jurisdiccion, pero le ha sido revocada por la ley ó por el que se la habia delegado, aunque él lo ignorase todavía al proferir la sentencia, Glos. á la l. 41. D. *de reb. cred.* vers. *ergo si scivissent.* V. Specul. tit. *de offic. deleg.* §. *restat.* vers. *quid si delegatus ignorans*; debiendo añadirse á lo dicho que tampoco es válida la sentencia proferida contra aquel que contradice legalmente la jurisdiccion del que la ha proferido; V. Bald. *de milit. vasal. qui contum. est.* * Esto es, cuando se haya proferido dicha sentencia antes de estar legalmente decidida la cuestion de jurisdiccion que acaso se hubiese promovido; porque una vez se hubiese el juez declarado competente, y esta declaracion hubiese llegado á formar estado, poco importaria que las partes ó alguna de ellas insistiese en contradecirle aquella calidad, y no serian, por eso, menos válidas las providencias que dicho juez profiriese.

(83) Ll. 5. y 6. de este tit.

(84) V. l. 1. de este tit.

(85) V. lo anotado á la l. 5. de este tit. Hay, empero, algunos casos en los cuales puede procederse sin citacion, segun Alex. á la l. 47. princ. col. ult. D. *de re judic.*; donde trata tambien de lo que deberá observarse en los procesos formados por el Principe, y v. sobre lo mismo muy estensamente á Felin. al cap. *cum olim, de re judic.* col. 10. y sigs.

(86) L. 34. y sigs. tit. 2. de esta Part.

(87) Añad. lo que se lee en Specul. tit. *de sentent.* §. *juxta*, col. 3. vers. *item est nulla ratione loci*, donde dice que, si bien el juez obrará mal profiriendo la sentencia en lugares impropios, con todo será válida la que profiera, aunque sea en un lupanar, con tal que lo haga con consentimiento de las partes.

(88) V. cap. 2. *de judic.*

nor (89) de veynte y cinco años, o contra loco (90), o desmemoriado, non estando su Guardador delante, que lo defendiesse: ca tal juyzio non le deue valer, fueras ende si lo diessen a pro dellos. Otrosi dezimos, que si fuesse dado contra sieruo (91) de otri, non estando y su señor que lo amparasse, que non deue valer; fueras ende, si fuesse dado en razon de tenencia de alguna cosa, que el tenia en nome de su señor, de que el era echado, o desapoderado; o si fuesse dado sobre alguna otra razon, en que el sieruo pudiesse por si demandar, o defender en juyzio sin otorgamiento de su señor, assi como dizen las leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon. Ca entonce tal juyzio como este valdria, e non se puede desatar, por razon que dixessen, que fuera dado non estando su señor delante.

LEY 13. *Quando non vale el segundo Juyzio, que fue dado contra el primero.*

Si juyzio fuesse dado contra alguno, de que ninguna de las partes non se alçassen, e despues mouiessen aquellas mismas partes (92) otra vez el pleyto sobre aquella cosa misma, e en aquella manera, e diessen otro juyzio contra el primero, dezimos que non vale el

(89) Añad. l. 3. tit. 5. y l. 11. tit. 2. de esta Part. con lo anotado allí.

(90) Añad. l. 9. D. *de re judic.* y es nula la sentencia proferida contra un furioso indefenso, lo mismo que la que lo fuere contra un menor tambien indefenso, V. Bald. á la l. 2. C. *de curat. furios.* porque, no pudiendo contestar el pleito por no tener juicio, es imposible motivar el procedimiento que contra ellos se dirija, segun Bald. á la l. 9. col. 11. C. *de impub. et aliis substit.* donde infiere lo dicho á propósito de una notable cuestion que allí se ventila, y añad. que lo mismo tendrá lugar con los sordo-mudos de nacimiento.

(91) Añad. l. 6. C. *de judic.* l. 8. tit. 2. de esta Part. y l. 3. tit. 1. Part. 7.

(92) Por las palabras con que aqui se espresa nuestra ley queda manifiestamente desechada la opinion de Bart. á la l. 1. C. *quand. provoc. non est necess.* adoptada tambien por Abb. al cap. *inter monasterium*, *de re judic.* esto es, la de que el ser nula la sentencia proferida contra otra anterior se entendiese solamente en el caso de ser las dos proferidas en méritos del mismo juicio, pero no si lo fuesen en dos distintos aunque sobre el mismo negocio: pues lo contrario se dispone espresamente en esta nuestra ley, y lo contrario tambien opinan comunmente los DD. segun Felin. á d. cap. *inter monasterium* col. 7.: bien que la indicada opinion de Bart. no deja de estar fundada en la l. 35. hácia el fin tit. 18. de esta Part.: la cual, empero, fácilmente se concilia con la presente, entendiéndose que se habla en aquella de la sentencia proferida por un juez, sin constarle á este que se hubiese proferido otra anterior en opuesto sentido sobre el mismo negocio; y al contrario en la presente de la que se hubiere dictado con pleno conocimiento y sabiendo el que la dictó que el negocio estaba ya juzgado, como se indica en la nota prox. siguiente. * Por estas últimas palabras del Glosador es fácil conocer que no se da por satisfecho de la interpretacion por el mismo indicada en la nota 129. tit. 18. de esta Part. con la cual habia pretendido conciliar con la presente ley la 35. d. tit. 18. Declárase en esta última que el que ha obtenido una ejecutoria favorable, *si le demandaren nuevamente sobre el mismo negocio, e non la quisiere mostrar para defenderse con ella, si entrare en el pleito, o se defendiere en el por otra razon, e dieren juizio contra el, pierdese la carta* (esto es la ejecutoria), *e dalli adelante non se puede defender por ella, porque non fue mostrada en el tiempo que deuia.* Y al contrario en la presente se establece que *non vale el segundo juizio dado contra el primero de que las partes non se alçassen, e despues mouiessen otra vez el pleito sobre aquella cosa misma.* Para hermanar esos dos textos, al parecer, tan implicantes entre sí dice Gregor. Lopez en la cit. nota 129. y al comentar la l. 35., que, por lo dispuesto en la misma, la parte que, pudiendo, no hubiere opuesto la escepcion de cosa juzgada en virtud de la ejecutoria obtenida sobre el mismo negocio no debe entenderse «privada del derecho que, en virtud de »ella, le compete, el cual es legalmente per»petuo para la misma parte y sus herederos, »y siempre por medio de él puede defender»se; sino que le queda siempre salva la escep»cion *perentoria* que, en fuerza de dicha eje»cutoria, puede oponer; de suerte que por la »presente ley (añade allí mismo el Glosador) »solo se entienda privado el que ha obtenido »una sentencia del derecho de oponerla en »fuerza de escepcion dilatoria y para impedir »con ella el ingreso y progreso del juicio, sin »perjuicio de que se haga mérito de dicho »rescripto (ó ejecutoria) en la sentencia de»finitiva; y en este sentido (concluye), al usar»se en esta ley las palabras *non se pueda de»fender por ella*, es lo mismo que si se dije»se, que no se puede defender para el efec»to de impedir el pleito; esto es, cuando el »reo, despues de haber sido absuelto en un

»juicio, hubiese consentido entrar en otro pro»movido por el actor y dejado de producir las »letras ejecutoriales, y de escepcionar con es»tas de cosa juzgada y pleito acabado en el »momento mismo de verse convenido....» Semejante interpretacion no podia ocultarse á Gregorio Lopez que la resistian abiertamente la letra y el espíritu de la ley á que trataba de aplicarla, y aun esos mismos principios en que él queria fundarla. Es verdad que la escepcion de cosa juzgada es de las que, entre los prácticos, se conocen con el nombre de mixtas y tiene como tal el doble carácter de dilatoria y perentoria, por lo cual puede oponerse útilmente dentro el término concedido para oponer las de esta última clase, aunque se haya dejado transcurrir, sin utilizarla, el término mas breve que tambien señalan las leyes para las dilatorias; es verdad asimismo que, aun despues de finidos todos los términos fatales de la defensa, pueden admitirse nuevas escepciones con el juramento de nueva noticia, y aun, sin él, tratándose de una escepcion tan poderosa como la de cosa juzgada, se permitiria tal vez oponerla y probarla á la parte que no lo hubiese hecho mas oportunamente y mientras lo hiciese antes de proferirse sentencia: pero de una parte es imposible, por punto general, que el que ha obtenido una sentencia favorable alegue y jure con verdad que no ha tenido noticia de ella, fuera del caso de que luego nos harémos cargo; y de otra parte ninguna de las consideraciones espuestas es bastante para modificar lo declarado en la citada ley 35., porque en ella se habla espresamente del caso en que se hubiere llegado á proferir nueva sentencia contra el que la habia obtenido favorable y ejecutoriada en el mismo negocio, y no la hubiese opuesto en todo el juicio por via de escepcion: *si non la quisiere mostrar*, dice el texto, *para defenderse con ella, e entrare en el pleito, ó se defendiere en el por otra razon, e dieren juizio contra el.* A mas de que, si el contestar la demanda y entrar en el pleito sin oponer la cosa juzgada hace que se pierda ya definitivamente el derecho de oponerla como dilatoria, por idéntica razon debe perderse el de oponerla como perentoria por el hecho de no haberlo verificado antes de proferirse la sentencia y dentro de los términos que la ley concede para la defensa. Y si bien el derecho que da una sentencia ejecutoria al que la ha obtenido es un derecho *perpetuo*, ó sea de aquellos que solamente se pierden por no usarlos ó ejercerlos en todo el tiempo establecido para la *prescripcion*, segun la ley 63. de Toro, que es la 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec. citada á este propósito por el Glosador en d. nota 129.; pero la circunstancia de ser un derecho *perpetuo* no escluye el que pueda *renunciarse* á él; y es muy digno de notarse que la ley, al declarar nula la ejecutoria que no se ha opuesto como escepcion, cuando, abierto nuevamente el juicio, se ha proferido en él otra ejecutoria contraria á la primera, se funda en el tácito consentimiento de la parte que, pudiendo defenderse con ella, ha dejado de verificarlo oportunamente. No solo es perpetua la escepcion de cosa juzgada, sino tambien todas las escepciones en general, y lo son en la natural y verdadera acepcion de la palabra, de suerte que ni aun se pierden por la legal *prescripcion*, porque las escepciones son derechos negativos ó simples medios de defensa, y no se estinguen por el no uso, por la razon de que á nadie perjudica ni puede perjudicar el dejar de defenderse, mientras no es atacado, l. 5. §. ult. D. *de dol. except.* Mas nadie ha llegado á imaginar por eso que no se pierda absolutamente el derecho de oponer las escepciones, cuando no se hayan opuesto dentro de los términos legales, una vez se haya entablado la accion ó demanda que estan destinadas á escluir: de otra suerte seria del todo inútil que las leyes hubiesen señalado un límite á la duracion de los juicios, y se haria completamente ilusoria la fatalidad de las dilaciones al efecto establecidas. La presuncion de que se ha consentido en perder un derecho, por haber dejado de ejercerle oportunamente es mas fuerte, mas legítima é indeclinable con respecto á las escepciones ó derechos negativos, que con respecto á los activos ó acciones, porque para pedir ó *accionar* todos los tiempos son naturalmente hábiles y oportunos, y solo la *ley* ha podido limitarlos por medio de la *prescripcion*, para no dejar la propiedad en perpetua vacilacion é incertidumbre: mas para *escepcionar* ó defenderse no hay otra ocasion posible, *legal* ni *naturalmente* hablando, que aquella en que se es convenido ó atacado, y es evidente que nunca mas querrá defenderse el que en semejante ocasion deja de hacerlo, ó en otros términos, que renuncia el derecho de escepcionar el que no lo ejercita cuando se propone contra él la demanda y sobre todo cuando ve que va á pronunciarse el fallo. Por otra parte, la ley 35., que en los espresados términos pretende interpretar el Glosador, no se limita á declarar que el que nó alegare oportunamente en juicio la cosa juzgada *dalli adelante non se pueda defender por ella*, sino que añade ademas *e pierdese la carta*, esto es, piérdese la ejecutoria en que consistia la cosa juzgada, ó lo que viene á ser lo mismo, se hace nula y sin efecto: por manera que, con estas palabras de la ley, queda enteramente escluida la posibilidad de que, en el caso á

que la misma se refiere, pueda fundarse en la primera ejecutoria género alguno de defensa, pues seria un absurdo el que aquella se *perdiese* ó se hiciese nula, y no obstante pudiese en virtud de ella oponerse la escepcion de cosa juzgada, con tal que no se la opusiera como dilatoria. O ¿pudo tal vez entender Gregor. Lopez que la referida escepcion no utilizada en el juicio ordinario declarativo, pudiese, no obstante, oponerse en el ejecutivo, é impedirse con ella el cumplimiento de la segunda ejecutoria? ¿pudo significar que, á pesar de no haberse escepcionado la nueva demanda, pudiese con todo entablarse el recurso de nulidad contra la segunda sentencia, y que en este sentido se conservara el derecho perpetuo que tribuye la primera ejecutoria? Mucho dudamos que esta fuese la intencion del Glosador, pues, á tenerla, la hubiera espresado en otros términos: pero creemos, además, que semejante doctrina estaria no menos abiertamente rechazada por el texto de la ley 35. y que, el admitir aquel recurso ó bien la escepcion de nulidad en el juicio ejecutivo seria resolver la cuestion por sí misma, y presuponer precisamente lo que se disputa, que consiste en si es nula la segunda sentencia y válida la anterior ejecutoriada contra la cual aquella se hubiere proferido, ó si al contrario es válida la primera y nula la segunda: de suerte que no se puede admitir recurso ni escepcion que se funde en la nulidad de alguna de las dos sentencias, sin dar por sentado que una de las dos leyes de Partida ha de considerarse derogada por la otra, que es lo que se trata de averiguar.

Por lo demas, á primera vista, se presenta igualmente inadmisible la otra interpretacion que propone el Glosador en la ya citada nota 129., ó sea la de que las palabras transcritas de la ley 35. hayan de referirse, no á las ejecutorias verdaderamente tales, sino á los rescriptos otorgados por el Príncipe para el efecto de poder procederse á nueva vista de algun pleito, á pesar de estar terminado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; de suerte que, á tenor de dicha ley, perdiese el derecho de escepcionar con el rescripto la ejecucion de la referida sentencia el que, habiéndolo obtenido, no usare de él, ó no lo opusiere en el momento de entablarse contra él la accion ejecutiva, ó de pedirse el cumplimiento de lo juzgado. Pero es evidente é indudable que la ley 35. no se refiere á semejantes rescriptos (fuera de que en el dia ya no pueden estos otorgarse. V. nota 114. de este tit.) sino á verdaderas ejecutorias ó, como literalmente se espresa en la misma, á *cartas ganadas sobre el pleito de alçada o sobre juizio afinado.*

Todo esto hubo de conocerlo sin duda el mismo Glosador, cuando, á pesar de haber tan decididamente tratado de conciliar los dos textos al parecer encontrados con la interpretacion limitativa que quiso aplicar á uno de ellos, viene por fin á reconocer en las últimas palabras de la presente nota que entrambos pueden referirse á un solo y mismo caso, bien que considerándolo modificado con distintas circunstancias, en virtud de las cuales adoptan tambien diferentes y opuestas disposiciones. En este concepto indica aqui que de las dos ejecutorias contrarias entre sí será nula ó válida la segunda á tenor de lo respectivamente declarado en las dos leyes de Partida, segun que el juez que hubiere dictado la sentencia posterior lo hubiese hecho sabiendo ó ignorando que existia la primera. Parécenos, empero, que tampoco consiste en eso la verdadera diferencia de los casos que en dd. leyes se proponen. No es sólo la ciencia ó ignorancia del juez la que para decidir la cuestion ha tenido presente la ley, sino la del actor que propone la demanda, á quien no es justo que, sin culpa de su parte, se le cause el perjuicio de seguir por todos sus trámites y sin resultado alguno un pleito que no hubiera seguido, si oportunamente se le hubiese opuesto la escepcion de cosa juzgada. Para evitar esa injusticia dispone la ley 35. que prevalezca la segunda ejecutoria á la primera; y en tanto se refiere al caso propuesto de ignorar el actor la circunstancia de estar el negocio ya juzgado, como que, al motivar su declaracion en la inostension de la ejecutoria anterior, se refiere tan sólo al convenido con las palabras *si non la quisiere mostrar* etc., á diferencia de la presente ley que, al declarar la nulidad de la segunda sentencia contraria á otra anterior, se refiere espresa y terminantemente al caso en que *despues mouiessen aquellas mismas partes* (es decir, entrambas de comun acuerdo) *otra vez el pleito sobre aquella cosa misma.* Y lo confirma todavía mas la notable circunstancia de haberse consignado precisamente en esos mismos términos la disposicion de la presente ley en la l. 15. tit. 11. de esta Part. *Ca despues que dieren juizio afiuado en alguna cosa, sobre que non se alçassen, si sobre ella «mouiessen» despues otro pleito entre las mismas personas, e diessen otro juizio que fuesse contrario al primero pleito, valdria el que primeramente fuesse dado, e non el segundo.* Insiguiendo esa propia idea, dice, con mucha oportunidad, el Glosador al principio de la nota prox. siguiente que la segunda sentencia dada contra otra anterior ejecutoriada es nula, á tenor de la presente ley, aunque lo haya sido con consentimiento de las partes, porque es nulo, añade, como la mis-

segundo (93). Pero si fuere contienda sobre el primero juyzio, diciendo alguna de las partes, que non deue el Judgador judgar este pleyto, porque fue ya judgado vna vez; si la otra parte lo negasse, e aquel ante quien acaesciesse esta contienda, dixesse judgando, que non

ma sentencia, semejante consentimiento que se ha prestado para sostenerla. Y asi es evidente que la ley 35. sostiene la sentencia obtenida por el actor con buena fe y provocada maliciosamente por el convenido con su omision en no escepcionar la demanda con la anterior ejecutoria: y al contrario la presente ley preserva la dignidad y prestigio de los tribunales de la caprichosa voluntad de los litigantes, declarando que estos no puedan sujetar nuevamente á juicio un negocio ya juzgado, y que si lo hacen, aunque ignorando el juez aquella circunstancia, sea nula la nueva sentencia que acaso se profiriere contraria á la anterior ejecutoriada.

¿Qué deberia, empero, decirse si el demandado que consintió y siguió el juicio sobre un negocio ya terminado y decidido á favor suyo en otro juicio anterior, alegase y probase, despues de proferida la segunda sentencia, haber ignorado hasta entonces la existencia de la anterior y no haber podido de consiguiente escepcionar con ella la nueva demanda? Posible es que esto suceda cuando no fuere una misma persona la que haya intervenido en los dos sucesivos juicios promovidos y terminados sobre el mismo negocio, por ser el que ha formado parte en el segundo y dejado de oponer en él la escepcion de cosa juzgada el sucesor de aquel á cuyo favor se hubiese proferido la primera ejecutoria. ¿Le perjudicaria tambien á dicho sucesor el haber dejado de oponer la mencionada escepcion, si probara que no habia tenido noticia de ella hasta despues de terminado el juicio? Podria haber entonces mayor dificultad por la buena fe con que habria dejado de defenderse el convenido: no obstante que, todo bien considerado, no dejaria de haber poderosas razones para aplicar igualmente á dicho caso la disposicion de la ley 35., ya por los términos absolutos con que la misma declara la nulidad de la primera ejecutoria, siempre que no se hubiere escepcionado oportunamente con ella, antes de proferirse la segunda, sin distinguir entre los casos ó circunstancias de estar ó no enterado de la misma el convenido, ya tambien porque, si, respecto de todas las demas escepciones en general, á nadie puede aprovechar el que las haya ignorado, cuando no las hubiere opuesto en tiempo oportuno, no sabemos ver motivo alguno de diferencia para que haya de decirse lo contrario relativamente á la escepcion de cosa juzgada.

Otra cosa seria si la primera ejecutoria se hubiese obtenido por varios litis-socios representando en el pleito un solo é indivisible interes; en cuyo caso, siendo otro de ellos demandado nuevamente sobre el mismo negocio y dejando de oponer la escepcion de cosa juzgada, si llegase en méritos de este segundo juicio á proferirse otra ejecutoria contraria á la anterior, no se anularia esta respecto de los demas litis-socios á cuyo favor se hubiese proferido; y solo en perjuicio del que, siendo demandado, hubiese dejado de oponerla, tendria fuerza la posterior, con tal que pudiese en algun modo dividirse el interes comun de los consortes: pues, si esto no pudiese practicarse y fuese incompatible la ejecucion parcial de las dos sentencias encontradas, prevaleceria absolutamente la primera de ellas á favor de todos los litis-socios, y únicamente los que hubiesen formado parte en el nuevo juicio y provocado con su silencio ú omision el fallo posterior serian responsables de todos los daños y perjuicios que con ello hubiesen ocasionado al actor, en el supuesto de haber este último procedido con buena fe é ignorando la existencia del fallo anterior; pues, no siendo asi, de todos modos prevaleceria la primera sentencia, y, como hemos dicho, se estaria ya en el caso de la presente ley y de la l. 15. tit. 11. de esta Part.; á cuyo propósito es digno de advertir que la especie de la citada ley 35., en los términos que dejamos de esplicarla, solo puede verificarse cuando el que propone una demanda sobre un negocio ya anteriormente juzgado, no es la misma persona que formó parte en el anterior juicio, sino su heredero ó sucesor, lo mismo que análogamente hemos observado respecto del convenido, por ser notoriamente imposible que proceda con ignorancia y buena fe, al entablar la nueva demanda, el que intervino personalmente en el procedimiento que dió lugar á la primera sentencia ejecutoriada.

(93) Conc. l. 1. C. *quand. provoc. non est. necess.* y lo dispuesto aqui tendrá lugar, aunque se profiera la segunda sentencia con consentimiento de las partes, como espresa la singular y notable Glos. á la l. 14. C. *de transact.* pues, si bien pueden aquellas renunciar al derecho adquirido por el primer fallo, segun la l. 41. D. *de minor.* y l. 7. §. 13. D. *de pact.*; pero el consentimiento de las mismas no es bastante para dar fuerza y validez á una sentencia nula, como lo es, en el caso aqui propuesto, la que se profiere contra otra ejecutoriada; antes es nulo tambien el consentimiento prestado para sostenerla, segun Bald. á d. l. 14. [V. lo dicho en la adicion á la

fue dado juyzio (94) sobre aquella cosa; vale el segundo juyzio que fuere despues dado contra el primero; maguer que ninguna de las partes non se ouiesse alçado del primero. E

nota precedente]. Asimismo tendrá lugar, bien se hayan las dos sentencias proferido en méritos de dos distintos juicios, ó bien en méritos de uno solo, pues si la primera era ejecutoriada y no podia de consiguiente intentarse contra ella recurso alguno, no es válida la que contra la misma se hubiere pronunciado, segun el cap. *inter cœtera.* 9. *de re judic.*; mientras conste que, al proferirla, estaba el juez enterado de que existia la primera, y no pueda presumirse que la haya proferido por haber puesto en duda la validez ó legitimidad de aquella. [Esprésase asi el Glosador consecuente á la doctrina por el mismo adoptada hácia el fin de la nota precedente, pudiendo verse por lo tanto lo que á este propósito dejamos manifestado allí]. Pero, podria suceder que, instándose la ejecucion de un fallo ejecutoriado, escepcionase el convenido la demanda alegando la injusticia del mismo, y que el juez le admitiese hacer prueba sobre dicha escepcion; ¿qué deberia decirse, pues, si en méritos de ella se profiriese el fallo contrario al otro que se trataba de ejecutar? V. Inoc. al cap. *cum Bertoldus*, *de re judic.* y Abb. al cap. *cum contingat* col. 3 *de offic. deleg.* donde dice que, en el espresado caso, podria revocarse la primera sentencia desde el momento en que constase que era injusta, l. 74. §. 2. D. *de judic.* en cuyo sentido queda elegantemente limitado lo que se declara en la presente ley, y en la l. 15. tit. 11. de esta Part. [No comprendemos á la verdad como pueda darse el caso, que propone nuestro Glosador aquí, de haberse admitido contra la ejecucion de una sentencia la escepcion de ser esa misma sentencia *injusta.* La inviolabilidad, por decirlo asi, de lo juzgado es un principio solemnemente reconocido, y la primera y mas alta necesidad en el órden jurídico: es el sello de toda legislacion. Asi contra la *verdad legal* que resulta de la cosa juzgada no valen presunciones, ni se admite alegacion ni prueba de ninguna clase, y asi, segun la l. 19. de este tit. *la fuerza que ha el juicio afinado de que las partes non se alzasen es maravillosamente grande»* tan grande, que, como dice el mismo Gregor. Lop. en la nota 139 allí citando á Inocencio, debe estarse á lo mandado en una sentencia, aun cuando de los propios autos aparezca la *iniquidad* con que ha sido proferida. ¿Cómo se concilian esas doctrinas tan opuestas entre sí? Y ¿qué fallo quedaria á cubierto de emulatorias impugnaciones, si bastaba alegar que es injusto para diferir su cumplimiento, á pesar de haber llegado á ser ejecutoriado? No puede dudarse, pues, que el juez que en el juicio ejecutivo de un fallo ejecutoriado admitiese la escepcion de *injusticia* cometeria una insigne nulidad, que fuera doblemente notoria, ya por las razones que se dejan espuestas, ya principalmente porque seria falsear por su base el procedimiento ejecutivo el permitir que en él se discutiera la justicia de la sentencia que tratara de ejecutarse; con lo cual ó bien se abriria de nuevo é indefinidamente el juicio ordinario, si, para decidir acerca la espresada escepcion, se siguieran todos los trámites propios del mismo, ó bien, lo que seria aun mas absurdo, vendria á decidirse nuevamente por la via sumaria propia del juicio ejecutivo, una cuestion ya decidida de antemano por los trámites solemnes del juicio ordinario. La l. 74. que cita el Glosador en la presente nota se refiere á un caso de nulidad y no de injusticia intrínseca de una sentencia, y aun está muy lejos de declarar que la nulidad siquiera pueda oponerse por via de escepcion en el juicio ejecutivo: cuanto y menos podria admitirse en él la escepcion de injusticia; pero á nuestro Glosador le llevó, en esta parte, demasiado lejos el deseo de conciliar los textos que creia encontrados de la presente ley y la 35. tit. 18. y de una en otra interpretacion adoptó sin advertirlo las mas erróneas consecuencias, que no hubiéramos hecho notar sin mucha desconfianza, á no ser como son tan evidentes las razones que acabamos de esponer]. Tendrá lugar tambien lo dispuesto en esta ley, y será nu. la la segunda sentencia contraria á otra anterior, aunque esta hubiere sido apelada siempre que hubiere sido declarada desierta la apelacion [ó de otro modo haya llegado aquella á ser ejecutoria, por ejemplo por háber renunciado la apelacion la parte que la hubiese interpuesto]; sobre lo cual V. notablemente á Alex. consil. 33. 2. dud. 1. vol.; y finalmente tendrá lugar asimismo aunque la segunda sentencia fuere proferida por jueces árbitros, en quienes se hubiere comprometido un negocio ya juzgado; á menos que se haya dicho en el compromiso espresamente que se lo otorgaba *sin perjuicio de la sentencia* ya proferida sobre el mismo negocio, segun Bald. á. d. l. 14. C. *de transact.* á quien puede verse allí. V. Felin al cap. *inter. monasterium. de re judic.* col. 7. hasta el fin donde habla latísimamente de esta materia y estiende hasta el número de diez y seis las cuatro escepciones que pone nuestra ley aqui á lo dispuesto ó declarado en la misma.

(94) Conc. l. 1. princ. D. *de sentent. quæ sine appell. rescind.*

esto se entiende, quando del segundo juyzio non se alçan, o non se reuoca por el Juez de alçada. E otrosi pleytos y ha, en que vale el segundo juyzio, maguer sea dado contra el primero; e esto es en los casamientos (95). Ca si juyzio fuere dado, e despues pudiere prouar, que ouo y algund yerro quanto en el fecho, bien puede dar otro juyzio contra el primero. E otrosi todo juyzio que fuesse dado por falsos testigos (96), o por falsas cartas, o por otra falsedad qualquier, o por dineros (97), o por don con que ouiesse corrompido el Juez; maguer (*d*) contra quien fuesse dado non se alçasse del, puedelo desatar quando quier, fasta veynte años (98), prouando que el juyzio primero fuera dado por aquellas prueuas, o razones falsas (*e*). Ca si de otra guisa lo prouasse, estaria firme el juyzio primero. Ca ligeramente podria ser, que ante el Judgador serian aduchas las cartas, o testigos falsos, e otras buenas verdaderas en buelta dellas; e que el daria su juyzio por razon de las buenas, e non de las malas. Onde en tal caso como este, si señaladamente non prouare la parte, que el Juez se mouio a dar su juyzio por aquellas prueuas falsas, fincara valedero el juyzio que quieren prouar por falso. Otrosi dezimos que si el Judgador manda jurar (99) a alguna de las partes en razon de algund pleyto, que non fuesse prouado tan claramente como el queria, e de si diesse el juyzio por aquella jura contra la otra parte; si despues la otra parte que fuere vencida, prouare por cartas que aya fallado de nueuo, que el otro juro mentira, e que el tenia verdad; en tal razon como esta puede ser dado el juyzio segundo contra el primero, e valdria; e non deue ser guardado aquel que fue dado primero por mintrosa jura.

(*d*) aquel contra quien fuesse dado etc. Acad.
(*e*) ca si de esta guisa non lo probase, estaria firme el juicio primero. Acad.

LEY 14. *Como non vale el Juyzio, que es dado so condicion, o por fazañas.*

So condicion (100) non deuen los Judgadores dar sus juyzios, e si por auentura los diessen, e la parte contra quien fuessen dados se alçasse, por tal razon como esta lo podria reuocar el Juez del alçada. Mas si alguna de las partes non se alçasse de tal juyzio, non lo podria despues desatar por esta razon, diziendo que era dado so condicion. Otrosi dezimos, que non deue valer ningun juyzio que

(95) Esto es, cuando la primera de las dos sentencias hubiese sido proferida contra el matrimonio, cap. *lator.* 7 y Glos. allí cap. *tenor.* 10. y cap. *consanguinei* 11. *de re judic*, ó á favor del mismo, siendo ilícito, segun la Glos. á d. cap. 7. ¿qué deberia, empero, decirse si, tratándose de un matrimonio cuya validez fuese cuestionable, y habiendo el juez opinado y fallado á favor de la misma, recayese despues una decision del Papa resolviendo la cuestion en contrario sentido y aprobando la opinion de aquellos que pretendian ser aquel matrimonio ilícito? ¿Se revocaria en ese caso la sentencia? V. Juan de Imol. al cap. *quoniam,* y Felin. allí col. 9. vers. *tertius casus de constit.* Es, sin embargo, de advertir que lo dispuesto aqui se refiere esclusivamente al matrimonio carnal, pues si se tratase del espiritual, la sentencia que sobre el mismo recayese obtendria respecto de la parte autoridad de cosa juzgada, cap. *cum dilectus.* 32 *de elect.* cap. *cum olim.* 7. *de dol. et. contum.* y Abb. allí y al cap. 1. *de concess. prœbend.*

(96) Conc. ll. 1. y 2. tit. 26. de esta Part. y todo el tit. *si ex fals. instrum.* C. l. 33. D. *de re judic.* y V. lo anotado á la l. 116. tit. 18. de esta Part.

(97) Conc. l. 7. C. *quand. provoc. non est neces.* y cap. *cum ab omni* 10. *de vit. et. honest. cleric.* Y ¿qué deberia decirse cuando, siendo una sentencia proferida por varios jueces ó magistrados, resultase haber sido sobornado alguno de ellos, ignorándolo los demas? V. Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de sentent.* §. *juxta.* princ. adic. 2ª Y ¿si fuese el abogado de alguna de las partes el sobornado seria tambien nula la sentencia? V. l. 1. C. *de advoc. divers. judic.* Paul de Castr. á la l. 65. §. 2. D. *ad. Trebell.* y l. 9. con lo anotado allí (nota 52) tit 6 de esta Part. debiendo añadirse que lo mismo que allí se dispone respecto de los abogados, tendria lugar con los magistrados cuando estos por venalidad prestasen su consentimiento, como en el caso de que habla la l. 59. C. *de decurion.* y V. la Glos. y Juan de Plat. allí.

(98) Nótese esto, que se diferencia de lo que estaba prevenido por derecho comun, por el cual se concedian solos cuatro años para pedir la revocacion de una sentencia proferida en méritos de testigos ó documentos falsos: l. 33. D. *de re judic.* Abb. al cap. *licet* col. 10. *de probat.* y añad. ll. 1. y 2. tit. 26. de esta Part. *V. lo anotado allí.

(99) Conc. l. 31. D. *de jurejur.* y ll. 15. y 25. tit. 11. de esta Part.

(100) Conc. l. 1. §. 5. D. *quand. appell. sit.* y V. Glos. al cap. *apostolica* 35. quest 9. con lo anotado por Bald. á la l. 11. D. *de senten.* l. 53. y Bart. allí D. *de admin. tut.* y

fuesse dado por fazañas (101) de otro; fueras ende, si tomassen aquella fazaña, de juyzio que el Rey (102) ouiesse dado. Ca estonce bien pueden judgar por ella: porque la del Rey ha fuerça, e deue valer como ley, en aquel pleyto sobre que es dado, e en los otros que fueren semejantes (103).

LEY 15. *Como non deue valer el Juyzio, quando fuere dado contra alguno que non sea de su jurisdiccion.*

Apremian a las vegadas los Judgadores a los demandados, que respondan antellos maguer sean de otra jurisdiccion (104), sobre que non ayan poderio de judgar. E en tal caso como este dezimos, que todo juyzio que fuere dado en tal manera, que non seria valedero. Esso mismo seria, quando las partes yerran (105), tomando algun Judgador que non ha poderio sobre ellos de judgar, cuydando que lo puede fazer. Ca el juyzio que fuesse dado en es-

si un juez al fallar un negocio, proveyese que hubiese de estarse á lo que determinase un sabio que él mismo designase? V. Bald. á d. l. 11. y Alex. consil. 185. col. ult. vol. 2. con lo anotado á la l. 2 de este tit. pudiendo añadirse el cap. *præterea* 2. col. penult. *de appell.* donde se espresan los casos en que puede proferirse la sentencia bajo condicion V. lo anotado por Inoc. al cap. *finem litibus.* hácia el fin *de dolo. et contum.* * V. la adic. á la nota prox. sig.

(101) Conc. l. 13. C. *de sentent.;* pues no debe decidirse por ejemplos, cap. *dixit dominus*, 14 quest. 5. y cap. *cum causam* 27. y Abb. allí, notabl. 4. *de elect.* Nótese, empero, que en los casos dudosos debemos juzgar por lo que han hecho en ellos los demas, V. Abb. cap. *in causis, de re judic.* Y ¿si el juez dijere espresamente en la sentencia «fallo en tales términos, porque asi ha fallado en igual caso tal jurisconsulto?» Será válida entonces la sentencia; con tal que lo sea la que se ha tomado por modelo, segun Alberic. á d. l. 13. Y lo que se ha dicho de no deber juzgarse por ejemplos ha de entenderse, segun Ang. allí, á menos que aquellos hayan llegado á formar costumbre; pues en ese caso, mas bien que por ejemplos, puede decirse que se falla por la costumbre que forma ley, ó á menos que dichos ejemplos sean buenos, en cuyo caso es laudable su imitacion, l. 1. §. 5. vers. *numquid* D. *de postul.* * En el dia tan solo el tribunal supremo de justicia y en los negocios que vayan al mismo por recurso de nulidad debe espresar los motivos que haya tenido para dictar sus fallos, art. 17. del Decreto de 4 de Nbre. de 1838: por lo demas, empero, fuera de dicho caso está espresamente prohibido que los jueces motiven sus sentencias l. 8. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.; y declarado quiénes son y en qué casos los que, ejerciendo jurisdiccion, pueden asesorarse, y como deben proveer estos y sus asesores; por lo cual no podrá venir el caso de referirse una sentencia á los ejemplares ó precedentes en que se la haya fundado, ni de proveer un juez que hayan de estar las partes á lo que determine un jurisperito al efecto designado. Escusado es, pues, hacer comentarios sobre las cuestiones que propone el Glosador en esta y en la antecedente nota; siendo de advertir que por análogas razones hemos dejado de adicionar algunas de las especies meramente escolásticas de que se ocupa el mismo Glosador en el presente título, y que difícilmente habrán ocurrido jamás en la práctica.

(102) Conc. ll. 3 y ult. C. *de legib.* y cap. *in causis* 19. *de re judic.*

(103) Entiéndase esto en el sentido en que lo esplican Abb. y los DD. al cap. *in causis* 19. *de re judic.*

(104) Conc. l. ult. C. *si à non competent. jud.* y l. ult. D. *de jurisd. omn. jud.* Esceptúase, empero, de lo dispuesto aqui el caso en que, habiéndose declarado competente el juez que no lo era tal, no se hubiese apelado de semejante declaracion; pues entonces no se podrá ya reclamar en lo sucesivo por su falta de jurisdiccion, segun Inoc. al cap. *pastoralis, de rescript.* glosa que empieza *sed quid dices* y cap. *super litteris* d. tit.; á menos que el que se ha declarado juez competente carezca absolutamente de jurisdiccion, en cuyo caso la sentencia en que se hubiere declarado tal, no obtendrá autoridad de cosa juzgada, sino cuando, habiéndose apelado de ella, hubiere sido confirmada por el juez ó tribunal superior, especie que califica de peregrina el mismo Inoc. á d. cap. *super litteris*, y lo propio siente Ang. á la l. 1. C. *si à non compet. jud.* * V. la l. 7. tit. 21. lib. 11. Nov. Recop. en la que se previene que no se dé lugar á suplicacion ni otro recurso alguno de la sentencia en que los del Consejo ú Oidores de alguna audiencia se declaren jueces competentes ó incompetentes en un determinado negocio. Y V. sobre este particular lo que se dirá en el apéndice al tit. prox. sig. al hablar de los recursos de nulidad por ante el tribunal supremo de justicia.

(105) Conc. l. 15 D. *de jurisdic. omn. jud.* y l. 2. princ. D. *de judic.* V. l. 32. tit. 2 de esta Part. donde dice *la novena*, con lo anotado allí: teniendo lugar lo que aqui es

ta razon, non valdria (106). Otrosi dezimos, que non es valedero el juyzio que es dado contra alguno despues que muere (107), porque passa ya a poderio de otro Judgador, que ha a dar juyzio sobre todos los otros; fueras ende en pleyto de traycion, e en todas las cosas señaladas, de que fablamos en el libro (108) de las malfetrias; e de los otros yerros en que puede ser dado juyzio, contra el ome que es finado, en razon de su fama, o de sus bienes. Otrosi dezimos, que non deue valer el juyzio que es dado sobre alguna cosa, ante que sea fecha demanda, o respuesta sobre ella; assi como de suso mostramos en las leyes (109) que fablan en esta razon. Esso mismo dezimos del juyzio que diesse el Judgador, non sabiendo la verdad del pleyto, si despues la quisiesse saber, o pesquerir, que non deue valer. Ca ordenadamente (110), segun que mandan las leyes deste nuestro libro, deue el Judgador andar por el pleyto, e escodriñar, e saber la verdad, lo mejor que pudiere: e en cabo dar su juyzio, assi como entendiere que lo deue fazer. Otrosi non es valedero el juyzio, en que non es dado el demandado por quito, o por vencido. Ca estas palabras, o otras semejantes

dispone, bien se haya cometido antes ó bien despues de contestado el pleito el error acerca de la jurisdiccion, y bien haya sido aquel de hecho ó de derecho, mientras haya sido continuo y en ningun momento haya quedado purgado por estar las partes enteradas de la incompetencia del tribunal, y sea la que fuere la parte que hubiere incurrido en dicho error, porque se necesita el consentimiento de entrambas, segun Ang. á d. l. 15. Y por regla general, á tenor de lo dispuesto en la l. 21. D. *de probat.* siempre que las partes litigaren ante un juez incompetente, se presumirá en caso de duda, que lo han hecho por error V. Specul. tit. *comp. jud. addit.* §. 1. vers. *sed numquid præsumitur;* á menos que aquella presuncion apareciere contrariada por otras que indicasen haber estado las partes enteradas de la incompetencia ó falta de jurisdiccion, Ang. á d. l. 15. col. 2.

(106) A menos que el error consistiere en creer las partes que el juez ante quien litigan tiene el uso de la jurisdiccion, y este tuviese efectivamente la jurisdiccion, pero no el uso de ella; como si, habiéndose nombrado dos delegados, las partes litigasen ante uno de ellos, creyendo que por sí solo podia funcionar; en cuyo caso, á pesar del error, seria válida la sentencia que aquel profiriese, segun Inoc. al cap. *prudentiam*, *de offic. deleg.* y Ang. á d. l. 15. col. 2. quien califica dicha escepcion de admirable.

(107) Conc. l. 59. §. ult. D. *de re judic.* y l. penult. D. *quæ sentent. sine appell. rescind.*; á menos que se hubiere fallado á favor de la misma parte que hubiese fallecido; pues entonces seria válida la sentencia, segun la Glos. á la l. 191. D. *de regul. jur.*, fundándose en la l. 3. princ. D. *de fideicom. lib.* bien que, en el caso especial allí propuesto, se funda esta doctrina en el favor con que las leyes miran la libertad; de suerte que, fuera de dicho caso, tampoco seria válida la sentencia, aunque favorable al difunto, Bart. *in summa.* á d. l. Igualmente se esceptúa el caso en que se hubiese fallado en favor de un litigante ya difunto el pleito que este hubiese seguido con otro sobre algun beneficio; pues tambien se sostendria dicha sentencia como favorable á la Iglesia, segun, refiriéndose á un caso notable, pretende Bald. á la l. unic. §. 3. hácia el fin C. *de caduc. tollend.* Y ¿si, al proferirse la sentencia, hubiese ya empezado alguno de los litigantes á defenderse por medio de procurador? V. l. 23. C. *de procur.* y en órden á la concesion de privilegio hecha á favor de alguna persona que ya hubiese fallecido, V. d. l. 191. y la Glos. allí.

(108) Ll. 7. y 8. tit. 1. Part. 7.

(109) V. ll. 3. y ult. tit. 10. de esta Part. y lo anotado allí.

(110) Conc. l. 4. y Glos. allí C. *de sentent.* siendo de notar, para la mejor inteligencia de dicha ley romana, lo que se dispone en la presente, y señaladamente en las palabras *non sabiendo la verdad del pleyto;* de las cuales se infiere que es nula la sentencia proferida sin haber admitido pruebas ó concedido las dilaciones para probar; V. Bald. y Ang. á d. l. 4. donde dice que, si la falta de pruebas no procede de haberlas el juez desechado, sino de no haberlas querido las partes ministrar, estando el pleito sin contestar, será válida la sentencia; así como será nula *ipso jure*, si el juez la hubiere proferido *ex abrupto*, sin permitir que se ministraran las pruebas ofrecidas: y lo propio opina la Glos. allí. V. Inoc. al cap. *tua*, *de cohab. cleric. et mul.* y añad. lo anotado por Abb. al cap. 22. notab. 6. *de elect.* Y ¿si el juez hubiere fallado sin ver las pruebas ministradas por el reo? V. Bald. á la l. 3. col. 2. C. *quom. et quand. jud.* y Glos. 2. quest. 1. *in summa* y Barba. quien trata latísimamente de esta materia al cap. *ecclesia Sanctæ Mariæ* col. 30. *de constit.* Y ¿si, no habiéndose ministrado prueba alguna, dijere el juez fallar por lo que se ha probado? V. Bald. á d. l. 4. col. 2. y añádase ademas que, asi como la inobservancia del órden de sustanciacion establecido hace nulo el pro-

(111) dellas, deuen ser puestas en todo juyzio afinado, segun que conuiniere a la demanda,

cedimiento en los juicios ordinarios, asi tambien importa nulidad en los estraordinarios la inobservancia ú omision de aquellos trámites que, si bien mas breves y sencillos, se requieren y son de sustancia en los mismos, como notablemente observa Pedr. de Anchar. consil. 167. col. 2. que empieza *visis diligenter omnibus*, y Felin. á d. cap. *ecclesia Sanctæ Mariæ* col. 12. *de constit.*

(111) V. Glos. y Ang. á la l. 5. C. *de appell.* y Alex. á la l. 1. glos. ult. D. *de re judic.* * El texto de la presente ley y el de la 5. de este tit. y l. 26. tit. 1. Part. 7. han dado ocasion á que se disputara en gran manera sobre la legitimidad de la práctica de absolver en algunos casos á los reos ó demandados *de la instancia y observancia del juicio*; con cuya fórmula se entiende declarar que la sentencia absolutoria no forma estado, y que puede el actor, sin perjuicio, volver á instaurar su demanda, cuando lo crea conveniente. Semejante práctica unánimemente recibida hoy por nuestros tribunales asi en lo civil como en lo criminal, pretenden algunos que está autorizada por las leyes de Partidas, al paso que otros se empeñan en verla espresamente reprobada por las mismas. Creemos, empero, que ni una ni otra de esas opiniones estremas puede encontrar apoyo en el texto sobrado ambiguo de dd. ll. que aqui nos hemos propuesto comentar. De una parte, parece ser el espíritu decidido de ellas el que la sentencia deba terminar siempre de un modo absoluto y definitivo el negocio sobre que recayere, y que haya de observarse en todo rigor el constante y sabido principio de que «no probando el actor, debe ser absuelto el convenido:» pero á vuelta de esto es fácil observar que en ninguna de dd. ll. se previene de un modo terminante y positivo que en toda sentencia haya de condenarse ó absolverse definitivamente al reo, sin que á continuacion se modifique aquel precepto con alguna otra espresion equívoca y susceptible de varias interpretaciones. La presente ley quiere que en toda sentencia definitiva se usen las palabras de dar al demandado *por quito ó por vencido*: pero añade en seguida *ú otras semejantes dellas*. ¿Cuáles podrán ser estas, y hasta qué punto deberá procurarse su *semejanza* ó analogía con las primeras? La l. 5. de este tit. previene que en la sentencia *señaladamente haya de ser escrito como quita ó condena al demandado en toda la demanda ó en cierta parte della*: mas concluye luego ó *deue* (el juez) *poner otras palabras guisadas quales entendiere que conuiene á la demanda que fue fecha*. Hé aqui espresamente dispensados á los jueces de atenerse á la precisa fórmula de la ley. ¿Hasta qué punto, pues, les será lícito separarse de ella? Y la absolucion *de la instancia* ¿deberá entenderse escluida de esas *palabras guisadas*, en que pueden concebirse las sentencias, cuando se entendiere *conveniente?* Ademas, esa misma absolucion de la instancia, tal cual la ha entendido y canonizado la práctica de nuestros tribunales está autorizada en términos muy esplícitos por la l. 9. del presente tit., como dijimos en la nota 65., siempre que el juez hallare por el exámen de los autos que el demandante no ha tenido los plazos suficientes para probar, ó *entendiesse alguna dubda en los actos, porque non se atreuiesse a dar el juizio.* Es verdad que d. l. se refiere al caso preciso y determinado en que el actor, despues de contestado el pleito, *non lo quiere lleuar adelante, ó desamparalo por pereza, ó maliciosamente á sabiendas, entendiendo que non ha recabdo con que prouar su intencion.* Pero, siendo, como es, dicha absolucion favorable al mismo actor, pues por ella deja de estinguirse perpetuamente su accion con la escepcion de cosa juzgada, no se comprende á la verdad, ni es creible, puesto que la ley no lo dice espresamente, que esté en su intencion denegar al demandante aquella consideracion ó beneficio, cuando concurran iguales circunstancias, estando él presente y formando parte en el juicio; cuyo hecho debe forzosamente hacerle de mejor condicion, que el de haberse constituido en rebeldía *á sabiendas ó maliciosamente* y por desconfiar de la eficacia de las pruebas que podria ministrar. Creemos, por lo tanto, que, sobre todo en los negocios civiles y con arreglo al derecho de Partidas en esta parte no derogado por otro posterior, es muy aventurado negar la legitimidad de la absolucion de la instancia y observancia del juicio. Con mayor fundamento tal vez podria ponerse en duda la conveniencia ó intrínseca justicia de semejante práctica, dado que el actor entabla su demanda como y cuando quiere, y no puede, por consiguiente, quejarse por verla definitivamente desechada, si, por no haber preparado sus pruebas con oportunidad, no consigue dejarla completamente justificada, aunque vislumbrándose por el resultado de los autos el derecho que le asiste. Al contrario en los negocios criminales; por ser en ellos mas frecuente la falta de plenas pruebas que convenzan legalmente á los acusados, mas peligroso el salvar entera la distancia entre la condena y la absolucion completa, y mas positivo y trascendental el conflicto entre favorecer la impunidad y castigar á la inocencia, creemos

muy lógica y equitativa esa práctica conciliadora que, sin condenar al acusado, cuando no está convicto, tampoco le sustrae enteramente á la accion de la ley, mientras hay algun indicio ó probabilidad no desvanecida de que sea culpable. Añádase, de otra parte, que en las causas criminales, en cuanto interesa, en su resultado, la vindicta pública y está esta representada en las mismas por el ministerio fiscal, no puede decirse, como en lo civil, que el actor ó acusador sea responsable de la falta de prueba por su parte, por haberla podido preparar antes de intentar su accion ó demanda; pues el ministerio fiscal no puede diferir sus gestiones para tiempo mas oportuno, desde el momento en que tiene noticia de haberse cometido un delito, ni fuera justo que por semejantes consideraciones se perjudicara al interes general de la sociedad, absolviendo definitivamente al reo contra quien obrasen todavía algunas probabilidades atendibles. Al propio tiempo, empero, y por una razon inversa, parécenos que en los negocios criminales, con mayor fundamento que en los civiles, puede sostenerse que la absolucion *de la instancia* no está consentida por nuestro derecho de Partidas. La ya citada ley 26. tit. 1. Part. 7. establece terminantemente que el juez *deue dar por quito* al acusado *si por su conoscencia, nin por las prueuas que fueron aduchas contra él non lo fallare en culpa de aquel yerro* sobre que versaba la acusacion: y no solo esto, sino que debe tambien *dar al acusador aquella mesma pena que daria al acusado* si hubiese resultado convicto: de cuyas literales palabras se infiere la notable consecuencia de que, pues á la absolucion del acusado se añadió en dicho caso necesariamente la pena del talion para el acusador, (por mas que esto último no sea tal vez muy filosófico) es evidente, empero, que entendió la ley hablar de la absolucion completa, única compatible con la susodicha pena, sin que puedan admitirse aqui, como en los negocios civiles á que se refieren las leyes de este tit., otras fórmulas equivalentes ó *guisadas* al arbitrio del juez y en proporcion á la mayor ó menor plenitud de las pruebas. Puede ser esto, si se quiere, una exageracion del principio consignado en la misma ley de que, siendo *la persona del ome la mas noble cosa del mundo*, no se le puede imponer pena corporal alguna, sino por *prueuas claras como la luz e sin ninguna dubda*. Mas ya tuvimos ocasion de observar en otro lugar que esa exageracion, mas ó menos digna de elogio ó vituperio, existe verdaderamente en las leyes de Partidas, y que los compiladores de ellas aceptaron con todas sus consecuencias el principio de que debe absolverse libremente al acusado, no solo cuando este haya justificado su inocencia, sino tambien siempre que no esté plenamente probada su culpabilidad: y, á pesar de que el peligro de la impunidad es lo que mas recomienda la práctica de la *absolucion de la instancia*, no puede dudarse que aquel peligro fue previsto y desdeñado por los legisladores que no dudaron estampar en la l. 12. tit. 14. de esta Part. aquellas notables palabras de *mas santa cosa es quitar al ome culpado contra quien no puede fallar el judgador prueua cierta e manifiesta, que dar juizio contra el que es sin culpa, maguer fállasen por señales alguna sospecha contra el.* Los que tan deliberadamente se resignaron á la impunidad como un mal preferible á otro mayor es evidente que no conocieron ó no quisieron admitir en lo criminal el término medio de la absolucion de la instancia, que, á conocerla ó admitirla, hubieran en otros términos consignado. (a) V. la nota 55. d. tit. 14. de esta Part. á D. J. Escriche, Diccionario razonado de legislacion y jurisprudéncia, art. *absolucion*, Febrero novísimo por los SS. Goyena, Aguirre y Montalban (1ª edicion) tit. 140. seccion 1. num. 8298. y sigs., Hevia Bolaños en su Curia Filip. Juic.º crim. §. 17. num. 1. el mismo Juic. civ. §. 17. nums. 7. y 8.º don Ramon Lázaro de Dou, Derecho público lib. 3. tit. 2. cap. 11. sec. 1. num. 6. Antonio Gomez tomo 3. *Variar.* cap. 13. num. 28. don Pedro Nolasco Vives traduccion de los Usages y demas derechos de Cataluña tom. 3. lib. 7. tit. 3., nota 1. donde trata estensamente esta materia en términos generales y sin referirse al derecho particular del Principado: y el mismo Sr. Goyena, Código criminal español lib. 3. tit. 5. seccion 6. nums. 1567. y sigs.

Por lo demas, y en el supuesto de hallarse como se halla, la absolucion de la instancia adoptada generalmente y sin contradiccion, no es fácil señalar las reglas fijas por las que se rigen ó deberian regirse los tribunales en la indicada práctica y por las que pueda venirse en conocimiento de cuáles sean los casos en que, por punto general, corresponda el aplicarla, y hasta qué punto hayan de estenderse sus efectos.

En los negocios criminales puede decirse que procederá la absolucion de la instancia,

(*a*) La divergencia que se observa entre la opinion aqui emitida sobre la legitimidad de la práctica de absolver de la instancia en los negocios criminales, y lo que al mismo propósito se dice en la nota 122. tit. 1. de la 7.ª Part. no debe atribuirse á falta de la debida madurez ó á poca preparacion de nuestros trabajos, sino al distinto modo que, en esta parte, han tenido de ver las cosas los dos co-editores que respectivamente tienen á su cargo la traduccion y comentarios de las dos Parts. 7.ª y 3.ª En una materia sobre la cual estan discordes los mas célebres jurisconsultos, cada uno ha debido espresarse conforme á sus particulares convicciones; y entrambos someten al buen juicio de los lectores la calificacion de las mismas.

siempre que, no resultando legalmente probadas la acusacion ni la inocencia del procesado, aparezca, sin embargo, indicada la culpabilidad del mismo por pruebas semiplenas ó por presunciones tales que no lleguen á producir la completa conviccion moral que en el dia se tiene por bastante para condenar, V. d. nota 53. tit. 14. de esta Part., y tambien cuando, no estando plenamente probada la existencia del delito, resulte, con todo, de los autos que, caso de haber aquel existido, ha debido cometerlo el acusado, como podrá suceder, por ej., en el caso de desaparicion de alguna persona, cuyo cadáver no pueda encontrarse y que haya motivos para creer que ha sido asesinada por el procesado. En tales casos la absolucion de la instancia, sobre las ventajas antes indicadas, lleva la de hacer mas gratuita é inmotivada la práctica, que vémos adoptada por algunos tribunales tal vez con escesiva latitud, de imponer á los reos no convictos penas *medias* que se pretenden proporcionadas á la mayor ó menor verosimilitud de los cargos; como si la certeza legal ó moral que la ley y la humanidad exigen para *condenar* pudiese sujetarse á cálculo, número y medida; y como si la infamia que resulta de una condena y que para ciertos acusados es la mas aflictiva consecuencia de aquella pudiese guardar asimismo proporcion con las penas materiales que se impongan. Semejante teoría de la graduacion de las penas por la eficacia de los indicios y no por la gravedad de los delitos, tan solo, en nuestra humilde opinion, podrá tener algun sentido, cuando se gradúe la reparabilidad ó irreparabilidad del castigo por la falibilidad ó infalibilidad de la prueba; y en este concepto, la admitiríamos únicamente en las causas de delitos capitales, por los cuales no impondríamos la última pena, sino mediante la plena prueba legal, y la supliríamos con la inmediata, siempre que obrase contra el reo uno de aquellos conjuntos de indicios que en otros casos y por punto general, se consideran bastantes para declararle convicto.

En los negocios civiles opinan algunos AA. que puede absolverse al reo de la instancia no solo por falta de plena prueba, ó por quedarle al juez alguna duda en el acto de proferir el fallo, sino tambien por haber probado el actor una cosa diferente de la que habia deducido en su demanda, ó por observarse algun defecto en la solemnidad y órden del juicio y autos de él; V. Cur. Filip. juic. civil. Dou y Vives lugares citados. Creemos, empero, que semejante doctrina no puede conciliarse con los buenos principios, ni puede encontrar apoyo en la ley escrita. Los defectos de solemnidad ó tramitacion, ó bien serán de aquellos que afectan lo sustancial del juicio, que impiden la completa averiguacion de la verdad é inducen legalmente nulidad, en cuyo caso no solamente no podrá absolverse al reo de la instancia, pero ni siquiera podrá fallarse el negocio en manera alguna, ni procederse mas adelante desde el momento en que semejantes defectos se hubieren observado; ó bien serán tales que no influyan en el conocimiento de los hechos, ni coarten la defensa de los litigantes; y entonces no comprendemos por qué razon habrá de abstenerse el juez de absolver al reo definitivamente ó de condenarle, cuando, á pesar de aquellas estrínsecas informalidades del procedimiento, tenga una plena conviccion de la procedencia ó improcedencia de la demanda: y aun opinamos que, en tal caso, no podria dejar de fallar sin contrariar el espíritu de la l. 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Recop. Se observará tal vez que la l. 9. de este tit., (en la cual funda la propuesta doctrina el autor de la Cur. Filip.) prescribe la absolucion de la instancia para el caso en que se hallare que no se han concedido al demandante los plazos suficientes para probar su intencion, lo que sin duda alguna importa un vicio sustancial en el órden del procedimiento. Mas ya hemos dicho que la citada ley habla del demandante ausente ó contumaz y no creemos que aquella disposicion (cuyo fundamento jamas hemos sabido comprender) pueda, en esta parte, hacerse estensiva al demandante presente en el juicio, respecto del cual por necesidad habrá debido verificarse una de dos cosas, ó bien no habrá obtenido los términos ó dilaciones legales y competentes, porque no los ha pedido, ó porque ha consentido la denegacion de las mismas, y entonces no podrá quejarse de que la sentencia le sea contraria, y prejuzgue definitivamente la cuestion; ó bien, habiendo solicitado en debida forma las dilaciones, le habrán sido denegadas con justicia ó sin ella: si lo primero, ya que haya habido razon para desechar la prueba, la habrá tambien para absolver al convenido de la demanda; si lo segundo, ó el juez reconocerá la ilegalidad con que ha procedido, y entonces deberá subsanarla, reponiendo el procedimiento, ó bien insistirá en su error, ó maliciosamente no querrá reconocerlo y enmendarlo, en cuyo caso nada se adelanta con absolver al reo de la instancia; pues contra semejante fallo, lo mismo que si se le hubiese absuelto definitivamente procederá sin duda alguna el recurso de nulidad.

Cuando el actor pidiere una cosa en su demanda y resultare en definitiva haber probado otra diferente de la que demandaba, pretende tambien el mismo autor de la Cur. Filip. que debe absolverse al convenido de la

instancia, y lo funda en la l. 16. prox. sig. de este tit. Pero ni esta doctrina puede apoyarse en razon alguna de equidad ó conveniencia, ni menos la autoriza directa ni indirectamente la citada ley de Part. Lo que en la misma se declara es que el juez no pueda condenar al convenido á dar ó entregar una cosa distinta de la que se ha espresado en la demanda, aunque haya probado el actor tener derecho á ella, y tampoco mandar la entrega de una cosa individualizada, cuando se hubieren pedido dos ó mas genérica é indeterminadamente; y que si lo contrario se hiciere, sea la sentencia nula y de ningun valor: mas está muy lejos de prevenir ó indicar siquiera que sobre aquel estremo probado y no deducido en la demanda haya de recaer declaracion alguna; ni habia necesidad de declararlo por cuanto, absolviéndose al reo de la *demanda*, esto es, de aquella que se ha propuesto y no de otra, nunca podrán entenderse prejuzgados los demas estremos no comprendidos en la misma, aunque sobre ellos se haya formado cuestion durante el juicio; y todo lo mas, en el caso de que en lo sucesivo pudiese suscitarse alguna duda, podrá esta quedar perfectamente orillada, sin necesidad de absolver de la instancia, con solo reservar al demandante su derecho sobre aquellas cosas no pedidas oportunamente, para que pueda usar de él en juicio competente y separado; y asi se practica comunmente de conformidad con lo que habia indicado nuestro Glosador en la nota 113. á d. l. prox. sig.; cuya doctrina recomienda y aplaude el propio Hevia Bolaños en el lugar citado, aunque transcribiéndola en unos términos que le hicieron olvidar la exacta aplicacion de la misma al caso que antes habia propuesto; pues dice, citando al propio Gregor. Lopez., que «si el juez viere en la causa acto malo que de «los autos parece que es bueno en otra, de«be en la sentencia reservarle (al actor) su «derecho para ella:» y mucho nos engañamos, ó ese caso, si no exactamente el mismo, es á lo menos equivalente al de haber pedido el demandante una cosa y probado su derecho á otra diferente.

La absolucion de la instancia, pues, en lo civil, solo tendrá lugar en defecto de plena prueba ó por quedarle al juez alguna duda en definitiva sobre el negocio que ha de decidir en la sentencia: pero no siempre que concurran estas circunstancias ó alguna de ellas deberá absolverse ni de hecho se absuelve en aquellos términos al demandado. La falta de plena justificacion por parte del actor es, y debe ser por punto general, motivo suficiente para proveer la completa absolucion, y lo es asimismo el mero hecho de quedar alguna duda acerca la procedencia y legitimidad de la accion que se ha entablado. Y tanto mas debe serlo, sobre todo en las primeras instancias, en cuanto la ley concede á los litigantes el remedio de la apelacion, no solo para reparar las injusticias tal vez contra ellos cometidas, sino para que, alegando y probando en la instancia de vista lo que hubieren dejado de alegar y probar en la primera, puedan llenar los vacíos y subsanar las omisiones en que por mala inteligencia ó escesiva confianza hubieren incurrido. Los jueces ordinarios, pues, no deben reparar en prejuzgar definitivamente los negocios con estricta legalidad, y aun contra sus privados presentimientos, en la seguridad de que cumplen, haciéndolo, con su obligacion y no pueden perjudicar á los interesados de un modo irreparable; porque estos tienen el medio de apelar, si quieren hacerlo, y demostrar mejor la justicia intrínseca de sus pretensiones en la ulterior instancia; y con mayor razon todavía deben hacerlo los tribunales superiores, dado que apenas puede ser ya escusable el descuido ú omision que se haya padecido respecto de los negocios ó cuestiones ventiladas en dos ó tres instancias consecutivas, con la recíproca facultad de ministrar pruebas y defenderse en cada una de ellas.

¿Cuándo, pues, será justo y procedente el que se absuelva en lo civil á los convenidos de la instancia? No es fácil determinarlo por medio de una fórmula precisa y categórica que comprenda la generalidad de los casos y combinaciones que pueden ocurrir. Pero, por medio de ejemplos, se pueden señalar aproximadamente las circunstancias que, concurriendo en un juicio, aconsejan al que ha de decidirlo la adopcion de aquella práctica equitativa y conciliadora. Sucede á veces, y es lo mas comun, que una *accion* está basada en una serie de hechos que todos deben existir y justificarse para que aquella esté bien ejercitada: y sucede tambien con frecuencia que la privada oposicion que ha encontrado el actor en el ejercicio de su derecho y que le obliga á promover un juicio se ha dirigido esclusivamente contra uno solo ó algunos mas de los espresados hechos, quedando los restantes reconocidos en la apariencia por aquellos contra quienes la accion ha de dirigirse. Ocasiones hay en que algunos de los espresados estremos tienen una especie de notoriedad en el círculo de las personas que interesan ó han intervenido en el negocio, antes de ponerlo en tela de juicio y por la cual se considera como innecesaria su justificacion, ó no se piensa en ofrecerla. En este concepto da el actor sus instrucciones; y no solo acontece que, al preparar é instruir la demanda, se dejan llevar él y sus defensores de aquella natural prevencion y dan por supuestos algunos hechos

que les seria fácil y necesario probar, sino que, en la misma buena fe (que reina mas que nunca en el principio del litigio) tampoco los contradicen el demandado ni sus patronos preocupados con las ideas ó hechos que han de formar el principal objeto de la cuestion. Asi se empieza y adelanta el juicio, y toca ya muchas veces á su término, cuando, sutilizándose por ambas partes é irritándose con la controversia los deseos de alcanzar la victoria, se suele no reparar ya en la eleccion de los medios, y se niega ó se pone en duda la certeza de aquellos mismos hechos que tácitamente se habian reconocido, y que sin embargo no pueden decirse legalmente confesados, ni pueden ya probarse por no permitirlo el estado en que se encuentran los procedimientos. En tales casos no se puede condenar al convenido, porque la accion no está debidamente justificada; ni es justo que se le absuelva, porque esto seria premiar la falta de buena fe y lealtad que debe reinar en todo juicio. Hé aqui, pues, la conveniencia y equidad de la absolucion de la instancia y observancia del juicio: hé aqui la falta de prueba calificada y escusable, la verdadera duda *puramente* legal que recae sobre un hecho verosímil y casi reconocido, y no permite que se perima la accion deducida con la perpetua escepcion de cosa juzgada. Cuando esto se verificare ó concurrieren análogas circunstancias, aun los jueces inferiores, prescindiendo de las consideraciones que antes hemos espuesto, y los tribunales superiores tambien, cuando no se haya echado mano de semejantes ardides hasta la segunda ó tercera instancia, deben y acostumbran en la práctica dar un solemne testimonio de su respeto á las inspiraciones de la equidad, absolviendo á los demandados simplemente de la instancia y dejando abierto el juicio á nuevas pruebas y alegaciones. Lo mismo podrá decirse en el caso en que haya perfecta igualdad de pruebas por ambas partes, como se dijo en la adicion á la nota 199. tit. 16. de esta Part. Pero aun asi, como oportunamente observa uno de los escritores antes citados, «deben los jueces ser muy y muy circunspectos «en proferir esta clase de sentencias.»

Pasando ahora mas adelante, entremos á examinar aunque breve y concisamente otras varias cuestiones que sobre la misma materia nos quedan por resolver y respecto de las cuales no dejan de ofrecerse graves dificultades. =¿Cuáles son ó deben ser los efectos legales de la absolucion de la instancia y observancia del juicio? ¿A cuál de los litigantes y en qué casos podrá imponerse el pago de costas, cuando por ella terminare el juicio? ¿Cuántas veces podrá absolverse al demandado de la instancia sobre un mismo y determinado negocio?

Primera cuestion: Estan conformes todos los prácticos, y de otra suerte la absolucion de la instancia careceria de sentido, en que por ella queda terminado el *juicio* en el cual hubiere recaido, pero que no produce escepcion de cosa juzgada contra el actor, antes le queda á este salvo y espedito su derecho para intentarla nuevamente y cuando bien le pareciere: á cuyo efecto le será lícito reproducir los documentos y demas probanzas por él ministradas en el anterior juicio, y lo mismo podrá hacer el reo en su defensa, pero sin que á uno ni otro le aprovechen ni perjudiquen las actuaciones practicadas en el mismo, lo que equivale á decir que el segundo juicio deberá instaurarse y sustanciarse por los mismos trámites y solemnidades que el primero, y lo mismo que si este no hubiese existido. Pero ¿podrá hacerse la reproduccion uniendo los antiguos autos á la nueva demanda, ó será necesario proveerse por separado de formal testimonio de la resultancia de los mismos que se trate de utilizar? Creemos que bastará lo primero, y asi vemos que en la práctica se observa. — La contestacion del pleito en méritos de unos autos terminados por la absolucion de la instancia opinamos tambien que *omni novatione cessante* previene la jurisdiccion para el ulterior juicio á favor del juez que haya conocido del primero: que interrumpe legalmente la prescripcion, cierra la puerta en el segundo juicio á toda escepcion dilatoria que no se funde en méritos sobrevenidos y de que antes no se hubiese tenido noticia, y constituye en mora y mala fe al que definitivamente resulte condenado para el efecto de obligársele al pago de intereses y restitucion de frutos, desde que quedó contestado el pleito la primera vez que se intentó.

2ª cuestion: toda vez que la absolucion de la instancia es favorable al que no ha probado plenamente su intencion, en los casos en que esto se verifique, parece ser ya bastante que se le dispense aquel beneficio, sin que ademas se obligue á su contrario al pago de unas costas que, sin culpa de su parte, se han hecho inútiles ó de ningun resultado por efecto de un error ó descuido que, si bien podrá ser escusable, es justo, sin embargo que sufra sus consecuencias el que lo hubiere padecido. Asi pues, cuando se absuelva al convenido de la instancia, á menos que la falta de prueba haya sido muy notoria y maliciosamente procurada y no alegada con oportunidad por el que trata de aprovecharse de ella, deberá condenarse en las costas del juicio al que asi hubiere dejado de probar plenamente su intencion, bien sea este el actor ó el convenido; y decimos de propósito el actor ó el convenido, porque tambien, aunque muy rara-

assi como de suso mostramos (112).

LEY 16. *Como non deue ualer Juyzio que da el Judgador sobre cosa que non fue demandada ante el.*

Afincadamente deue catar el Judgador, que cosa es aquella sobre que contienden las partes ante el en juyzio; e otrosi en que manera fazen la demanda; e sobre todo, que aueriguamiento, o que prueua es fecha sobre ella: e estonce deue dar juyzio sobre aquella cosa. Cà si fuere fecha la demanda antel sobre vn campo, o sobre vna viña, e el quisiere dar juyzio sobre casas, ó bestias, o sobre otra cosa que non pertenesciesse a la demanda (113), non deue valer tal juyzio. Esso mismo dezimos que seria, si la demanda tan solamente

mente, la falta de prueba plena por parte de este último podrá dar lugar á que se le absuelva de la instancia; si, por ejemplo, estando la accion bien justificada se hubiere opuesto á ella alguna de aquellas escepciones que no escluyen la previa existencia de la misma accion ó derecho, sino que suponen su estincion, como la de pago, remision, pacto de no pedir y otras, y concurrieren respecto de dichas escepciones, las mismas circunstancias que, concurriendo en la demanda, hemos visto daban lugar á la indicada absolucion: pues no es justo que al convenido, que no puede tan desahogadamente preparar sus pruebas y medios de defensa, se le haga, en esta parte, de peor condicion que al demandante. Entiéndase, empero, lo que acabamos de decir esclusivamente para los negocios civiles; pues en lo criminal, como la absolucion de la instancia supone que la acusacion no ha sido legal ni moralmente probada de un modo que no dejase lugar á duda, seria una iniquidad y un absurdo el condenar al pago de las costas á un particular, respecto del cual se reconoce la posibilidad de que sea inocente. Puede, con todo, en algunos casos conciliarse aquella condena con la absolucion de la instancia, siempre que los indicios resultantes contra el procesado hayan sido efecto de su conducta irregular ó del modo confuso ó contradictorio con que hubiere declarado en el sumario, y en general siempre que algun acto mas ó menos culpable de su parte haya dado lugar á las sospechas en virtud de las cuales se ha procedido contra él.

3ª cuestion. Parece ser una consecuencia legítima y necesaria de la teoría de la absolucion de la instancia la de que pueda recaer una sola vez y no mas en cada negocio determinado, tanto en los negocios civiles, como en los criminales: en los primeros, porque al litigante, bien sea actor ó demandado, que en dos juicios consecutivos sostenidos al efecto por el mismo, no ha conseguido probar plenamente su intencion, no puede haber inconveniente en que se le declare, ni es justo que deje de declarársele decaido definitivamente de su derecho: y tambien en los segundos, porque á un particular á quien por dos veces acusado no se le ha podido considerar convicto de cargo alguno, seria tanto mas duro é irregular el sujetarle todavía á nuevos procedimientos, en cuanto son estos por su naturaleza en lo criminal mas aflictivos y vejatorios física y moralmente que en lo civil; y en cuanto, siendo, como es, nuestro derecho penal escrito tan eminentemente liberal, segun dejamos indicado, que apenas se compadece con él la práctica de la absolucion de la instancia, puede tolerarse y aplaudirse, si se quiere, el que se haya adoptado aquella por consideraciones de interes público y para evitar, en lo posible la impunidad, pero seria ya prescindir escesivamente del espíritu que reina en nuestros Códigos, el dar á aquella práctica tanta estension que se la reiterase en un mismo y determinado negocio; seria tambien afectar una suspicacia indigna del ministerio que representa á la sociedad el no dar por suficientemente purgados los indicios que pueden haberse reunido contra un acusado con dos series de procedimientos, en ninguno de los cuales se le ha podido legalmente condenar, y sobre todo por muy exagerada que se suponga la benignidad con que miran las leyes de Partidas á los acusados, nos parece que al caso de que nos estamos ocupando tendria siempre una exacta é indeclinable aplicacion el bello principio de *ser mas santa cosa quitar al ome culpado contra quien no puede fallarse prueua cierta e manifiesta*, que sujetar indefinidamente al inocente á ver su buena fama puesta en tela de juicio y amenazada su persona con penas de que en dos sucesivos juicios no ha podido declarársele merecedor.

(112) Ll. 2. y 3. de este tit.

(113) Conc. l. 18. D. *comm. divid.* l. 15. D. *de negot. gest.* y l. ult. C. *de fideicom. lib.*; siendo tres los puntos en los cuales debe ser la sentencia conforme con el libelo, esto es, *la cosa, la causa y la accion*, segun Bald., á quien puede verse, á la l. 1. col. 2. C. *si plures una sentent.* y V. allí mismo si tambien en las circunstancias concomitantes debe haber la propia conformidad, sobre lo cual y para la inteligencia del cap. *abbate sanè, de re judic.* se espresa d. Bald. notablemente; y añad. cap. *licet Heli* 31. *de simonia* y Juan de Ana.

fuesse fecha sobre el señorio de la cosa, e el judgasse sobre la possession (114). Otrosi dezimos, que si el demandador demandasse a otri cauallo, o sieruo quel mandara o le prometiera, non le nombrando, ni señalando ciertamente qual: e el Juez diesse despues juyzio contra el demandado, que diesse al demandador Fulan sieruo, señalado por nombre, o Fulan cauallo, señalado por color, o por sus faziones; tal juyzio como este non seria valedero: porque, bien assi como fue fecha antel la demanda en general, en aquella misma ma-

allí. Si la sentencia proferida se estiende á mas de lo pedido, es *ipso jure* nula, Glos. á la ley 16. §. 1. D. *fam ercisc.*; á menos que sea imposible la restitucion de la cosa reclamada; en cuyo caso será válida la condena en la estimacion de ella, l. 33. §. 1. D. *de petit. hæred.* l. 22. D. *de reb. cred.* ó si hubiere consistido la demanda propuesta en pedir la confirmacion de una eleccion, pues entonces podrá el juez declarar la nulidad de la misma, aunque no se hubiere pedido, segun Inoc. al cap. *cum contingat, de offic. deleg.* y V. Alberic. á d. l. 18. D. *comm. div.* y á d. l. ult. C. *de fideic. lib.* donde trata sobre el particular. varias otras notables cuestiones. Y si, habiéndose propuesto querella de adulterio, se probare haberse cometido un estupro, ¿podrá imponerse la pena correspondiente á este último delito? V. Ang. tratad. *maleficiorum* vers. *che han adulterato,* col. 7. Por lo demas, empero, no puede el juez suplir la demanda, aunque se hubiere probado mas de lo que en ella se habia pedido, V. Bald. *de milit. vasall. qui contum. est*, col. 2. debiendo las palabras de la sentencia referirse, en cuanto sea posible, á las de la demanda. V. Bart. á la l. 4. §. 1. D. *de suspect. tut.* y añad. lo anotado por Bald. á la l. 11. D. *de just. et jur.* hácia el fin sobre el caso en que, habiéndose alguno limitado á pedir que se le hiciese justicia y derecho, hubiese el juez fallado en favor del mismo, á pesar de no tener derecho ni justicia; cuya sentencia, dice, no adoleceria de nulidad por no ser conforme con el libelo, porque con semejante demanda parece haberse querido que el juez fallase segun la justicia del foro y por su prudente arbitrio: y discurriendo sobre lo mismo, añade que es lo mas seguro no continuar en los libelos la referida cláusula. Al contrario, empero, es este el modo de poner las demandas aprobado por las decretales en el cap. 2. *de ordin. cognit.* donde observa el citado Bald. que la cláusula de «*lo que fuere justo decreteis*» que acostumbra continuarse en las letras ó despachos del Papa ó de los Señores se pone tambien con referencia á las demandas que se hubieren interpuesto. Añad. igualmente lo anotado por Abb. al cap. *super eo* hácia el fin, *de elect.* esto es, que las palabras de la sentencia deben entenderse siempre con arreglo á lo que se hubiere pedido ú escepcionado, V. Bart. á la l. 72. col. antepen. versic. *nonò restat* D. *de verbor. oblig.* Y en el caso de haberse alguno querellado de habérsele maltratado con efusion de sangre, y probado despues los malos tratos ó golpes, pero no que se hubiese seguido de ellos derramamiento de sangre ¿podrá condenarse al acusado? V. Bald. á la l. 2. C. *de probat.* y nótese bien que si el que viere por el resultado de un juicio que no procede la accion en los términos que se ha intentado, pero que podria entablarse útilmente en otro concepto (a), aunque no podrá en tal caso proferir una condena, deberá con todo, en la sentencia reservar el derecho que pueda competer al demandante, l. 30. D. *de pact. dotal.* con lo anotado por Bald. á la autent. *sed et si quis* col. penult. C. *de secund. nupt.* pudiendo añadirse á lo dicho lo anotado por Bald. á las ll. 16. y 17. §. 3. D. *ad leg. Jul. de adult.* Paul de Castr. á la l. 10 §. 3. *D. quem. serv. amitt.* á la l. 13. D. *de servit. urban. præd.*, y la l. 8. §. 3. D. *si servit. vind.* Jason á la l. 38. §. 1. D. *de verb. oblig.* y Bald. á la l. 1. C. *de quæstion.* Y ¿si se hubiese propuesto demanda fundada en un depósito, y se probase despues haber habido un comodato? V. Bald. á la l. 4. C. *de tempor. appell.* Todas esas especies y doctrinas que poco á poco he ido recogiendo, me ha parecido oportuno insertarlas aqui, por la mucha utilidad que se puede sacar de las mismas, y por el trabajo que deberia emplearse en buscarlas.

(114) Nótese bien esto: y al contrario deberá entenderse tambien que, en méritos de una demanda posesoria no podrá fallarse sobre la propiedad. ¿Que deberá decirse, empero, en el caso de mediar un rescripto del Príncipe, mandando que si se ministraren pruebas sobre la propiedad, se falle tambien respecto de ella? Alex. consil. 54. vol. 5. opina que entonces podrá estenderse la sentencia á la propiedad, porque, no causando esto grave perjuicio, puede el Príncipe hacerlo, V. al mismo allí col. 1. vers. *quinimò.* * Escusado es advertir que no puede en el dia venir el caso

(a) Nos ha parecido que debian traducirse en estos términos las palabras que usa el Glosador aqui *quando judex videt actum malè ex una causa, et ex actis apparet, quod esset benè actum ex alia causa*, las cuales tradujo el autor de la Cur. Filip. por estas otras: *quando el Juez viere en la causa acto malo, que de los autos parece que es bueno en otra.* Y hemos creido del caso advertirlo aqui á propósito de lo que dejamos dicho en la adicion á la nota 111.

nera (115) deue el dar el juyzio. Otrosi dezimos, que quando fazen demanda antel Judgador, de alguna bestia, o sieruo que fiziera daño en campo, o viña, o en alguna cosa de otri, e piden al dueño de la bestia, o del sieruo, que peche el daño, o que le de la bestia, o el sieruo que lo fizo; que si lo prouare, deue el Judgador dar el juyzio en la manera que fue puesta la demanda, diziendo assi: Mando que el demandado peche tanto por emienda del daño, que su bestia, o su sieruo fiziera en la cosa de Fulan, o quel de, o quel entregue al demandador aquella cosa quel fizo el daño. Ca si de otra guisa judgasse, condenando señaladamente (116) al demandado en alguna destas cosas sobredichas, tal juyzio como este non es valedero. E esto non dezimos tan solamente en estas cosas sobredichas, mas aun en todas las otras semejantes dellas. Otrosi dezimos, que quando los Judgadores non dizen ciertamente en Juyzio la cosa, o la quantia de que condenan o quitan al demandado, mas dizen assi: Mando que el demandado pague, o entregue a Fulan, lo que demando (117) ante mi; o condenolo en la demanda que fue fecha contra el; o quitolo della; o tengo por bien que non de lo quel demanda; o pusiere en su juyzio otras palabras semejantes destas, por las quales se puede ciertamente entender, que el demandado es quito, o vencido por juyzio de la demanda; en tal razon como esta, si fuere fallado escrito en los actos (118), la cosa, o la quantia sobre que era la contienda, que estonce el juyzio, que fuesse dado en alguna destas maneras sobredichas, seria valedero. Mas si en los actos que passaron antel Judgador, non se fallasse cierta demanda; tal juyzio, en que non nombraua señaladamente la cosa, o la quantia sobre que se dáua, non seria valedero.

LEY 17. *Qual Juyzio deue valer quando los Judgadores son dos, o mas, e desacordaren, judgando de sendas guisas.*

Natural cosa (119) es, de venir ayna desacuerdo, alli do muchos omes fueren ayuntados, e señaladamente quando han a dar su juyzio sobre alguna cosa: e porende dezimos, que si dos, o mas Judgadores fuessen dados (120) para oyr algun pleyto señalado, o para oir todos los pleytos (121), o fuessen Juezes de auenencia; e seyendo todos delante, (*f*) se acordassen en dar el juyzio de sendas guisas; que aquello que judgassen los mas Judgadores (122), deue valer, e non el que diessen los menos. Mas si los Judgadores se acordassen todos (*g*) en el juyzio contra el demandado, e fuesse desacuerdo entre ellos en razon de la quantia, de manera que los vnos lo condenassen en mayor quantia, e los otros en menor; estonce dezimos, que si tantos fueren

(*f*) se desacordasen Acad.
(*g*) en dar juicio etc. Acad.

de presentarse semejantes rescriptos por estar encargada *esclusivamente* á los tribunales y juzgados la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, y porque aquellos si bien administran justicia en nombre del Rey, lo hacen, empero, sin intervencion de aquel y bajo su sola responsabilidad. Arts. 63. 67. y 68. de la Constitucion de 1837. y mas especialmente el art. 243 tit. 5. de la Constitucion de 1812, restablecido por decreto de córtes de 1837., y la Real órden de 21 Marzo de 1834, en las cuales se declara que ni las córtes ni el Rey podrán ejercer en ningun caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos, y se prohibe dar curso á las instancias que se presentaren dirigidas á este último objeto, ó á obtener revisiones estraordinarias.

(115) Pues en tal caso no puede la sentencia referirse á un hombre ó individuo determinado; Glos. á los §§. 32. y 31. Instit. *de action.*

(116) Conc. l. 6. §. 1. D. *de re judic.* y V. princ. Instit. *de offic. jud.*

(117) Conc. l. 59. D. *de re judic.* y l. 5. §. 1. d. tit.

(118) Añad. ll. 2. y 3. y Glos. allí C. *de sentent. que sine cert. quan. profer.* y V. Bart. y Salic. allí donde tratan del caso en que la sentencia se refiera á algun documento no insertado en los autos. * El tratarse en la presente ley y en las cuatro que la preceden de las sentencias que son nulas y de ningun efecto exigia que nos ocupásemos aqui de los recursos de nulidad que contra las mismas pueden intentarse. Pero los hemos reservado para el apéndice que sobre los recursos en general pondrémos á continuacion del tit. siguiente.

(119) Trae orígen lo dispuesto aqui del cap. ult. *de re judic.* y de las ll. 28. y 38. D. *de re judic.* y añad. l. 17. §. ult. D. *de recept. qui arbitr.* y V. la Glos. allí donde cita los textos concordantes.

(120) Esto es, en calidad de jueces delegados.

(121) Esto es, que fuesen ordinarios, ó delegados para conocer de todas las causas en general, V. la Glos. á la l. 36. D. *de re judic.*

(122) Conc. l. 38. D. *de re judic.*

los de la vna parte como los de la otra, que deue valer el juyzio que fuere dado en la menor quantia (123), e non el otro. E esto es por dos razones. La vna, porque todos se acuerdan en aquello que es menos. La otra, porque los Juezes deuen ser siempre piadosos (124), e mesurados, e mas les deue plazer de quitar, o aliuiar el demandado, que condenarlo, o agrauiarlo. Pero si los Juezes fuessen puestos para pleytos señalados (125), seyendo tantos de la vna parte como de la otra, e se desacordassen del todo, e diessen juyzios de sendas guisas, condenando los vnos al demandado, e los otros dandolo por quito; estonce dezimos, que non deue valer ninguno destos juyzios, fasta que aquel que les mando el pleyto oyr, lo vea, e confirme aquel juyzio que el tuuiere por bien. E sobre todo dezimos, que quando a algunos Juezes es mandado que judguen, e libren los pleytos de consuno, que todos deuen ser presentes (126) a la sazon que han a dar el juyzio (127): e si acaesciesse que alguno dellos non se acertasse y, quando lo diessen, lo que fuere judgado por los otros, non deue valer; maguer ouiesse (128) el embiado su carta, e su mandado, que le plazia que diessen el juyzio sin el. Esto tuuieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque podria ser (129), que si aqueste Juez ouiesse estado presente a la sazon que los otros dieron el juyzio, tal palabra, e tal consejo pudiera y dezir, que les fiziera dar el juyzio de otra manera, que non dieron. Pero si aquel que les dio el poderio de judgar, les ouiesse otorgado, que lo pudiessen fazer los vnos sin los otros (130), deue valer el juyzio que dieren, en la manera que les fue otorgado de judgar.

LEY 18. *Qual Juyzio deue valer, quando los Judgadores se desacordaren en dar sentencia por razon de libertad, o de seruidumbre, o en pleyto de justicia, a que dizen en latin pleyto criminal.*

Libertad (131) es cosa con que plaze naturalmente a todos. E segun dixeron los Sabios, todas las leyes la deuen ayudar (132), quando ouieren alguna carrera, o alguna razon por que lo puedan fazer. E porende dezimos, que quando dos Judgadores, o mas, se acertaren o oyr vn pleyto que perteneciere a libertad, o a seruidumbre; si a la sazon que quisiessen dar el juyzio sobre ella, se desacordassen, judgando de sendas guisas, dando los vnos por libre aquel que razonauan por sieruo, e los otros judgando contra el; si los Judgadores fueren tantos de la vna parte como de la otra, deue valer el juyzio que fuere dado por la libertad (133), e non el otro que dieron contra ella. Esso mismo dezimos que deue ser guardado en todo pleyto de justicia (134), en que fuesse condenado alguno a muerte, o a perdi-

(123) Conc. d. l. 38., hácia el fin, y cap. 1. *de arbitr.*

(124) Añad. cap. *ea vindicta* 51. 23. quest. 4.

(125) Háblase aqui de los jueces delegados; y conc. l. 28. D. *de re judic.* y cap. ult. d. tit.

(126) Conc. l. 39. D. *de re judic.* y 2. quest. 6. §. *diffinitiva* vers. *item si plures*, y cap. *causam matrimonii* 16. *de offic. deleg.*

(127) Esto es, la sentencia definitiva: pero no la interlocutoria, V. Glos. y Paul. de Castr. á d. l. 36., hácia el fin, D. *de re judic.* Y acerca de lo que deberia decirse, tratándose de jueces árbitros, V. el cap. ult. *de arbitr.* y la Glos. allí, segun la cual procede solamente dicho texto en el territorio sujeto á la Iglesia; y añad. l. 4. tit. 26. de esta Part. * Sobre lo que dice el Glosador aqui V. la adicion á la nota 135. de este tit.

(128) Conc. l. 18. D. *de recept. qui arbitr.*

(129) Conc. l. 17. §. 7. D. *de recept. qui arbitr.* y V. Paul. á d. l. 36. y Bart. á la l. 39. D. *de re judic.* el cual dice haber otras razones á mas de la que se indica en nuestra ley aqui: y V. al mismo, lugar citado donde trata una cuestion notable..

(130) Añad. cap. *prudentiam* 21. princ. *de offic. deleg.* y cap. *cum plures* 8. d. tit. * Sobre lo dispuesto en la presente ley y en la que sigue V. la adicion á la nota 135.

(131) Conc. l. 38. D. *de re judic.* y cap. ult. d. tit.

(132) V. l. 4. y lo anotado allí tit. 5. de esta Part.

(133) Lo mismo seria si alguno de los discordantes votase á favor de una dote, matrimonio ó testamento, segun el cap. ult. *de re judic.* donde hacen los DD. estensiva la propia disposicion á otros casos favorables: y tambien lo pretende asi Alex. á d. l. 38. D. *de re judic.* poniendo por ejemplo la sentencia proferida en favor de una viuda, de un pupilo, de una Iglesia ó de la validez de una legitimacion, y citando á Specul. y Juan Andr. quienes, dice, son de la misma opinion. Pero debe siempre esceptuarse el caso en que las espresadas sentencias, aunque favorables, sean notoriamente injustas, segun la l. 10. D. *de inoff. test.* Y, acerca de cuáles sean las que deban calificarse de tales, V. Paul. de Castr. allí.

(134) Conc. l. 38. D. *de re judic.* y á mas de la razon que trae aqui nuestra ley, trae

miento de miembro, o aechamiento de tierra, o quel diessen otra pena qualquier, por que fuesse mal enfamado; que la sentencia que los Judgadores diessen por el demandado, dandole por quito de todo, o templandole la pena, deue valer, e non la de aquellos que le condenassen, ó le agrauiassen, maguer fuessen tantos los vnos Judgadores como los otros. E esto es (135), porque los Judgadores se deuen siempre mouer a piedad contra los demandados, assi como de suso diximos (136); e mayormente en tales pleytos como estos, pudiendolo fazer con derecho. Pero si mas fuessen los que condenassen al demandado, que los que le quitassen, deue valer el juyzio de los mas, assi como de suso mostramos.

LEY 19. *Que fuerça ha el Juyzio.*

Afinado (137) juyzio que da el Judgador entre las partes derechamente, de que non se alce (138) ninguna dellas fasta el tiempo que dize en el Titulo de las Alçadas, ha marauillosamente gran fuerça (139); que dende adelante son tenudos los contendores, e sus herederos, de estar por el. Esso mismo dezimos, si se alçasse alguna de las partes, e fuere despues el juyzio confirmado por sentencia de aquel Mayoral que lo puede fazer. Pero si acaeciesse despues tal cosa por que perdiesse su fuerça el juyzio, non son tenudos de estar por el. E esto seria, como si alguno prestase a otro bestia, o otra cosa, o diesse a qualquier me-

Aristóteles otras varias al resolver cierto problema; esto es, la de que el acusador se presenta al juicio preparado y con toda deliberacion, pero el reo se ve obligado á contestar á muchas cosas que no ha previsto; la de que es de presumir que este último, como que corre mayor peligro, habrá podido, mas bien que el primero, callar algunas cosas por miedo; y tambien, porque, en caso de duda, es siempre mejor inclinarse al estremo en el cual, si se errare, se ha de pecar mas levemente, pues es menos malo absolver al culpado, que condenar al inocente, sobre todo en las causas capitales; ó bien finalmente, porque de todos modos es mas presumible que proceda con malicia la acusacion que la defensa.

(135) De esto parece inferirse que, á mas de las causas criminales, valdria, tambien en todos los demas negocios la sentencia ó el voto favorable al reo, en caso de discordia entre dos jueces ordinarios, como espresamente lo establece d. l. 38. D. y d. cap. ult. *de re judic.* No obstante, en las reales audiencias y en el Consejo Real se observa en los casos propuestos por esta ley y la precedente lo prevenido en las Ordenanzas de Medina y de Madrid. Y acerca lo que deberá decirse, cuando fueren jueces árbitros los que discordaren, votando igual número de ellos en favor de cada una de las partes, V. ll. 26. y 29. tit. 4. de esta Part. * V. l. 3. tit. 8. lib. 4. y ll. 42. y 43. tit. 1. lib. 5. Nov. Recop. en las cuales estaba prevenido lo que debia practicarse en caso de discordar los señores de alguna audiencia ó del Consejo en la determinacion de algun negocio; pero lo dispuesto en ellas ha sido posteriormente derogado; y hoy se dirimen las discordias en los términos prevenidos en los arts. 40., 41., 42., 43. y 44. de las Ordenanzas para las audiencias de 19. diciembre de 1835. y en el art. 12. del Reglam. del tribunal supremo de justicia de 12. octubre del mismo año, esto es procediéndose á nueva vista del negocio por los magistrados designados al efecto por el regente ó presidente respectivo, y reuniéndose estos últimos con los discordantes para la determinacion, que se entiende tomada, luego que entre los mismos discordantes ó entre estos y los dirimentes se llegare á reunir el número de votos conformes que legalmente es bastante para formar sentencia. En primera instancia no pueden ocurrir casos de discordia, por no haber tribunales colegiados, á menos que conozcan de algun negocio varios jueces en comision, ó que, por recusacion del ordinario, haya de fallar este último junto con el acompañado; en cuyos casos si discordaren al proferir la sentencia, opinan comunmente los prácticos que deberá observarse lo dispuesto en la presente ley de Partida, esto es, que deberá estarse á lo fallado por aquel que haya opinado mas favorablemente al reo; bien que, segun otros, tan solo en las causas criminales podrá adoptarse semejante doctrina; debiendo en los negocios civiles remitirse los fallos discordes al tribunal superior, ó proceder por los mismos jueces en discordia al nombramiento de un tercero para dirimirla, V. adic. á la nota 110. tit. 4. de esta Part. pág. 106. col. 2. y sobre el caso de discordia entre un juez lego y su asesor, V. adic. á la nota 28. tit. 21. de esta Part. hácia el fin.

(136) V. la l. prox. antecedente.

(137) Conc. l. 1. C. *de re judic.* y Glos. y Azon allí *in summa.*

(138) V. l. 23. §. 1. y Glos. allí D. *de condic. indeb.* * V. l. 2. tit. 17. lib. 11. Nov. Recop.

(139) Pues lo sentenciado se tiene por verdadero, l. 207. D. *de reg jur.* y debe estarse á ello, aunque de la inspeccion de los autos conste evidentemente su iniquidad, segun Inoc. al cap. *quoniam contra falsam. de probat.* glos. penult., bien que el mismo parece opi-

nestral alguna cosa de que le fiziesse lauor, o que gela adobasse, e la perdiesse por su culpa, por que el Judgador ouiesse a dar juyzio, que la pechasse. Onde, si despues viniesse aquella cosa a poder de aquel cuya fuera, (h) bien el puede despues demandar al otro, que le torne aquello (140) que rescibio del por ella: e en esta manera pierde su fuerça el juyzio, maguer non tomassen alçada del. E aun dezimos, que si non auian pagado aquello que judgaron que pechassen por aquella cosa perdida, que bien se puede escusar (141) de lo non pagar; pues que la cosa por cuya razon era condenado, es venida a poder de su dueño. E otrosi dezimos, que el juyzio afinado ha tan gran fuerça, que lo non pueden desfazer por razon de cuenta errada (142), si viniere el yerro de parte de aquellos que contienden, de qual manera quier que sea, pues que non se alçaron del. Mas si el yerro acaesciesse en la sentencia que da el Judgador; assi como si dixesse, condeno al demandado que pague al demandador cien marauedis quel deuia por tal razon, e de otra parte cinquenta marauedis quel deue por otra razon, que son por todos dozientos marauedis; tal juyzio como este non deue valer, si non en los ciento e cinquenta (143) marauedis, e non en lo demas que fue acrecido por yerro de cuenta: e esto dezimos que ha lugar en todos los otros yerros semejantes destos, que acaeciessen en los juyzios. Otrosi dezimos, que non se puede desfazer el juyzio despues que fuere dado, si non se alçare del; maguer mostrassen despues cartas (144), o preuilegios que ouiessen fallado de nueuo, que fuessen atales, que si el Judgador las ouiesse vistas ante que el juyzio diesse, que judgara de otra manera; fueras si el juyzio fuesse dado contra el Rey (145), o contra sus Personeros, o en pleytos que perteneciessen a la su Camara, o a su Señorio. Ca estonce, si fues-

(h) bien le puede despues demandar el otro Acad.

nar lo contrario al cap. *cum Bertoldus de re judic.* segun Ang. à d. l. 1. C. *de re judic.* * D. Joaquin Escriche Diccionario razonado, art. *abrir el juicio* pretende tambien, fundado en d. cap. 9. que puede, mediante un nuevo juicio, rescindirse ó revocarse la sentencia, aunque ejecutoriada, siempre que de su tenor ó por vista ocular ó evidencia del hecho apareciese la iniquidad de la misma.

(140) ¿Podrá, empero, asimismo reclamar la cosa fundado en que ha pagado su estimacion? Parece que podrá y asi lo prueban las ll. 3. D. *pro empt.* y 63. D. *de rei vindic.* de suerte que, en tal caso tendrá el actor la eleccion y derecho de intentar la que mejor le parezca de dichas dos acciones, Bart. á la l. 17. §. ult. D. *commod.*, la cual concuerda con la presente; bien que á su vez podrá asimismo el convenido elegir entre la restitucion de la cosa y la del precio ó estimacion, que de aquella hubiere recibido segun la Glos. allí, cuya opinion está aprobada por la l. penult. tit. 2. Part. 5ª; debiendo, empero, manifestar cuál de los dos estremos elige, antes de la contestacion del pleito; pues, despues de ella, ya no podria elegir, segun Bart., á quien puede verse, á d. §. ult. Y V. tambien allí á Paul de Castr. quien, despues de Din. adopta una diversa opinion, que tengo por mejor, diciendo que, en semejante caso, si la cosa no hubiere permanecido ó vuelto al poder del comodatario por voluntad de su dueño, no podrá reclamarla, el que haya pagado el precio ó estimacion de ella; pero que si el permanecer ó volver á estar en poder de aquel se hubiere verificado, por voluntad del mismo dueño, entonces no solo podrá revindicar la cosa el que haya pagado su estimacion, sino que ademas el dueño, ni aun podrá escusarse de dimitirla ofreciendo entregar el precio de ella antes de la litis-contestacion y V. Alberic. á la l. 21 D. *commod.* y d. l. penult. tit. 2. Partida 5ª con lo anotado allí, y añad. l. 2. D. *de condict. indeb.*

(141) Conc. l. 1. y Glos. allí C. *de re judic.* y V. Alberic. tambien allí, donde trata del caso en que, antes de proferirse sentencia, é ignorándolo el comodatario, haya vuelto la cosa al poder de su dueño, y dice despues de Jacob de Aret., que cuando esto tenga lugar, podrá despues de la sentencia escusarse por ello de pagar la estimacion de la cosa, el que fuere condenado á pagarla. V. tambien allí donde se dice que si el dueño de la cosa hubiere hecho gastos para recobrarla, podrá, en méritos de la misma sentencia, reclamar que le sean abonados.

(142) Conc. l. 2. y Glos. allí, C. *de re judic.* l. 1. vers. *item si calculi* D. *quæ sentent. sin. appell. rescind.* y añad. l. 4. tit. 26. de esta Part.

(143) Apruébase con esto la opinion de la Glos. á d. l. 2. C. *de re judic.* desechada generalmente por los DD. quienes, con la Glos. á la l. ult. D. *de jurisdic. omn. jud.* pretendian lo contrario.

(144) Conc. l. 4. D. *de re judic.* y V. Alberic. allí, donde trata del caso en que los documentos nuevamente hallados justificasen el pago anterior de la cantidad objeto de la sentencia. Y V. tambien á Alex. á l. 35 D. *re judic.* y Bald. y Salic. á d. l. 4.

(145) Conc. l. 35. D. *de re judic.* y l. 1. C. *de sentent. advers. fisc. lat.* cuya Glos. hace estensivo lo dispuesto aqui á las sentencias

sen falladas tales prueuas, bien pueden vsar dellas, para desfazer el juyzio (146) que fue dado contra el, fasta tres años (147), desdel dia que fue dada la sentencia, o despues en quál tiempo quier (148), si pudieren prouar, que el Personero del Rey fizo engaño en su

proferidas contra pupilos ó Iglesias, y aun contra particulares no privilegiados, cuando estos pidiesen la restitucion por la cláusula general de legítima ignorancia ó impedimento justo que sin culpa suya les hubiese privado de producir oportunamente los documentos, segun Inoc. al cap. *ultrà tertiam, de testib.* Bart. Alex. y otros á la l. 10. §. 2. D. *de edend.* Ang. Imol. y otros á d. l. 35. D. *de re judic.* y, en general, cuantos han comentado la l. 31. D. *de jurejur.* no menos que los canonistas al cap. *suborta, de re judic.* sin que haya, en esta parte, distincion entre el actor y el reo, como pretenden Paul. de Castr. consil. 257. vol. 1. y Curcio el jóven á la l. 19. num. 6. C. *de transact.* quienes opinan, fundándose en d. l. 31., que solamente al reo y no al actor debe concederse la espresada restitucion por justo impedimento; pero, ¿qué motivo hay para que á este último se le niegue aquel beneficio que se concede al primero, mientras pruebe tambien haber estado legítimamente impedido? Asi refiere Boerio, decision 307. hácia el fin, haber visto declararse en juicio esa cuestion contra la opinion de Paul. la cual es asimismo impugnada por Purpurat. á d. l. 31. num. 60. y espresamente desechada por la l. 13. de este tit. en la cual se establece que lo dispuesto en d. l. 31. tenga lugar respecto del actor indistintamente y del mismo modo que respecto del convenido. * V. sobre lo dicho aqui y en las notas precedentes á D. Joaquin Escriche, Diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia, art. *Abrir el juicio*, en donde se limita á transcribir simplemente la disposicion de esta nuestra ley respecto de las sentencias dadas contra el Príncipe ó su procurador, sin adoptar, al parecer, la opinion de Gregor. Lopez, ó sea la de hacer estensiva la indicada disposicion á los particulares no privilegiados, ni siquiera á los menores ó corporaciones que disfrutan el beneficio de restitucion por entero. A estos últimos, en efecto, no comprendemos qué utilidad se les seguiria de poder pedir la revocacion de un fallo ejecutoriado á pretesto de haber encontrado nuevos documentos, ó de haber estado legítimamente impedidos de producirlos; cuando sin necesidad de alegar ni probar semejantes circunstancias pueden hacerlo con mas facilidad implorando el referido beneficio de restitucion que se les concede con solo manifestar que fueron perjudicados en el juicio ya fenecido, y que pueden pedir dentro el término legal de cuatro años mas largo todavía que el que se concede al Príncipe para alegar el hallazgo de nuevos documentos. Por lo que hace á los particulares no privilegiados, es evidente, en nuestro concepto, que no pueden considerarse comprendidos en la favorable disposicion de nuestra ley, porque, pues en esta se establece la regla general de no poderse dar lugar á la revision de negocio alguno, ni aun bajo el pretesto de haber hallado nuevos documentos; y se esceptúa de dicha regla al Príncipe, á quien se considera comunmente como persona privilegiada, es bien claro que, sin contrariar el espíritu de la misma ley, no puede hacerse estensivo á las demas personas aquel privilegio que tan solo al Príncipe está concedido, porque esto seria convertir en regla la escepcion: sin que quede desvanecida esta dificultad diciendo, como lo dice aqui el Glosador ó los jurisconsultos á quienes este se refiere, que á los particulares no privilegiados no se les concederia aquel beneficio por el mero hecho de alegar el nuevo hallazgo de documentos, sino probando la legítima ignorancia en que hubiesen estado de la existencia de los mismos ó algun justo impedimento que les privara de producirlos oportunamente, porque semejante requisito tambien respecto del Príncipe debe entenderse que lo exige nuestra ley, como quiera que no le concede la revision, sino mostrando *cartas o priuilegios que ouiesse fallado de nueuo*, y este nuevo hallazgo supone necesariamente la legítima ignorancia ó justo impedimento, por no poder decirse nuevamente hallados los documentos cuya existencia se hubiese sabido ó que hubiesen podido producirse en el juicio fenecido: por manera que aun con esa aparente restriccion no puede adoptarse la doctrina de Inoc. Ang. Imol. y demas intérpretes citados aqui por el Glosador sin hacer á todos los particulares privilegiados exactamente de la misma condicion que al Príncipe, y sin contrariar abiertamente la disposicion de nuestra ley de Partida.

(146) Esto es, por via de restitucion; segun la Glos. y DD. á d. l. 35. D. *de re judic.* y á d. l. 1. C. *de sentent. advers. fisc. lat.*

(147) No podrá, pues, pedirse esta restitucion dentro del cuadriennio, como decian Bart. á d. l. 35. y l. 1. Paul. de Castr. y Juan de Plat. á la misma l. 1., sino dentro del preciso triennio, como, contra la citada opinion de Bart., lo pretendian los DD. comunmente á dd. ll.

(148) Y asi competerá en este caso, la restitucion perpetuamente, como lo decia tambien la Glos. á d. l. 35. porque, lo mismo que

pleyto, ayudando a la otra parte, porque ouieron a dar el juyzio contra el; o si pudieren prouar otro engaño manifiesto, por que tal juyzio fue dado. E esso mismo dezimos que deue ser guardado en los otros juyzios, que fuessen dados por jura que ouiesse fecha alguna de las partes. Ca si despues fueren falladas cartas, o priuilejos de nueuo, puedense desfazer, assi como de suso mostramos en el Titulo de las Juras (149). E sobre todo dezimos, que ha tan gran fuerça el juyzio, que tambien se puede aprouechar del el heredero (150) de aquel por quien fue dado, como el mismo; e aun todos los otros a quien passare el señorio de aquella cosa (151) derechamente, sobre que fue dado: e en essa misma manera tiene daño (152) a los herederos de aquel contra quien fuesse dado, bien como a el. Otrosi dezimos, que non pierde su fuerça el juyzio, maguer muriesse el Juez que lo dio; ante son tenudos los otros Judgadores de lo fazer guardar, e cumplir. Esso mismo dezimos que deue ser guardado en todas las otras cosas (153), que el Juez ouiesse librado derechamente, ante que muriesse. E aun dezimos, que del juyzio que diesse, nasce demanda (154) a aquel por quien lo dieron de manera que puede demandar aquella cosa fasta treinta años, a aquellos contra quien fuere dado el juyzio, e a sus herederos, e a quien quier otri que la fallasse; si non pudiesse mostrar aquel que la tenia, que auia mayor derecho en aquella cosa, que aquel que la demanda. Otrosi dezimos, que si el demandado fuere dado por quito en juyzio, de aquella cosa que le demandan; que siempre se pueden defender el, e sus herederos, por razon de aquel juyzio, tambien contra aquel que le demandaua, como contra sus herederos, e contra todos los otros que fiziessen demanda por ellos, o en su nome.

LEY 20. *Como el Juyzio que es dado entre algunos, non puede empecer a otri, fueras en cosas señaladas.*

Guisada cosa es, e derecha, que el juyzio que fuere dado contra alguno, non empezca a otro (155). E porende dezimos, que si alguno que fuesse dueño de campo, o de viña,

el fisco, cualquier particular podria pedir la revocacion, habiendo intervenido dolo por parte de aquel á cuyo favor se hubiese fallado; y lo propio opina la generalidad de los DD. á d. l. 35. y señaladamente Imol. y Alex., á diferencia del caso en que no hubiese intervenido dolo por parte del interesado, sino otra prevaricacion del abogado ó procurador; que entonces solo dentro del cuadriennio podrian reclamar ó pedir la restitucion, asi el fisco, como los particulares, Glos. á d. l. 1. y hace al mismo propósito la l. 65. §. 2., con la Glos. allí, D. *ad Trebell.* Es digna, empero, de considerarse la espresion de que usa nuestra ley aqui, diciendo: *en qual tiempo quier*; la cual prueba que no quiso limitarse al cuadriennio el derecho de hacer la entendida reclamacion, sino que por especial favor al fisco deberá entenderse que podrá este reclamar perpetuamente ó dentro de los 30. años, ó sean los 20. de la prescripcion segun la ley de Toro, siempre que hubiere intervenido dolo del procurador ó de otro, y aunque no procediere personalmente del mismo interesado. Asi últimamente vino á entenderlo la Glos. á d. l. 35.; y asi parece confirmarlo la presente de Part.

(149) L. 15. tit. 11. de esta Part.

(150) Pues se le reputa una misma persona con el difunto, *Novell.* 48. *collat.* 5. y añad. l. 28. D. *de except. rei judic.* l. 44. princ. y Bart. y Paul. allí, D. *ad Trebell.* y l. 21. de este tit. y Part.

(151) Conc. l. 11. §. 3. D. *de except. rei jud.* l. 9. §. 2. d. tit. y añad. á lo dicho que tambien al sucesor singular le aprovechan las actuaciones practicadas con su causante, como las pruebas que este hubiere ministrado, Alex. consil. 61. vol. 2. Pero ¿aprovechará asimismo al obtentor de un beneficio la sentencia proferida á favor de su antecesor en el pleito que hubiese vertido entre este último y otro que pretendiera tener derecho á obtenerlo? V. Specul. tit. *de sentent.* §. *nunc de effectu* hácia el fin, donde se decide por la negativa.

(152) Añad. l. 28. D. *de except. rei judic.* y Azon *in summa C. quibus res judic. non noc.*

(153) Conc. l. ult. D. *de re judic.*

(154) Conc. l. 6. §. ult. D. *de re judic.* y l. 8. C. *de reb. cred.*; mas, esto no obstante, es mas útil que intentar esa accion *in factum*, pedir al juez que de oficio lleve la sentencia á ejecucion, Specul. tit. *de execut. sentent.* §. *breviter*, y Rodrigo Suarez en su repet. l. 56. fol. ult.; y conviene ser muy cauto al poner semejante demanda, para no perder el derecho de reclamar el cumplimiento de la sentencia por la via ejecutiva.

(155) Conc. l. 63. D. *de re judic.* y cap. *quamvis* 25. d. tit. y todo el del C. *res inter alios acta*: y, en órden á las sentencias que se refieran á derechos indivisibles, V. Alex. á d. l. 63. col. 13.

o de otra cosa, o ouiesse otro derecho en ella, viesse, o supiesse (156), que otri la demandaua en juyzio a aquel tercero que la tenia, e fuesse dado juyzio por aquel que fazia la demanda; bien puede el dueño de la cosa despues demandarla, a quien quier que la falle; (i) e non le empece el juyzio, pues que aquel que la tenia, e la amparaua, non lo fazia por mandado del: otrosi dezimos, que si alguno de los herederos (157) de algun debdor fuere demandado en juyzio, e aquel que faze la demanda, prouo su entencion contra el en razon de la debda quel deuia el finado, de manera que fuesse dada sentencia contra el; tal juyzio como este non empece a los otros herederos, maguer fuesse dado sabiendolo ellos, e non lo contradiziendo. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, quando alguno de los herederos de aquel que auia de recebir la debda, fiziesse demanda sobre ella en juyzio, sabiendolo los otros, e non lo contradiziendo. Ca maguer fuesse vencido de la demanda, non empeceria a los otros, quanto es en aquella quantia que les cabia de aquella debda por razon de los bienes del finado. E como quier que el juyzio que es dado contra vno, non deue empecer a otro, assi como de suso diximos; pero cosas y ha (158), en quel empece-

(i) et non le empescerá el juicio que fue dado sobre ella contra aquel que la tenie sabiéndolo et non lo contradiciendo, pues que aquel que la tenie et la amparaba non lo facie por mandado dél. Acad. et non le empecerá el juicio que fuere dado sobre ella contra aquel que la tenie, maguer el dueño de la cosa lo supiese et non lo contradixiese, pues que aquel que la tenie et la amparaba, non lo facie por mandado del dueño nin del otro que hobiese derecho en ella. Tol. 2.

(156) Nótese bien, que ni aun á los que han sabido que vertia el pleito, puede perjudicar lo que se hubiere obrado entre los otros que hacian parte en él: y asi opinaba tambien Paul. de Castr. á d. l. 63. col. ult. pues nunca entiende el juez causar perjuicio al poseedor que no ha sido emplazado, segun Bald. á la l. 8. col. 3. C. *quom. et quand. jud.* y á la l. *si filius* D. *de his, qui sui vel alieni jur.* [no encontramos en dicho tit. del Digesto ley alguna que empiece por las palabras aqui anotadas] y en el propio sentido esceptúa de aquella regla Paul. á d. l. 63. el caso en que á ese tercero se le hubiese emplazado en causa; confirmándolo asi la l. 30. §. 1. y Glos. y Bart. allí D. *ex quib. caus. major.* Alex. á d. l. 63. col. 3. y Paul. de Castr. á la l. 49. princ. hácia el fin D. *de verbor. oblig.* donde refiere que esta doctrina habia puesto en confusion á un célebre abogado que no daba tanta importancia á dicho emplazamiento, y añade haber visto declarado por tres sentencias conformes el que el fallo proferido contra uno ha de llevarse á ejecucion contra un tercero á quien se haya citado. Pero aun esto debe entenderse cuando se le haya citado absolutamente y mandado que compareciese, no cuando el emplazamiento hubiere sido indeterminado y con prevencion de que acudiese á usar de su derecho, si creia tener alguno; pues en este último caso no se le habria obligado á formar parte en causa, ni constituídole en la clase de verdadero demandado, segun Bald. á la l. ult. C. *de edict. Div. Adrian. toll.* y á la l. 18. hácia el fin C. *de testam.* y Paul. de Castr. á la l. 14. hácia el fin D. *de in jus. voc.* á menos que, siendo asi emplazado, compareciese voluntariamente y formase parte en causa, pues entonces tambien le perjudicaria la sentencia, Dec. consil. 187. col. penult. En segundo lugar, el que la sentencia perjudique á un tercero, siendo emplazado, debe entenderse para el caso en que, habiéndolo sido simplemente, hubiere comparecido; mas no, en el de que, habiendo dejado de comparecer, sea tal la naturaleza del negocio que no se pueda proceder contra él hasta definitiva en su ausencia y rebeldía, Abb. al cap. *cum super* col. 6. *de re judic.* vers. *præterea*, y Alex. á d. l. 63. col. 3. donde esceptúa tambien el caso en que el derecho que se ha deducido en juicio sea divisible y separado del derecho del tercero, pues entonces no perjudicaria á este la sentencia, aunque hubiese sido emplazado, V. al mismo allí, y añad. á lo dicho lo anotado por Abb. á d. cap. *quamvis* d. tit. en sus últimas palabras despues de Inoc. y Paul. de Castr. á la l. 8. *de aqua pluv. arc.*

(157) Conc. ll. 22. y 29. D. *de except. rei judic.*

(158) Pero, la sentencia proferida contra el marido ¿perjudicará á la muger respecto de las cosas dotales? Asi lo opina Bart. á la l. 8. §. 1. D. *qui satisd. cog.* con tal que esta haya tenido noticia de la vertencia del pleito, pero no, si lo hubiese ignorado, Alex. á d. l. 63. *charta* 9. á quien puede verse, refiriendo sobre el particular, diversas opiniones. Y la sentencia proferida contra el abogado sobornado ¿perjudicará al sobornador, y servirá para probar la culpabilidad de este? V. Bald. á la l. 1. C. *de advoc. divers. judic.* Y los casos en que, por punto general, aprovechan ó perjudican á los terceros no encausados las sentencias proferidas en negocios criminales, pueden verse en Alex. á d. l. 63. col. 10. y 11. y Bald. á la l. ult. C. *de fidejus.* pudiendo añadirse á Abb. á d. cap. *quamvis* y mas estensamente á Alex. á d. l. 63. *charta* 6. y 7. donde esplican los requisitos que deben tener di-

ria: e esto seria, quando dos omes se fiziesen debdores (159) de otro sobre vna cosa

chos fallos en los referidos casos para que puedan formar estado respecto de todos. El fallo proferido respecto de dos castillos ¿ perjudicará al señor de cada uno de ellos? V. Abb. al cap. *inter quatuor*, *de major. et obed.* y notablemente á Bald. versic. *amplius consueverunt, de pace Constant.* ¿ perjudicará á los electores el proferido contra el elegido? V. Bald. á la l. 5. C. *ad Vellej.* y Alex. á d. l. 63. col. 14. y 15. ¿ perjudicará al señor feudal la sentencia dada contra el feudatario, bien sepa aquel ó ignore la vertencia de la causa? V. §. *si vasallus* el ult. *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.* Y si se hubiere condenado al fiador á pagar lo juzgado ¿ se entenderá serlo tambien el deudor principal? V. Bald. á la l. 2. §. ult. C. *de usur. rei judic.* Y la sentencia dada contra el cedente ¿ qué fuerza tendrá contra el cesionario constituido procurador *in rem suam?* V. Bald. á la l. 1. col. ult. C. *quand. provoc. non est necess.* Y ¿ hasta qué punto deberá hacerse la fuerza de los fallos estensiva á aquellos puntos que forzosamente se deduzcan de los mismos? V. lo anotado por Bald. á la l. 1. col. ult. C. *ne filius pro patr.* Por lo demas, empero, el fallo dado contra un reo no perjudica á sus cómplices ó ausiliadores; aunque lo contrario sucede con los tratados de paz ó tregua, [V. l. 2. tit. 12. Part. 7. y nota 9. allí] segun Inoc. al cap. *olim causam* col. ult. *de restit. spol.* y Bald. á la l. 1. col. 12. C. *de servit.* Y lo juzgado contra uno en calidad de tutor ¿ perjudicará al tercero que posea los bienes de aquel y niegue que tuviese la referida calidad? V. Bart. á la l. 1. §. 5. D. *quod fals. tut.* : y lo juzgado contra el heredero ¿ qué fuerza tendrá contra el fideicomisario? V. Bald. á la l. 1. C. *de inoff. test.*; siendo, empero, de advertir que si en el segundo juicio se accionare por un título distinto del deducido en el primero sobre el cual se hubiese fallado, no podrá oponerse la escepcion de cosa juzgada, aunque en el fallo dado en dicho primer juicio se hubiere declarado pertenecer la cosa al convenido, segun notablemente observa Bald. despues de Guillelm. á la l. 3. C. *de petit. hæred.* Y sobre lo que antes se ha dicho acerca de si lo juzgado contra el heredero perjudica al fideicomisario, V. un buen texto en la l. 1. §. penult. D. *de ventre inspic.* Glos. á la l. 41. D. *de re jud.* Bart. á la l. 9. D. *de aqua pluv. arc.* Paul. de Castr. á la l. 33. D. *de fidejus.* Oldrald. consil. 94. col. 2. y 3. Felin. al cap. *quamvis*, *de re judic.* col. penult. Ang. Juan de Imol. y Alex. á la l. 114. §. 11. D. *de legat.* 1. y Alex. á la l. 63. antepenult. *charta* D. *de re judic.* Mas ¿ qué deberia decirse cuando el fideicomisario no sucediese por derecho hereditario, sino por su derecho personal procedente de pacto ó de la disposicion ordenada por los primeros que fundaron el mayorazgo, como en los mayorazgos de España? Parece que en tales casos no perjudicaria la sentencia al inmediato sucesor, como está espresamente dispuesto respecto de los agnados que por su propia persona suceden á un antiguo feudo, esto es, que lo juzgado contra unos no perjudica á los demas, segun Andr. de Isern. á d. cap. 1. §. *si vasallus*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.* y lo mismo pretenden allí Jacob. Alvarot. y Felin. al cap. 2. col. ult. *de major. et obed.* y Felip. Dec. consil. 445. col. 6. donde dice ser esa la comun opinion; añadiendo espresamente Bart. á d. l. 114. §. 11. que es aplicable á los fideicomisarios, bien que no deja de haber en ello alguna dificultad, y tal vez en la práctica se abstendrian los tribunales de declararlo; porque de este modo no tendrian término los pleitos. Lo que sí no tiene duda es que de semejante fallo dado contra el heredero podria apelar el fideicomisario cuando se le notificase; y no le correria el tiempo para interponer la apelacion hasta que estuviese enterado del mismo, Alex. á d. l. 114. y Felin. á d. cap. *quamvis* col. penult. Y quizás tambien procederia lo dicho, cuando aquel contra quien se ha proferido el fallo, hubiese litigado con fraudulencia y mala fe, §. *si vasallus, si de feud. fuerit controv. int. dom. et agn.* y cap. 1. §. 1. *de invest. de re alien. fact.* Añádase tambien, sobre el particular, lo que refiere Alber. á la l. pen. col. pen. C. *de donat. int. vir. et uxor.* y V. la l. 27. D. *de excus. tut.* en la cual se declara un caso en que la sentencia dada contra el predecesor no perjudica al sucesor inmediato. Pero, si alguno hubiere obtenido, por sentencia, alguna cosa, como los bienes de un mayorazgo, ¿ podrá despues declarar que los posee en méritos de una sentencia injusta y dejarlos á favor de otro? Así parece inferirse de la l. 59. §. ult. D. *ad Trebell.* mas lo contrario prueba la l. 50. §. 1. D. *de legat.* 1. cuyos opuestos textos no es fácil conciliar. Y si alguno, al encatastrar sus bienes, ó al denunciarlos al comun, hace que se cite á aquel que pretende pertenecerle dichos bienes por título de mayorazgo, no compareciendo este, se perjudicará con el espresado registro al que debe suceder al mayorazgo? V. Bald. á la l. 7. C. *de jur. fisc.* col. 2. pareciendo, por lo que espresa allí, que se inclina á la negativa.

(159) Véase aquí como la sentencia proferida contra uno de los correos de deber perjudica á los demas: lo que debe tenerse pre-

misma cada vno por todo, o quando fuesse a algunos prometido (160) campo, o viña, o otra cosa qualquier, de manera que cada vno dellos en todo la pudiessen demandar. Ca el juyzio que fuesse dado contra alguno destos sobredichos en razon de aquellas cosas, empeceria (161) a los otros, maguer y non fuessen acertados a la sazon que lo dieron. Otrosi dezimos, que si alguno de otro tiene alguna cosa empeñada, e viesse, e sopiesse, que aquel que gela empeñara (162), entra en pleyto con otro sobre el señorio della, e el non lo contradize; que estonce, si aquel que gela empeño fuere vencido, el juyzio que diessen contra el, torna a daño (163) a aquel que tenia la cosa a peños, de manera que es tenudo de la entregar al vencedor, maguer non quiera. Esso mismo dezimos, si fuesse vencido della el que la empeño, ante que gela ouiesse empeñado. Mas si despues (164) que fuere empeñada, entrare en pleyto sobre ella el que la empeño, non lo sabiendo aquel que la tiene a peños, non le empece el juyzio que diessen contra el que gela auia empeñado. Otrosi dezimos, que si algund ome vee, o sabe, que su suegro (165), o suegra, o su muger entra en pleyto con otro, sobre defender (166) en juyzio alguna de las cosas que le fueron dadas en casamien-

sente, porque lo contrario pretendia Bart. por derecho comun á la l. 7. col. 3. D. *de duob. reis.*

(160) Asi, pues, lo juzgado contra uno de los acreedores solidarios perjudica tambien á los demas, como, por derecho comun, lo opinaba Bart. á d. l. 7. col. 3. D. *de duob. reis.*

(161) Pero ¿aprovechará asimismo á los demas correos la sentencia proferida á favor de uno de ellos? V. Bart. á d. l. 7.

(162) Y ¿si el pleito hubiese seguido contra el mismo acreedor? V. Bart. y Alex. col. 26. y 27. á d. l. 63. D. *de re jud.* cuyo texto es reproducido por esta nuestra ley de Partida, tal como se lee en la edicion de Pisa, y en la Glos. allí, y no segun la comun lectura que transcribe Azon *in summa C. quib. res judic. non noc.*; debiendo limitarse lo dispuesto aqui á tenor de lo prevenido en la l. 5. C. *de pignor.* y V. á Carl. Molin. glosador de las costumbres de Paris §. 31. glos. 1. col. 10., 11. y 12. donde en varios pasages afirma ser falsa y errónea dicha comun lectura de la citada ley 63. en las palabras *cum debitor passus sit experiri creditorem de propietate pignoris.* Imol. tambien pretende con Alex. que la sentencia proferida contra el acreedor no perjudica al deudor por no estar asi prevenido por el derecho y deber por consiguiente considerarse aquel caso comprendido en la regla general: y V. allí mismo á Alex. col. 38. y 39. donde, despues de Rafael, limita lo dispuesto en d. l. 63., aun segun el texto de la edicion de Pisa, diciendo que al acreedor cuando, sabiendo la vertencia del pleito, hubiere callado, solo le perjudicará el fallo proferido contra el deudor sobre la propiedad de la cosa dada en peño, cuando este se hubiese constituido por la entrega de la misma cosa, pero no si lo hubiese sido por simple convencion ó pacto; pues á este último caso no es aplicable la disposicion de d. l. ni la razon en que se funda; porque, siendo reclamada la cosa por la accion vindicativa no puede decirse que compe- ta al acreedor, mas bien que al deudor la defensa de la misma; y asi parece entenderlo nuestra ley aqui, cuando dice *empeñara e tomara a peños*, con lo cual se refiere al caso de haber mediado entrega, que es como propiamente se constituye el peño, l. 9. §. 2. D. *de pignor. act.* y mas abajo *que es tenudo de la entregar al vencedor*; y porque, no habiendo mediado entrega, obra mas plenamente la razon de corresponder principalmente al acreedor la defensa de la cosa, que él, en dicho caso, posee, y, por lo tanto, no puede intentarse por razon de la misma la accion vindicativa contra el deudor, l. 16. D. *de usucap.*

(163) Conc. d. l. 63. D. *de re judic.*

(164) Conc. l. 3. D. *de pignor.*

(165) D. l. 63. limitaba esta disposicion al suegro; pero la presente de Part. la hace tambien estensiva á la suegra, porque en ambos casos obra la misma razon.

(166) Apruébase aqui la opinion de la Glos. á d. l. 63. donde espresa que el verbo *experiri* debe entenderse por *defender*, respecto del suegro y de la suegra; por no poder estos accionar, despues que, por la constitucion de la dote, se ha transferido el dominio al marido, l. 9. C. *de rei vindic.*; bien que Inoc. y la Glos. á d. cap. *quamvis*, entendian que tambien procedia lo dispuesto aqui relativamente á dichas personas cuando de hecho accionasen, sobre lo cual V. á Abb. col. 5. y Bart. á d. l. 63.; pudiendo tal vez decirse que, aprobándose por esta nuestra ley la citada opinion de la Glos., se habrá querido desechar tambien la doctrina contraria, ó la de que perjudique al marido lo juzgado en el pleito seguido por el suegro ó suegra, aunque estos hayan sido en él actores y no convenidos. De todos modos, empero, ha de limitarse lo dicho al caso en que el pleito hubiere versado sobre la propiedad, y sabido de consiguiente el marido que se movia cuestion sobre la misma, segun d. l. 63.; si bien la op-

to (167) con su muger, e non lo contradize; que el juyzio que fuere dado sobre aquella cosa contra alguna de las personas sobredichas, que empece al marido: porque semeja, que por su voluntad fue judgado, pues que supo que andauan en pleyto sobre aquella cosa; e non lo contradixo. Esso mismo seria, si el comprador (168) que tenia (169) alguna cosa comprada, vee, o sabe, que el vendedor entra en pleyto (170) con otro sobrella, e non lo contradize. Ca si sentencia fuere dada contra el vendedor, torna daño a aquel que compro la cosa del, como quier que despues sea tenudo el vendedor, de gela fazer sana. Otrosi dezimos, que quando mueuen pleyto contra alguno, que es sieruo, o (j) solariego (171) de aquel que le demanda en juyzio; si alguno otro cuyo fuesse, e lo supiesse (172), non lo contradize, nin lo ampara, mas calla, e dexa andar el pleyto adelante, e el otro se razona por libre; todo juyzio que fuere dado sobre esta razon, diziendo que era sieruo de aquel que le demandaua, o que era ome libre, empecera al otro (173) cuyo era; de manera que despues non lo puede demandar por sieruo. Esso mismo dezimos del vasallo (174), e del

(j) vasallo Acad.

nion de la Glos. é Inoc. á d. cap. *quamvis* no deja de estar confirmada por el texto allí, segun el cual, perjudica lo juzgado al marido y á cualquier otro que haya permitido á su causante litigar sobre el derecho que le habia transferido: V. Alex. á d. l. 63. col. 28. y siguientes. Mas, habiendo habido, sobre el particular, tan diversas opiniones, debe estarse mas bien al literal contexto de nuestra ley de Part., la cual debe considerarse de propósito concebida en los términos en que lo está y con el ánimo de determinar aquel punto cuestionable. * Parece, con todo, que contra la presuncion en que nuestra ley se funda de que sabia el marido que vertia el pleito promovido por su suegro ó suegra deberá admitirse la prueba que acaso aquel ofreciere, y, justificando su ignorancia, no podrá perjudicarle el fallo que en dicho pleito hubiere recaido.

(167) Conc. d. l. 63. y d. cap. *quamvis* citados en la nota precedente.

(168) V. dd. l. 63. y cap. *quamvis*.

(169) Esto es, si estaba ya en posesion de ella el comprador.

(170) Esto es, en calidad de demandado, como se ha dicho en la nota 166. respecto del suegro y de la suegra.

(171) Añad. Bald. á la l. 2. C. *quib. res judic. non noc.* col. 3. vers. *si autem pronuntiaretur esse adscriptitium.*

(172) Tambien, pues, en los pleitos en que se litiga sobre la libertad, y para el efecto de que lo fallado en ellos haya de perjudicar ó no á otros que á los que han intervenido en los mismos, se tiene en consideracion la ciencia ó ignorancia en que estuviesen esos terceros de la vertencia del pleito, Ang. á la l. 14. D. *de appell.* bien que lo contrario parece pretender, considerándolo tal vez como punto dudoso, Juan de Imol. á d. l. 14. §. 1. hácia el fin y Alex. á d. l. 63. col. 26. hablando de todos los casos en que, ademas de los espresados en esta última ley, forma estado para todos indistintamente lo que en ellos se hubiere juzgado, sobre los cuales V. la Glos. á la l. 2. C. *quib. res judic. non noc.* Debe, no obstante, entenderse lo declarado en nuestra ley limitadamente para el caso en que el tercero que tratase de mover pleito contra lo juzgado pretendiese el dominio del esclavo, ó de otra manera, entablase una demanda tan principal, como la que ya hubiese sido juzgada: pues, no siendo así, ó pretendiendo, por ej. que no fuese admitido á ciertos honores, por ser esclavo, el sugeto declarado libre por sentencia, en tal caso obstaria á este tercero la sentencia proferida en el pleito anterior en que se trataba principalmente la cuestion de estado, aunque no hubiese tenido noticia de la vertencia del mismo.

(173) Nótese bien que la sentencia proferida sobre la libertad, bien sea favorable á esta ó á la servidumbre, perjudica igualmente á aquel que pretendia tener sobre la persona litigiosa un derecho tan principal, como el que hacia parte en el pleito, con tal que haya tenido noticia de la vertencia de este, y aunque este último ó el primero no pretendiese el dominio total del esclavo, sino de una parte de él, Glos. á la l. 8. §. 1. D. *de liber. caus.* Lo contrario, empero, opina Juan de Imol. á d. l. 63. D. *de re judic.*, fundándose en las ll. 1. y 5. D. *si ingen. esse dicatur*, y tambien Alex. allí col. 6., donde dice ser de la misma opinion Cyn. á la l. 25. D. *de stat. hom.* Y en nuestra ley aqui se declara que la referida sentencia proferida respecto de otros, solo perjudica al tercero que pretende tambien el dominio del esclavo, cuando lo pretende igualmente *in solidum*: lo que debe tenerse presente.

(174) Entiéndase lo dispuesto aqui respecto del vasallage meramente personal, no del que procede de feudo, segun Bald. á la l. 2. col. 3. C. *quib. res judic. non noc.* siendo digna de notarse la presente ley, por decidirse en ella la controversia que habia entre los DD. sobre

aforrado (175), si fuere dado juyzio contra alguno dellos en esta manera. Otrosi dezimos, que si alguno se razona por fijo de otro, e el padre non lo quiere conocer por fijo; si juyzio fuere dado contra el padre (176) en esta razon, diziendo el Judgador en su sentencia, que es fijo de aquel que non lo quiere conocer por fijo; tal juyzio como este empescera al padre, e a todos sus parientes, en razon de los bienes que podria heredar por el parentesco, maguer non se acertassen y (177) quando fue dado el juyzio, si non el padre tan solamente. Esso mismo dezimos, que si el fijo desconociesse al padre, negando que non era su fijo: ca el juyzio que fuesse dado contra el en esta razon, non tan solamente empeceria a el, mas aun a todos los otros sus parientes que lo quisiessen contradezir. Otrosi dezimos, que quando alguno desheredasse sin derecho, e sin razon, a sus fijos, o a sus nietos en su testamento, e dexasse sus bienes a otros herederos; si juyzio fuere dado sobre esta razon contra aquellos que amparauan el testamento, non tan solamente empece a los que son establecidos por herederos, mas aun a todos los otros (178) a quien era algo mandado en aquel testamento. E esto ha lugar, quando el padre non muestra alguna (179) razon derecha en su testamento, por que mandaua desheredar sus fijos, assi como mostramos adelante en las leyes deste nuestro libro que fablan en esta razon. Otrosi dezimos, que seyendo alguno acusado por razon de yerro que ouiesse fecho; si este atal fuere dado por quito en juyzio, e otro alguno le quisiere despues acusar sobre aquel mismo yerro, non lo podria fazer: porque tal juyzio como este non tan solamente empece a los que lo acusaron primeramente, mas aun a todos (180) los otros que despues le quisiessen acusar en razon de aquel fecho. Fueras ende, si aquellos quel quieren acusar nueuamente, razonan, e dizen que el primero acusador, que andouiera en el pleyto engañosamente; mostrando de fuera quel acusaua, e dando prueuas que non sabian del fecho, por que fuesse dado por quito el de-

la inteligencia del cap. *cum super* 17. *de re judic.* de la cual se ocupa estensamente Alex. á d. l. 63. *charta* 10. y 11. sobre la glos. á la palabra *interveniente*: y declárase aqui que la sentencia proferida en méritos del pleito sobre vasallage, por la cual se declare á alguno vasallo, perjudica al señor bajo cuyo dominio se encuentre, si tuviere este noticia de la vertencia de dicho pleito; y lo mismo se establece respecto de la sentencia proferida contra un liberto en el pleito que se haya seguido sobre el derecho de patronato, conforme á la opinion de la Glos. á dicha palabra *interveniente*, lo que tambien es digno de notarse.

(175) Añad. l. 63. y Glos. allí, vers. *interveniente* D. *de re judic.*

(176) Conc. l. 1., hácia el fin, y ll. 2. y 3. princ. D. *de liber. agnosc.* y añad. Glos. á d. cap. *quamvis*, *de re judic.* y lo que aqui se dispone respecto del padre debe hacerse estensivo á la madre que hubiese negado que alguno fuese su hijo; porque obra en este caso la propia razon para que la sentencia haya de perjudicar á los demas que pretendieren respectivamente tener igual parentesco, como parece tambien opinarlo Abb. á d. cap. *quamvis* col. 6.

(177) Y asi les perjudicará para este efecto aun en el caso de ignorar la vertencia del pleito, Alex. á d. l. 63. col. 26.

(178) Conc. l. 8. §. ult. D. *de inoff. testam.*

(179) Porque si el testador hubiere espresado la causa, y no la justificare el heredero, tambien habria lugar á la querella de inoficioso testamento, y rescindido este, se sostendrian los legados, segun la autent. *ex causa*, C. *de liber. præter.* y l. ult. tit. 8. Part. 6. y asi no perjudicaria en tal caso á los legatarios el fallo proferido, como, por derecho comun, lo pretendia la Glos. á d. l. 8. §. ult. y l. 5. vers. *præteritis* D. *de inoff. testam.*; y asi lo opinan comunmente los DD., á pesar de haber sostenido algunos lo contrario, segun refieren Cyn. oposicion 6. y Bart. vers. *expediti sumus de contrariis* á d. autent. *ex causa*. Mas si el padre hubiese desheredado á algun hijo sin espresar la causa justa, siendo entonces nulo el testamento, la sentencia proferida contra el heredero perjudicaria á los legatarios y no podrian estos percibir los legados, por no poder adir la herencia el heredero nombrado en el testamento, segun Bart. y Ang. á la l. 1. D. *de except. rei judic.* y Alex. á d. l. 63. col. 6. confirmándolo asimismo la l. 54. §. ult. D. *ad Trebell.* Pero ¿deberia decirse lo mismo, en el dia y despues de la ley 1. del Rey Alfonso en Alcalá tit. 2. lib. 5. Ordenam. [l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.]? Parece que no quedarian hoy los legatarios privados de su derecho, por establecerse en dicha ley que deban hacerse efectivos las mandas ó legados, aun en el caso de no haberse adido la herencia ó de no haber heredero nombrado, y por consiguiente podria tal vez sostenerse lo propio cuando la nulidad del testamento afectase á la institucion y no á los legados; bien que merece esto meditarse mas detenidamente.

(180) Conc. l. 7. §. 2. D. *de accus.* y cap.

mandado, de manera que otro ninguno non lo pudiesse acusar despues sobre este fecho. Ca si esto se pudiere (181) aueriguar, bien puede ser acusado otra vez de aquel mismo yerro de que fue dado por quito. Esto mismo dezimos que deue ser guardado en todos los otros pleytos, que puede demandar cada vno del Pueblo (182); assi como quando alguno fiziesse lauores de nueuo en los exidos del Concejo, o en carrera vsada, o en rio, o en otro lugar semejante destos; que si alguno del Pueblo mouiesse pleyto contra aquel que fiziesse aquella lauor, si fuere dado por quito el demandado, non le puede despues ninguno otro demandar en esta razon. Fueras ende, si fuesse fecho engaño en el pleyto, assi como diximos de suso: ca estonce bien lo pu le demandar de nueuo, si quisiere.

LEY 21. *Quando el Juyzio que es dado entre algunos puede aprouechar a otros.*

Seyendo contienda entre algunos en razon de casa, o de viña, o de otra cosa cierta qualquier, si juyzio fuere dado sobre ella, non tan solamente se aprouechara del, aquel que vence el pleyto, mas aun (183) sus herederos, o aquellos a quien passasse el señorio de la cosa sobre que es dado el juyzio, assi como por manda, o por compra, o donadio, o por cambio, o por otra razon derecha. Otrosi dezimos, que non tan solamente este juyzio empece a aquel contra quien fue dado, mas aun a sus herederos, e a todos los otros que en su boz lo demandassen. E aun dezimos, que si algunos fuessen aparceros, o deuiseros, o compañeros sobre alguna heredad, o otra cosa qualquier que ouiessen de so vno; si el vno destos compañeros mouiesse demanda contra otro que fuesse vezino dellos, diziendo que el campo, o la casa, o la heredad de aquel su vezino deuia alguna seruidumbre (184) a la heredad del demandador, e de sus compañeros; si el juyzio fuere dado por el contra el demandado, non tan solamente tiene pro a el, mas aun a todos sus compañeros. E si por auentura el juyzio fuesse dado contra el, non empeceria (185) a los otros sus aparceros, pues que non fueron ellos por si, nin otro por su mandado, en aquel pleyto. Ca en su escogencia dellos es, de auer por firme el juyzio que fue dado por el pleyto que su compañero razono sin su mandado. dellos, o de lo contradezir. Otrosi dezimos (186), que quando en algund pleyto que pertenesciesse a muchos, fuesse dado juyzio contra todos, e de aquel juyzio que

de his 6. d. tit.

(181) Y ¿si el segundo acusador no manifestare la prevaricacion del primero; pero dijere haber ignorado que este hubiese intentado su acusacion? La Glos. á d. l. 7. §. 2. pretende que no bastaria esto, sino que es necesario acreditar dicha prevaricacion. Pero Bart. y Ang. allí sostienen que, cuando el segundo acusador se querellare por algun delito cometido en su persona, será suficiente que jure haber ignorado la primera acusacion. Y nuestra ley aqui parece aprobar la opinion de Az. y Juan de la que se ocupa la Glos. á d. l. 7. §. 2. Por derecho comun estaba mas generalmente adoptada la de Bart. que sostenia tambien la Glos. á d. cap. *de his, de accus.* y lo mismo establece nuestro derecho de Partidas en la l. 12. hácia el fin tit. 1. Part. 7. por la cual se suple y esplica la presente.

(182) Conc. l. 30. §. 3. D. *de jurejur.* y l. 3. D. *de popul. act.* Añad. l. 10. tit. 11. de esta Part. con lo allí anotado; pudiendo verse la escepcion que aqui se espresa en la Glos. á la l. 2. C. *quib. res jud. non noc.*; y lo mismo deberia decirse, cuando se tratase de un derecho quasi-popular, como si para rescindir ó anular una eleccion para alguna dignidad alegase alguno defectos en la persona del elegido, Glos. notab. al cap. *cum dilecti*, vers. *judicatum*, *de elect.* y Alex. á d. l. 63. col. 10.

(183) Añad. l. 19. de este tit. é Inoc. al cap. *quamvis*, col. 1. *de re judic.*

(184) Conc. l. 4. §. 3. D. *si serv. vindic.* y entiéndase respecto de las servidumbres ya constituidas; pues, cuando se tratase solamente de la obligacion de constituirlas, la sentencia proferida contra uno no perjudicaria á los demas, Bart. á la l. 2. §. 2. D. *de verb. oblig.*

(185) Lo propio opina la Glos. á la l. 2. C. *quib. res judic. non noc.* y Bart. á la l. 18., 4. quest. vers. 2. *est dicendum* D. *de duob. reis* Inoc. al cap. *causam* 7. *qui filii sint legitim.* Pero lo contrario se lee en otra Glos. á la l. *qui in aliena* §. ult. D. *de negot. gest.* vers. *prædio*, [No encontramos ley alguna que empiece con estas palabras *qui in aliena* en todo el tit. *de negot. gest.* del D. ni del C.] y la misma Glos. y Bart. á la l. 19. D. *si serv. vind.*, esto es, que perjudicaria á los demas comuneros la sentencia proferida contra uno de ellos: y esta fue la mas verdadera opinion por derecho comun, segun Alex. á d. l. 63. col. 13.; bien que desechada aqui por esta nuestra ley.

(186) Con. ll. 1. y 2. C. *si unus ex plurib. appell.*, l. 10. §. ult. D. *de appell.* cap. *una sententia* 72. *de appell.* y 2. q. 6. §. *diffiniti-*

contra todos diessen, non se alçasse fueras el vno; o si se alçassen todos, e el vno tan solamente siguiesse el alçada, de manera que fuesse dado el juyzio por el, e reuocado el primero; de tal sentencia como esta se pueden aprouechar todos los que auian parte en el pleyto, tambien como aquel que siguio el alçada. Otrosi dezimos, que si alguno fuere dado por quito de la acusacion que fazian del por razon de adulterio, que de tal juyzio como este se puede aprouechar aquella muger (187) con quien dizen que lo fiziera; de manera que si despues la quisieren acusar de aquel adulterio, non seria tenuda de responder, amparandose con aquel juyzio que fue dado por el varon. Pero si el acusado otorgasse en juyzio que fiziera adulterio con ella, o le fuesse probado por testigos, de manera que ouiessen a dar juyzio contra el; tal sentencia, nin tal prueua como esta non empeceria a la muger: mas si alguno la quisiesse acusar de nueuo sobre aquel adulterio, bien lo puede fazer, andando en su pleyto con ella, fasta que den juyzio sobre la acusacion.

LEY 22. *Quales mandamientos de los Judgadores non han fuerça de Juyzio.*

Non ha fuerça de juyzio toda palabra, o mandamiento que el Juez faga en los pleytos. E porende dezimos, que si alguno se querellare al Juez, diziendole, que le deue otro alguna cosa; si el Judgador le diere carta (188) contra aquel de quien querella, que le de, o le pague, o le entregue aquello quel demandaua, non emplazandole primeramente, nin sabiendo la verdad, assi como de suso mostramos (189); tal mandamiento como este non vale, nin ha fuerça de juyzio (190). Otrosi dezimos, que quando el Juez ouiere dado su juyzio afinado, e despues faze alguno otro mandamiento, por que desate, o cambie lo que el mismo assi judgo; tal mandamiento (191) como este non ha fuerça de juyzio, nin se desface por y el primero. Otrosi dezimos (192), que quando el Judgador mandasse por juyzio a alguna de las partes, que pagasse, o entregasse la quantia, o la cosa que demandaua la otra parte, fasta

va; pudiendo verse en Abb. á d. cap. 72. los muchos requisitos que deben concurrir para que tenga lugar lo que se dispone por nuestra ley aquí.

(187) Con. l. 17. §. penult. D. *ad Leg. Jul. de adult.* y l. 9. tít. 17. Part. 7. cuya disposicion es especial en favor del matrimonio; de suerte que, si la muger no fuese casada al tiempo de proferirse la sentencia absolutoria á favor del adúltero, no le aprovecharia esta, l. 19. §§. 2. y ult. D. d. tit. y Alex. á d. l. 63. D. *de re judic.* col. 11.; y tampoco en el caso de no ser casada al tiempo de intentarse la acusacion contra el supuesto adúltero, segun d. §. 2. l. 19. y V. Bald. á la l. 5., hácia el fin, C. *de accusat.* donde opina que la sentencia proferida en favor del mandatario no aprovecha al mandante; y Alex. á d. l. 63. col. 12. y Aret. tratado *maleficior.* vers. *Sempronium mandatorem.* col. 8.

(188) Conc. l. 5. C. *comminat. epist.* y l. 38. D. *de re judic.*

(189) Ll. 12. y 15. de este tit.

(190) Y asi, aunque no se apelare de ella, no obtendrá semejante sentencia autoridad de cosa juzgada; añad Inoc. al cap. *cum venissent.* col. 4. vers. *inhibitione*, *de in integr. restit.* debiendo, empero, advertirse que lo que en virtud de semejante mandamiento del juez tal vez se pagare, solo podrá repetirse por la condicion *indebiti*, cuando en realidad hubiere sido indebido, pero no cuando se hubiere adeudado legítimamente desde un principio, l. ult. D. *quod metus caus.* é Inoc. á d. cap. *cum venissent*, el cual entiende en el propio sentido Ang. en el tit. C. *commin. epist.*, añadiendo el mismo Inoc. allí que tambien es válida la sentencia, aunque proferida sin observar el órden del juicio, cuando por ella se impone una pena temporal ó espiritual por un pecado manifiesto, ll. 9. y ult. D. *de pœn.* 2. quest. 7. cap. *si quis ab Episcopo*, lo cual es digno de notarse, no menos que lo que añade el mismo allí, diciendo que, en general, son válidos todos los mandatos del juez, aunque dados sin conocimiento de causa, sobre cosas que pertenecen á su oficio. Nótese tambien que ni aun los mandatos del Papa tienen fuerza de sentencia ni son válidos siendo dados sin conocimiento de causa sobre cosas que la requieren y en las cuales no se puede preceder sin forma de juicio, á menos que constare haber sido espedidos con cierta ciencia de los hechos á que se refieren, segun el citado Inoc. y Abb. sobre la glos. 2. al cap. *tum ex litteris. de in int. rest.* y añad. Felin. al cap. *si quando* col. 2. *de rescript.*

(191) Conc. l. 3. C. *commin. epist.* y añad. l. 3 de este tit. con lo anotado allí: y acerca de si puede el juez, al proferir la sentencia, reservarse la facultad de disminuir la pena impuesta ó de rebajar la condena, V. notablemente á Bald. á la autent. *interdicimus* C. *de Episcop. et cleric.*

(192) Conc. l. 4. C. *commin. epist.* V.; empero, á Alberic. á la rúbrica de d. tit.

dia señalado, e que si non gelo diesse fasta aquel dia, que despues fuesse tenudo de gelo pechar doblado; que tal palabra como esta, que es puesta en la sentencia en razon del doblo, non ha fuerça de juyzio, mas es amenaza (193) del Judgador, e non empece a aquel contra quien la dizen, quanto es en el doblo, o en la quantia que le manda pechar (194) demas de aquello quel demandauan. Fueras ende, si tal amenaza como esta fuesse fecha en juyzio, o en pleyto de huerfano contra aquel que touiera en guarda a el, e a sus bienes. Ca si non quisiere pagar al plazo lo que el Judgador le mandasse, estonce tal amenaza (195) como esta auria contra el fuerça de juyzio, e seria tenudo despues, de pechar al huerfano la pena, (*k*) e el doblo, e todo lo al, que el Judgador le mandare pagar, o entregar.

(*k*) o el doblo, e todo lo al etc. Acad.

LEY 23. *Que gualardon deuen auer los Judgadores, quando fizieren bien su oficio.*

Buen gualardon merecen auer los Judgadores, quando bien, e lealmente cumplen sus oficios; e esto es en dos maneras. La vna, que ganan por ende buen prez, e buena fama, e los Reyes los aman, e los honrran, e todo el Pueblo. La otra manera es, que les dan buena soldada, e fazenles algo en otras muchas maneras, fiandose en ellos, e poniendolos en sus lugares para judgar a las gentes derecho; e demas esperan auer de Dios buen galardon en este mundo, e en el otro, por el bien que fizieren. E porende los Judgadores deuen puñar de ser buenos, e leales, e sin cobdicia, segund dize en las leyes (196) que fablan de los Juezes en esta razon.

donde limita lo dispuesto aqui, al caso en que el juez, despues de haber fallado definitivamente y proferido la condena, impusiese por un auto interlocutorio y separado la pena del duplo, pues entonces es este último enteramente nulo, á menos que algun estatuto ó costumbre autorizase la imposicion de semejante pena en los términos espresados: pero seria esta válida, de todos modos, como hecha con conocimiento de causa, si en la misma sentencia definitiva se condenase á pagar bajo pena del duplo, segun el mismo allí, lo que es digno de notarse: debiendo entenderse por lo tanto que la referida pena será nula siempre que se imponga por via de interlocutoria y aunque sea en la misma sentencia, como se establece aqui. *Nótese que lo que en esta ley propiamente se declara no es que *non vala* ó sea nula la pena del duplo conminada en la sentencia, sino que *non haya fuerza de juicio;* lo cual, en nuestro concepto, es muy distinto. Como dicha pena se impone condicionalmente y por via de apercibimiento para el caso de no haberse cumplido con la entrega ó pago de la cosa ó cantidad litigiosa dentro el término señalado, es evidente que no puede producir efecto alguno mientras no se haya cumplido la condicion, pero bien podrá producirlo despues, y es probable que lo produzca, como quiera que es *amenaza del judgador*, y la ley no ha podido entender que aun en calidad de tal fuese completamente nula é ineficaz. Con todo y como á continuacion se espresa en la misma ley, como una cosa especial á los pleitos seguidos por los pupilos contra sus tutores que, no pagando estos dentro del plazo señalado, incurren en la pena con que se les haya apercibido, parece inferirse de aqui que no sucederá lo mismo en los demas casos, y que por consiguiente será nulo en ellos y de ningun efecto el espresado apercibimiento; á menos que se entienda que los tutores respecto de sus pupilos incurren en él *ipso jure* y sin necesidad de otra posterior declaracion, la cual sea indispensable para poderse exigir á los demas la pena conminada.

(193) Sobre la nulidad del precepto dado por el juez á la parte ó á su abogado de no hablar mas en el juicio bajo cierta pena, V. á Alberic. despues de Guillelm., á la l. 6. C. *de mod. mulc.* y en órden al caso en que el juez absolviere al reo con condicion de que se entienda incurrir en la pena por el primer delito si reincidiere en él, V. Bart. á la l. 40. §. 1. D. *de pact.* Ang. tratad. *malefic.* vers. *qui judex videns, quod dicti inquisiti,* col. 2. y V., sobre el particular, lo anotado por Bald. á la l. 1. col. 4., hácia el fin, C. *de hæred instit.* y añad. al mismo adicion. á Specul. tit. *de senten.* col. *antepen.* donde dice que los mandatos judiciales caprichosos y antojadizos son de ningun valor pudiendo verse á Bart. á la l. 1. princ. hácia el fin D. *si quis jus dic. non obtemp.* donde trata de los mandatos con apercibimiento de multa para el caso de incumplimiento.

(194) Y ¿si hubiese morosidad en el pago, ó fuese contumaz en no hacerlo efectivo aquel á quien se hubiese condenado? V. Juan de Plat. á l. 1. C. *de usur. fisc.* col. 2. y á la l. 2. C. *de exact. tribut.* y Bart. á la l. 1. hácia el fin del princ. D. *si quis jus dic. non obtemp.*

(195) Conc. l. 7. §. 7. D. *de admin. tut.* siendo de notar lo que se dispone en esta nuestra ley.

(196) Ll. 1. y 3. tit. 4. de esta Part.

LEY 24. *Que pena deue auer el Judgador, que a sabiendas, o por necedad, judgo mal en pleyto que non sea de justicia.*

Malamente yerra el Judgador que judga contra derecho a sabiendas. E otrosi el que da algo, o gelo promete, porque lo faga. E porende queremos dezir, que pena deuen auer cada vno dellos. E primeramente dezimos del Judgador, que si judga tuerto a sabiendas, por desamor (197) que aya a aquel contra quien da el juyzio, o por amor que aya con el otro su contendor, e non por algo que le diessen o le prometiessen; si el juyzio fuere dado en razon de auer mueble, o rayz, o sobre otra cosa qualquier, que no pertenezca a pleyto de justicia, o de escarmiento; tenemos por bien, e mandamos, que peche otro tanto de lo suyo, a aquel contra quien dio tal juyzio, quantol fizo perder; e demas todos los daños, e los menoscabos, e las despensas que jurare que fizo por razon deste juyzio; e aun deue fincar enfamado (198) para siempre, porque fizo contra la jura (199) que juro quando le pusieron en el oficio; e sobre todo deuele ser tollido (200) el poderio de judgar, porque vso mal, e tortizeramente de su oficio. Mas si por auentura judgasse tortizeramente por necedad (201), o por non entender el derecho, si el juyzio fuere dado en razon de los pleytos que de suso diximos, non ha otra pena, si non que deue pechar, a bien vista de la Corte del Rey, a aquel contra quien dio el juyzio, todo el daño (202), o el menoscabo que el vuo por razon del. E sobre todo se deue saluar, jurando

(197) Y mas abajo *ó por amor*, y asi con dolo: Conc. l. 15. §. 1. D. *de judic.*

(198) Conc. l. ult. C. *de pœn. jud. qui mal. judic.*

(199) Segun esto, pues, se incurre en la pena de infamia por el perjurio, y añad. cap. *querelam* 10. y DD. allí *de jurejur.* y cap. *si quis convictus* 22. quest. 5.

(200) Y con razon; pues todo el que comete perjurio en su oficio debe ser depuesto ó privado del mismo, l. 2. §. 3. D. *de his qui not. infam.* y Glos allí, y añad. Bald. á la l. 2. C. *de reb. credit.*; y porque el infame no puede ser juez, l. 4. tit. 4. de esta Part.

(201) Conc. l. ult. D. *de extraord. cognit.* y princ. Instit. *de oblig. quæ ex quasi del. nasc.*

(202) Añad. l. 36. tit. 5. Part. 5.; y nótese la espresion de la l. 6. D. *de extraord. cognit.* segun la cual debe condenarse al juez que hubiere fallado mal por impericia á la pena que al que ha de juzgarle pareciere proporcionada y equitativa *in quantum religioni judicantis æquum visum fuerit*, y tambien la Glos. allí y Bald. §. *judices* princ. *de pace jur. firm.* opinan que no será responsable *in solidum*, sino solo en cuanto alcancen sus fuerzas ó responsabilidad. Y, segun este último, lugar citado, en el caso que el fallo dado por impericia hubiere afectado á la jurisdiccion de un Principado, como será entonces imposible que el juez pague los perjuicios, tal vez estará obligado á resarcir solamente los menoscabos y no lo que dejare de lucrarse ni los perjuicios intrínsecos, ó tal vez deberá condenársele á lo mismo que espresa d. l. 6. entendiéndola literalmente, esto es, á lo que á un buen varon parezca justo, pudiendo ser la falta cometida de tal naturaleza que, por ella, aconseje la equidad el que no se imponga castigo alguno: y aun añade que quizás no deberá castigarse al juez, asi como no se castiga al árbitro cuando solo hubiere incurrido en culpa levísima; lo mismo que opina Bald. bien que no decididamente, al discurrir sobre la interpretacion de d. l. Téngase, empero, presente lo que aqui dispone la nuestra de Part. decidiendo aquella cuestion y declarando que debe condenarse al juez en el espresado caso á resarcir todo el daño que con el fallo erróneo hubiese causado á la parte; lo mismo que ya opinaba Bart. en la cuestion *judex per imperitiam* col. pen. y esto es lo que tendrá lugar por regla general: mas no dejará de haber casos en que se admita el libre y prudente arbitrio y se imponga una pena mas leve, como en el de haber errado sobre la inteligencia y aplicacion de alguna ley muy ambigua, como la l. 29 D. *de liber. et postum. hered. instit.* [esta ley habia traido muy ocupados y divididos á los intérpretes de derecho comun, siendo muchos los que habian escrito *ex professo* sobre ella,] ó de otra manera hubiere incurrido en error escusable, pues siempre lo es mas el que recae en los ápices de derecho ó en algun punto legal dudoso y cuestionable, que sobre alguno de los que estan abiertamente determinados por las leyes, Glos. princ. *Instit. de oblig. quæ quas. ex delict. nasc.* Bald á la l. 2. C. *si quis ignor. rem minor.* y Bald. á la l. 5. C. *de serv. fug.* el cual dice que, por punto general, se perdona al juez ó se le castiga mas levemente, cuando errare sobre algun punto muy árduo y sutil; fundándose en d. Glos. y añadiendo notablemente que tal vez no estará dicho juez obligado á resarcir mas que el puro perjuicio causado á la parte, y no todo lo demas, porque no peca mortalmente el que yerra acerca las sutilezas de las leyes:

(203) que aquel juyzio non lo dio maliciosamente; mas por yerro, o por su desentendimiento, non sabiendo escoger el derecho. Pero si el Judgador diere juyzio tortizero, por alguna cosa que le ayan dado, o prometido (204); sin la pena sobredicha, que de suso diximos, que deue auer aquel que judgare mal asabiendas, es tenudo de pechar al Rey tres tanto de quanto recibio, e de lo quel prometieran. E si non lo auia recebido, deuelo pechar doblado al Rey: e sobre todo, el juyzio que assi fuere vendido por precio, non deue valer (205), maguer que aquel que fue dado por vencido, non se alçasse del.

LEY 25. *Que pena deue auer el Judgador, que judgare mal a sabiendas en pleyto de justicia.*

Catar deue el Judgador muy afincadamente, quando ouiere de judgar alguno a muerte, o a perdimiento de miembro, ante que de su juyzio, todas las cosas que ouieren y a ser catadas, porque pueda judgar sin yerro. Ca esta es cosa que despues que es fecha (206), non se puede cobrar, nin emendar cumplida-

y lo propio sostienen Bald. citando á Inoc. á la l. 3. col. 2. hácia el fin C. *quom. et quand. jud.* y Juan Fabr. á d. princ. *Instit. de oblig. quæ quas. ex del.* donde declara á la Glos. diciendo que en tal caso no es responsable el juez de la verdadera y rigurosa estimacion del pleito. Asi, pues, podrá sentarse por regla general que el juez que, por su capricho, hubiere fallado erróneamente deberá resarcir á la parte todo el daño que le hubiere causado: pero que esto deberá regularse, segun el prudente arbitrio del que juzgare á dicho juez, pudiendo con justa causa rebajar la pena y condenarle tan solo á los perjuicios intrínsecos y no á los demas, y aun atenuarlo mas, si asi le pareciere exigirlo la equidad: y añad. lo que muy notablemente espresa Andr. de Isern. al cap. unic. *de controv. int dom. et empt.* col. penult. y ult. esto es, que el juez no será responsable, cuando haya hecho de su parte todo lo que haya podido, estudiando y examinando el proceso por sí mismo, deliberando con otros y no omitiendo nada de lo acostumbrado, aunque despues aparezca haber errado segun la sutileza del derecho ó poderse entender las palabras del proceso en distinto sentido: y tampoco cuando hubiere fallado en los términos que los demas jueces acostumbran generalmente hacerlo en igual caso; pues entonces, ningun recto juez declararia á aquel responsable mientras hubiese obrado sin dolo ni descuido: y en todas las cosas se cumple, mientras se haga lo que se puede, l. 7. C. *de his quib. ut indign.* no debiendo imputarse á culpa los defectos provenientes de la humana debilidad inherente á nuestra naturaleza; y atendido que el desprenderse de la mortal ceguera y adquirir el privilegio de ver todas las cosas en su punto no es propio del hombre, sino de Dios; á quien se esclamaba S. Agustin en su libro de las *Confesiones: Coruscasti et splenduisti et fugasti cæcitatem meam:* pero si el juez confiado en demasia no ha examinado bastante los méritos del pleito y ha obrado indeliberadamente, no estudiando ni procurando averiguar la verdad, aunque no hubiere procedido con dolo, sino creyendo de buena fe que era exacto su juicio, será reo de culpa lata, l. 223. D. *de verb. signif.:* y añade el mismo escritor que el juez no debe contentarse con examinar el proceso una sola vez, sino que ha de hacerlo cuantas sea necesario para no omitir cosa alguna esencial, no siendo válido el juicio que se forma sin reiterar la lectura de los autos, segun el tit. del C. *de emend. Justin. Cod.*, *circ. med.*: y concluye que por cualquiera de estas cosas que hubiere el juez descuidado, se hará culpable de grave negligencia, y deberá condenársele con justicia á indemnizar de sus bienes propios todos los daños causados. Bellas palabras que he creido oportuno transcribir para que los jueces sean cautos al proferir sus sentencias, pudiendo verse al mismo Andr. de Isern, lugar citado, y siendo digno de notarse cuanto acaba de decirse para la cabal inteligencia de la presente ley, y para conocer como debe limitarse lo que en ella se dispone, mayormente cuando tampoco escluye, antes bien autoriza el prudente arbitrio con las palabras: *A bien vista de la Corte del Rey.* * Sobre lo dispuesto en nuestra ley, aqui en órden á los jueces que fallan mal por descuido ó negligencia, V. l. 11, tit. 30. lib. 11. Nov. Recop.

(203) Trae esto su origen de la l. 2. tit. 2. lib. 2. del Fuero: y con razon se establece asi; porque, tratándose de una persona fidedigna, el juramento es suficiente prueba de que no ha procedido con dolo: V. Bald. á la l. 2. C. *si quis ignor. rem min.* y Bart. á la l. 2. D. *de confess.*

(204) Conc. autent. *novo jure C. de pœn. jud. qui mal. jud.* y á la *Novell.* 124. *collat.* 9. de donde esta se ha tomado, y l. 52. tit. 14. Part. 5.

(205) Conc. l. 7. C. *quand. prov. non est necess.*

(206) Pues las cosas que despues no pueden revocarse deben hacerse con mucho mi-

mente en ninguna manera. E porende dezimos, que si algund Judgador judgare a sabiendas (207) tortizeramente a otro en pleyto de justicia, que tal pena merece (208) el rescebir en su cuerpo, qual el mando fazer al otro, quier sea de muerte, o de lision, o de otra manera (*l*) de desterramiento. E si el Rey (209) le quisiere fazer merced, perdonandole la vida, puedelo echar de la tierra para siempre por enfamado, e tomarle todo lo suyo. Essa misma pena deuen auer los Adelantados mayores (210), o otro Rico ome a quien otorgasse el Rey poderio de judgar, si justiciasse tortizeramente Rico ome, o Infançon, o Cauallero honrrado que sea fidalgo derechamente de padre, e de madre (211). Mas si justiciasse a tuerto otro ome que fuesse de menor guisa (212) que estos que de suso diximos, deue ser echado de la tierra el Adelantado, o el Rico ome que esto fiziere. E si tal juyzio como este ouiesse dado por precio (213), deue ser desterrado para siempre, e todos sus bienes tomados para la Camara del Rey, si non ouie-

(*l*) de escarmiento Acad.

ramiento, l. 2. y Bald. allí C. *de sentent. ex peric. recit.* y añad. l. 15. C. *de appell.*

(207) Conc. l. 1. princ. vers. *quive cum magistratus esset*, y l. 4. princ. D. *ad leg. Cornel. de sicar.*

(208) Pues es muy justo que á cada uno se le mida con la misma medida con que él ha querido medir á los demas, V. D. *quod quisq. jur.* Bald. á la l. 1. col. 5. C. *ex delict. defunc.* y á la rubr. *de pœn. jud. qui mal. judic.* y Salic. á la l. ult. d. tit. Pero ¿en qué pena incurrirá el juez, cuando su falta hubiere consistido en absolver á un reo que merecia pena de muerte ú otra, ó en habérsela impuesto mucho mas leve de la que correspondia? Parece que incurrirá en la pena conminada en la l. 1. C. *ne sanct. baptism. iteret.* y cap. *ut clericorum* 13. *de vit. et honest. cleric.* esto es, en aquella misma que él segun derecho debia haber impuesto al reo; y añad. Juan de Plat. á la l. 3. C. *de exact. tribut.* y si hubiese dejado de imponérsela por soborno, incurriria tambien en la pena de la autent. *sed novo jure* C. *de pœn. judic. qui mal. jud.* y de la l. próxima siguiente, pudiendo añadirse la l. 8. C. *ad leg. Jul. de vi public.* y esceptuándose de lo dicho el caso en que el juez hubiese tenido justa causa para rebajar la pena, l. 13. §. 7. D. *de his qui not. infam.* y l. 3. C. d. tit. Alberic. y Salic. á d. l. ult.; y en órden á los jueces que por descuido dejan de castigar á los delincuentes ó descubrirlos, V. §. *judices*, *de pac. jur. firm.*

(209) Y en ciertos casos podrá tambien hacérsela un juez que sea inferior al Rey, pues puede haber procedido el matar á un hombre de un movimiento de cólera ó de una escesiva crueldad, l. 7. §. ult. D. *ad leg. Jul. repetund.* y Bald. á d. l. 1. col. 5. C. *ex delict. defunct.* en cuyos lugares se señala la pena de deportacion contra el juez que en un arrebato de indignacion hubiere muerto ó mandado matar á un hombre. V., empero, á Andr. de Iser. tit. *quæ sint regalia* versic. *et bona committentium crimen majestatis* col. 4. el cual entiende aquel §. de suerte que por él se impone al juez que haya dado muerte á un hombre la pena capital indistintamente y aunque lo hubiere hecho en un arrebato de cólera; bien que parece mas equitativo el que en este último caso se le castigue con menos rigor, segun estensamente Felin. al cap. *sicut ex litteris* col. penult. y ult. *de jurejur.*; y sobre todo debe imponérsele una pena aun mas leve cuando conste que no ha habido dolo, sino ignorancia ó imprudencia, en cuyo caso habrá lugar al prudente arbitrio del que hubiere de juzgarle, segun la l. prox. anteced.: y asi viene á opinarlo el mismo citado Andr. de Iser. cuando dice, que no debe imponerse la pena capital al juez que solo por culpa, pero sin dolo, haya dado muerte á un inocente; pues tampoco se equipara al dolo la culpa aunque lata en la l. 7. D. *ad leg. Cornel. de sicar.*; pero añade el mismo allí que siempre deberá imponerse al juez por semejante culpa, y aunque no haya malicia, una pena corporal, l. 3. §. 2. versic. *sed ex senatus consulto* y l. 4. §. 1. D. *ad leg. Cornel.* y lo anotado por la Glos. á d. l. 7.

(210) Véase por lo dispuesto aqui como deben limitarse los demas textos del derecho, segun los cuales deben imponerse las penas corporales con menos rigor á los nobles que á los villanos, l. 4. §. 1. D. *de incend. ruin. naufr.* l. 2. C. *ut nem. priv.* con lo anotado por la Glos. al cap. *cum quidam*, *de jurejur.* y Bart. á la ult. D. *de rer. div.* distincion que solamente tendrá lugar, cuando no sea tambien noble aquel en cuya persona se hubiere cometido el delito; porque si lo fuere igualmente que el delincuente, se aplicará á este todo el rigor de la pena, por la sabida regla de que, concurriendo dos iguales privilegios, se prescinde de entrambos y se juzga por derecho comun, Abb. al cap. *in præsentia* col. 12. *de probat.* Bald. á la autent. *perpetua* C. *de sacros. Eccles.* V. nota 83. tit. 8. Part. 7.

(211) Añad. l. 7. tit. 18. Part. 2.

(212) V. l. 1. hácia el fin D. *ad leg. Cornel. de sicar.*

(213) Conc. la autent. *novo jure* C. *de pœn.*

re parientes que suban, o deciendan por la liña derecha fasta el quarto grado. Ca si tales parientes (214) ouiere, nol deuen tomarlo suyo. Fueras ende, que ellos son tenudos de pechar a los herederos del justiciado, (ll) quatro tanto de lo que tomo, e tres tanto para la Camara del Rey, si quisieren auer los bienes. E lo que le auian prometido por razon de aquel juyzio, si lo non auia aun recebido, deuelo pechar doblado, tambien a la Camara del Rey, como a los herederos de aquel que fue a tuerto justiciado.

LEY 26. *Que pena deue auer aquel que da alguna cosa al Judgador, porque judgue tuerto.*

Non deuen ser sin pena los contendores que corrompen a los Juezes que los han de judgar, dandoles (215), o prometiendoles algo, porque judguen tortizeramente. E porende dezimos, que si el acusador diere alguna cosa al Juez que ha de judgar, porque de juyzio a tuerto (216) contra el acusado, que deue perder la demanda (217), e dar por quito al acusado; e sobre todo, deue recebir tal pena, e en aquella misma manera, que de suso diximos (218) del Judgador que toma algo, por el juyzio que ha de dar en tal pleyto como este. Mas si el acusado diesse, o prometiesse al Judgador alguna cosa, porque le judgasse por quito de aquello de que le acusauan, deue auer tal pena, como si conociesse, o le fuesse prouado lo quel ponen en la acusacion contra el. Ca bien se da a entender (219) que era en culpa, pues que se trabajo de corromper el Juez con dineros, o con dones; fueras ende, si fuesse cierta cosa, que non fiziera el aquel mal de quel acusauan, mas que diera algo al Juez, con miedo (220) que auia de seguir el pleyto, porque era ome de flaco coraçon. E si por auentura esto fiziessen los contendores (221) en pleyto de otra manera que non fuesse de justicia, deuen pechar al Rey tres tanto de quanto le dieron, e dos tanto de lo quel prometieron.

(ll) quatro atanto de lo que tomo el desterrado por razon de aquel juyzio torticero que dio, et tres atanto etc. Acad.

jud. qui mal. jud. y *Novell.* de donde aquella se ha tomado.

(214) Repruébase con esto la opinion de la Glos. á d. autent. *novo jure* vers. *confiscatis* donde pretende que por el delito de soborno, lo mismo que por el de lesa magestad se incurre en la pena de confiscacion, aunque haya parientes dentro el cuarto grado, cuya opinion sostenian tambien Bald. y Salic. allí; y por lo mismo debe tenerse presente esta nuestra ley de Part. segun la cual no deben en tal caso confiscarse los bienes del reo, sino reservarse para sus hijos ó descendientes y ascendientes hasta el cuarto grado, con la obligacion, empero, por parte de estos, de haber de pagar el tanto que en esta misma ley se previene á los herederos del interfecto y al fisco, ó cámara del Rey.

(215) Conc. l. 1. C. *de pœn. jud. qui mal. jud.* ¿Qué castigo, empero, mereceria el que no sobornase al juez materialmente con dineros ó dones, sino que frecuentase mucho la casa de este, y procurase captarse su intimidad con el fin de que así le favoreciese en el fallo? Deberia castigársele con arreglo á la l. 1. §. 4. y Bart. allí D. *ad leg. Jul. de ambitu.* Y ¿se entenderá que ha sobornado al juez el que le hubiere caucionado las resultas de su fallo y prometídole sacarle indemne por el mismo? V. Bart. á la l. 42. §. 12. D. *de furt.* y Salic. despues de Bald. á la l. 1. C. *de pœn. jud. qui mal. jud.* donde opinan por la negativa. Y el que haya intentado el soborno, pero sin conseguirlo no deberá ser castigado como tal, y con la pena de esta nuestra ley, sinó con la de la l. 34. D. *de jur. fisc.* segun Salic. á d. l. 1. donde y á la l. 45. §. 7. D. *de jur. fisc.* trata tambien de los que sobornan á los escribanos actuarios.

(216) Y ¿si se sobornare al juez para que falle con justicia? V. la l. prox. siguiente con lo anotado allí, donde se habla tambien de los que sobornan al juez para que prolongue el litigio.

(217) Conc. l. 1. C. *de pœn. jud. qui mal. jud.* aprobándose aqui, con las palabras *deue perder*, la opinion mas comun entre los DD. á d. l. 1. de que el sobornador pierde su accion, no *ipso jure*, sino mediante sentencia, contra lo que pretendia la Glos. allí.

(218) L. prox. antecedente y autent. *novo jure C. de pœn. jud. qui mal. jud.*, esto es, la pena de deportacion y confiscacion de bienes, si no tuviere parientes en la línea recta dentro el cuarto grado.

(219) Conc. d. l. 1. y hace al mismo propósito la l. 5. D. *de his qui not. infam.*

(220) Nótese bien esto; y V. la l. 23. §. 1. y Glos. allí C. *ad leg. Jul. de adult.* y Bald. á la l. 18. C. *de his qui not. infam.* pues lo que se hace para librarse de una injusta vejacion no parece hacerse maliciosamente: añad. l. 22. tit. 1. Part. 7.

(221) Tanto el actor, como el reo: y asi pierde el primero su accion y el segundo sus escepciones, como se dice en esta misma ley mas abajo *sobre todo deue perder;* con lo cual se aprueba la opinion de la Glos. á d. autent.

que le non auian aun dado. E sobre todo deue perder el derecho que auia en el pleyto, aquel que esto fiziesse. Empero, si aquel que dio, o prometio alguna cosa al Judgador, assi como sobredicho es, lo descubriesse, viniendo conociendolo de su grado, e lo pudiere prouar al Rey, o a otro que fuesse su Mayoral, non aya pena ninguna; mas pechelo el Judgador, assi como sobredicho es. E si non pudiere prouar aquello que dize; porque semeja que lo fizo a mala parte, mouiendose a dezir maliciosamente mal del Juez, por enfamarlo; deue pechar al Rey otro tanto, quanto montare la cosa sobre que es la contienda. Mas si esto acaesciesse en pleyto de justicia, e lo descubriesse (222) al Rey, que diera, o prometiera alguna cosa al Judgador, porque judgasse por el; dezimos, que si prouar (223) non lo pudiere, que deue perder todo lo suyo, e deue ser de la Camara del Rey, e de si yr adelante por el pleyto. E el Judgador, a quien dixo que lo diera, o le prometiera, saluese por su jura (224), e sea quito.

LEY 27. *Quando pueden demandar al Judgador lo que le dieron por judgar, aquellos mismos que gelo dieren, e quando non.*

Quando acaesciesse (225), que el contendor que tiene mal pleyto, diesse algo al Juez, porque judgasse mal, e a pro de si; o porque alongasse el pleyto (226), e non judgasse en ninguna manera; dezimos, que por ninguna destas razones non gelo puede despues demandar, que le torne lo que auia dado; e abonda que el Judgador lo peche al Rey, assi como diximos en la ley ante desta (227). Mas si dio algo al Juez, porque non le judgasse tuerto (228), o porque le judgasse derecho, puedelo demandar que gelo torne: porque la maldad, e

novo jure, contra la de la otra á la l. 7. §. penult. D. *de dolo;* siendo de notar que los litigantes que sobornan al juez incurren en esas penas por el perjurio que cometen, despues de haber jurado que nada darán ni han dado al juez para que falle á su favor, l. 23. tit. 2. de esta Part.

(222) Conc. d. autent. *novo jure*, fundado en la cual y en la l. 5. §. ult. D. *de re milit.* dice Bart. á la l. 4. §. 4. hácia el fin D. *de condict. ob turp. caus.* que es lícito el publicar una ley ó bando ofreciendo el perdon á los que denunciaren á los autores de algun delito, aunque hayan sido cómplices en él: añad. Palat. Rub. *repetit.* cap. *per vestras super text.* col. 48. y V. Bart. á d. l. 5. y á la l. 1. §. 26. D. *de quæst.*

(223) Conc. d. autent. *novo jure*: y acerca de si, en ese caso, deberá castigársele tambien como sobornador en virtud de su misma confesion, V. Bald. á d. autent. vers. *quæro quidam* y lo que está dispuesto por la l. 8. tit. 15. lib. 2. Ordenam. Real, esto es, que el que se denunciare á sí mismo como sobornador del juez, *no haya pena por ello, maguer que por Derecho la merezca; salvo si fuere hallado que dixo mentira.* y V. allí mismo la prueba privilegiada que se admite contra el juez que se dejare sobornar. * D. l. del Ordenam. es la 8. tit. 1. lib. 11. Nov. Recop. y en ella se previene, á mas de lo que queda dicho, que, *en defecto de prueba cumplida se pueda probar* (el soborno) *de esta manera: que si fueren tres testigos o mas los que vinieren, diciendo sobre juramento que hagan, que dieron dones al Juez, que vala su testimonio, maguer que cada uno diga de su hecho, seyendo las personas tales que entienda el que lo hobiere de librar, que son de creer: y otrosi habiendo algunas otras presunciones y circunstancias, porque vea el Juez que es verdad lo que dicen: pero porque los hombres no se muevan con cobdicia a dar testimonio contra verdad, mandamos, que tales testigos como estos no cobren aquello que dieren o que dieron, salvo si lo probaren con prueba cumplida.*

(224) Hé aqui uno de los casos en que se admite el juramento llamado de purgacion: teniéndose por convicto al acusado que se negáre á prestarlo, segun d. autent.

(225) Trae esto orígen de lo anotado por Azon *in summa C. de pœn. jud. qui mal. jud.* vers. *numquid ille qui dedit*: y conc. l. 1. D. *de condict. ob turp. caus.*

(226) Asi, pues, tambien en este caso se incurre en la pena de la l. prox. anteced.

(227) V. ll. 24. y 25. de este tit.

(228) Decídese por nuestra ley aqui la cuestion sobre la inteligencia de la l. 2. §. 2. D. *de condict. ob turp. caus.* de la que se ocupa la Glos. allí y al cap. *qui rectè* 11. quest. 3. y cap. *non sanè* 14. quest. 5. aprobándose la opinion de la misma á d. cap. y desechándose la de la Glos. que era la mas comun entre los legistas á d. l. 2. ó sea la de que de lo que se hubiese dado al juez para que fallase rectamente no habria repeticion y que lo perderia el que lo hubiese dado, pues con ello parecia haber sobornado al juez. No es, pues, esto lo que deberá decirse; sino que el que hubiere dado algo al juez, ó bien se lo habrá dado para que fallase injustamente ó para que no fallase, ó para que lo hiciese á favor del mismo que le hace el don; y en entrambos

la enemiga fue de parte del Judgador, que lo recibio tomando precio, por lo que era tenudo de fazer llanamente por derecho, e por jura. E si por auentura, a la sazon que la parte diesse algo al Judgador, callasse, o le dixesse que gelo daua porque le judgasse, non le puede despues demandar que le tornasse lo que le diera; porque le quiso meter en cobdicia engañosamente: nin deue fincar otrosi en el Juez lo que tomo, porque fizo contra bondad, e contra las leyes, e contra lo que juro. Mas deuelo tornar al Rey (229), porque el deue auer las cosas que fueren prouadas que los Judgadores malamente ganan por razon de sus oficios.

TITULO XXIII.

DE LAS ALÇADAS QUE FAZEN LAS PARTES, QUANDO SE TIENEN POR AGRAUIADAS DE LOS JUYZIOS QUE DAN CONTRA ELLOS.

Semejante (1) deuen poner los omes a las cosas vnas de otras, porque las puedan mejor entender los que las oyeren. Onde por esto dezimos, que bien assi como los que peligran sobre mar, han muy grand conorte, quando fallan alguna cosa en que se trauen, o lugar a que arriben, por cuydar estorcer de aquel peligro; otrosi los que van vencidos de sus enemigos, quando llegan a lugar en que asman de ser defendidos de aquellos que los siguen para matarlos; bien otrosi han grand conorte, e grand folgura, aquellos contra quien dan los juyzios de que se tienen por agrauiados, quando fallan alguna carrera (2), por que cuydan estorcer, o ampararse de aquellos de quien se agrauian. E este amparamiento es en quatro maneras: ca o es por alçada, o por pedir merced al Rey, o por (m) entregamiento que demandan los menores por razon de algun juyzio que sea dado contra ellos, o por querella de algun juyzio que digan que fue dado falsamente, o contra aquella ordenada manera que el derecho manda guardar en los juyzios. Onde pues que en el Titulo ante deste fabla-

(m) otorgamiento Acad.

casos procederá lo dispuesto en la l. precedente sin darse lugar á la repeticion de los dones, aunque el que los hubiere hecho tuviese, de otra parte, buena causa, porque parece con ello sobornar al juez, segun d. l. 2. §. 2. y l. 52. tit. 14. Part. 5.; ó bien se lo habrá dado simplemente y sin decirle para qué; y entonces deberá decirse lo mismo, como se indica en la presente ley, y porque á ese caso se refieren precisamente la l. 1. y d. autent. *novo jure* C. *de pœn. jud. qui mal. jud.* segun Paul. de Castr. á d. l. 2. la cual lee el mismo allí despues de la l. 1. y suprimido el §. 2. de esta última: ó bien se lo habrá dado para que falle rectamente y para que le haga justicia; y entonces tiene lugar lo dispuesto en nuestra ley aqui, y procederá la repeticion de lo que hubiere dado, sin incurrir en la pérdida del pleito, ni en otra pena alguna, porque parece haberlo hecho al objeto de librarse de una vejacion y no con ánimo de sobornar al juez, segun d. cap. *non sanè* y Glos. allí y á d. cap. *qui rectè*; pues no puede presumirse el soborno, cuando conste el ánimo con que se hubiere hecho el don, segun Archid. á d. cap. *qui rectè*, el cual, empero, limita lo dicho al caso en que la dádiva hubiere tenido lugar en público, no cuando se hubiere hecho secretamente, y lo propio opina Bald. al cap. *si justus metus*, *de appell.* donde cita á Archid. y aconseja que, cuando el juez se resista á hacer justicia sin simonía, deben ser los litigantes muy cautos, y no darle dinero, si pueden, sino delante dos testigos y el escribano, absteniéndose de hacerlo de otra manera. A tenor de lo que se lee en la presente ley creeria que tendrá lugar lo dispuesto en ella de cualquier modo que constare haberse hecho las dádivas al efecto de obtener justicia y de redimir alguna vejacion. ¿Qué pena, empero, merece el que da dinero á los testigos para que declaren la verdad? V. Glos. y Bart. á la l. 1. §. 1. D. *de fals.* siendo de notar que es válido el testimonio del que hubiere aceptado dinero para no declarar, si, á pesar de ello, declarare ministrado por aquel en cuyo perjuicio se ha tratado de sobornarle; V. Bald. al cap. 1. hácia el fin de la 1ª col. *si de invest. inter dom. et vasall.* y V., á propósito de lo dispuesto en nuestra ley, lo que dice Dec. consil. 189. col. 6. y Glos. á la l. 5. princ. D. *de calumniat.* vers. *extorquebatur.*

(229) Lo mismo se lee en Azon *in summa* C. *de pœn. jud. qui mal. jud.* dando la razon que aqui tambien se espresa: ó sea la de que el fisco es el sucesor de los bienes de aquellos á quienes se les han quitado por sus delitos.

(1) Nótese lo que aqui se dice acerca la utilidad de los ejemplos ó comparaciones; y añad. lo que espresa el filósofo *primo posteriorum*, esto es, que se usa de aquellos, para que, por su medio, se entiendan mejor las cosas; pues con su uso se consigue ilustrar la creencia y comprehension, segun el §. ult. y Glos. allí *Instit. de gradib. cognat.* l. 51. §. 2. D. *ad leg. Aquil.* cap. *inter cæteras* 4. *de rescript.* y l. 30. §. 2. y Bart. allí D. *de damn. infect.*

(2) Añad. l. 1. princ. D. *de appell.* y lo que

mos de los Juyzios, que son assi como fin, e acabamiento de los pleytos, porque los contendores vencen, o son vencidos, e llegan a peligro de sofrir daños, o penas segund que dicho auemos; bien es que digamos en este, en que manera se pueden acorrer los que se touieren por agrauiados dellos: primeramente de las Alçadas, porque son mas comunales a todos. E diremos, que cosa es Alçada. E a que tiene pro. E quien se puede alçar. E de qual juyzio lo pueden fazer. E de quales Judgadores. E a quien. E quando. E en que manera. E fasta quanto tiempo se pueden alçar. E fasta quanto, seguir el Alçada. E quantas vezes se puede ome alçar sobre vna cosa. E que deue fazer el que se alça. E otrosi el Judgador, de que toma el Alçada. E el otro Mayoral que la deue judgar.

LEY 1. *Que cosa es Alçada, e a que tiene pro.*

Alçada (3) es querella que alguna de las partes faze, de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando, e recorriendose a emienda de mayor Juez (4): e tiene pro el Alçada quando es fecha derechamente, porque por ella (5) se desatan los agrauiamentos que los Juezes fazen a las partes tortizeramente, o por non lo entender.

LEY 2. *Quien se puede alçar.*

Alçarse puede todo ome libre, de juyzio que fuesse dado contra el, si se touiere por agrauiado. Ca el sieruo non lo puede fazer, porque el, e todo lo que ha, es de su señor, e non ha persona (6) para estar en juyzio. Fueras ende en aquellas cosas, en que el sieruo por si puede fazer demanda en juyzio, assi como de suso mostramos en el Titulo de los Demandadores (7). Pero si contra el sieruo fuere dado algund juyzio en pleyto criminal, bien se puede alçar (8) del su señor, o otro Personero en nome de su señor. E si ninguno destos non lo quisieren fazer, el sieruo mismo (9) se puede alçar de tal juyzio que fuesse dado contra el. Mas si el juyzio fuesse dado contra su señor, en razon de algund yerro de que le ouiessen acusado, estonce el sieruo (10) non se podria alçar por su señor; como quier que lo podria fazer su fijo que fuesse (11) en su poder. Otrosi dezimos, que el fijo que esta en poder de su padre, se puede alçar de todo juyzio que fuesse dado contra el, en razon de los bienes del fijo que el padre touiesse en guarda (12), onde quier (13) que los ouiesse ga-

dice S. Bernardo *de consideratione ad Eugenium: Fateor grande et generale mundo bonum esse appellationes, idque tam necessarium, quam solem ipsum mortalibus. Re vera quidem sol Justitiæ est prodens ac redarguens opera tenebrarum.*

(3) Conc. l. 17. D. *de minor.* y Glos. 2. quest. 6. *in summa;* pudiendo verse otra mas amplia definicion en Abb. rubr. *de appell.* *V. l. 1. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop.

(4) Y no seria válida la costumbre de apelar ante un juez igual ó inferior; porque esto seria contra la naturaleza de la apelacion, Glos. al cap. *non putamus, de consuetud.* y V. Dominic. y Abb. al cap. ult. *de dilat.* y Felin. col. ult. rubric. *de appell.*

(5) Conc. l. 1. princ. D. *de appell.*

(6) Añad. l. 6. C. *de judic.* y l. 8. tit. 2. de esta Part.

(7) L. 9. tit. 2. de esta Part.

(8) Conc. l. 15. D. *de appell.* y l. 18. d. tit. en la cual se declara tambien que puede proseguirse la instancia de apelacion por medio de procurador. * Y en el dia se considera necesario que se haga asi, no pudiendo las partes acudir personalmente ante los tribunales superiores, escepto en los pleitos de menor cuantía, como se dijo en la nota 48. tit. 5. de esta Part.

(9) Conc. d. l. 15.; y como se ve por nuestra ley, aun el esclavo mismo podrá apelar; á pesar de que, segun la Glos. é Inoc. al cap. *ex litteris, de in int. rest.*, ni en el caso de que se habla aqui, podria hacerlo, sino que deberia oírsele por via de suplicacion.

(10) En este caso, pues, se limita lo dispuesto en d. l. 6. D. *de appell.* * Esto es, que de la sentencia en que se condena á alguno á la pena capital pueda apelar cualquiera, aunque no tenga para ello poder del interesado, y aunque este se haya conformado con la sentencia, ó se oponga á que se admita la apelacion.

(11) Aunque estuviese bajo su potestad, ll. 35. princ. y 40. §. ult. D. *de procur.* y añad. l. 1. D. *de appell. recip.* donde se declara que aquel, en cuyo nombre se hubiere apelado, debe ratificar el recurso dentro el término señalado para interponerlo.

(12) Añad. l. 23. §. 2. D. *de appell.* donde se declara que deberá apelar en nombre de su padre y no en el suyo.

(13) Ya sean adventicios ó profecticios. Pero, respecto de los primeros ¿podrá el hijo apelar en su nombre á lo menos en cuanto á la propiedad? Juan de Imol. á d. l. 23. §. 2. duda lo que en este caso deberá decirse y parece inclinarse á la negativa, fundándose en

nados. Otrosi dezimos, que los Guardadores (14) de los huerfanos, e los otros Personeros (15) que demandan, o defienden pleytos en nome de otro, se pueden alçar del juyzio que fuesse dado contra ellos: e non tan solamente lo podrian estos fazer, mas aun se podrian alçar por ellos los Personeros que ellos ouiessen fechos en aquellos pleytos de que fuessen vencidos. Esto se entiende, quando los Guardadores, o los Personeros fiziessen otros Personeros en su lugar, en los pleytos que ellos ouiessen començado por demanda, e por respuesta (16). Ca ante desto non lo podrian fazer, assi como diximos en el Titulo (17) que fabla de los Personeros. Otrosi dezimos, que si juyzio fuere dado contra algund Personero (18) en pleyto que el demandasse, o defendiesse por otro; que si el Personero non se alçasse del, que el señor del pleyto lo puede fazer (19), maguer non se ouiesse acertado, en demandar, o en defender el pleyto: e si por auentura el Personero, despues que fuesse vencido, non se alçasse, assi

que de los bienes adventicios tambien corresponde al padre la administracion, l. 1. C. *de bon. matern.*; de suerte, que tambien, respecto de ellos, si apelare el hijo, deberá hacerlo en nombre del padre.

(14) Conc. l. 27. D. *de appell.* l. 10. C. d. tit. y l. 2. D. *si tut. vel cur. appell.*

(15) Conc. l. 4. §. ult. D. *de appell.*; pero los procuradores, aunque pueden apelar, no pueden renunciar la apelacion que hubieren interpuesto, porque semejante renuncia equivale casi á una donacion, segun Ang. é Imol. allí. * V. lo dicho en la nota 96. d. tit. 5. de esta Part.

(16) O bien en los negocios en que no hay necesidad de contestar la demanda, sino que se empiezan por alegar segun los méritos de los autos, supliéndose con esto la contestacion, l. 23. C. *de procur.* é Imol. y Bart. á d. l. 4. §. ult. D. *de appell.* * V. las notas 54. y 55. tit. 10. de esta Part.

(17) L. 19. tit. 5. de esta Part. * V. nota 115. y adicion allí tit. 5. de esta Part.

(18) Conc. l. 1. §. ult. D. *quand. appell. sit.* y dispónese esto aqui mas espresamente que en d. ley romana; en la cual se espresaba tan solo que con dificultad se podia oir al interesado, cuando su procurador no hubiese apelado. Pero en nuestra ley aqui se establece una regla para que, en este caso, pueda aquel hacerlo, esto es, cuando sea insolvente el procurador, y no pueda por consiguiente esperar el interesado que aquel le indemnice los perjuicios ocasionados con su negligencia en apelar; en lo cual se ha adoptado la opinion de la Glos. á d. l. 1. §. ult. C. *de judic.* Esto no obstante, pone Bart. otros dos casos en que se permite apelar al interesado desde el dia en que hubiere tenido noticia de la sentencia á pesar de no haberlo practicado oportunamente su procurador; á saber, 1º, cuando constare haber mediado colusion entre dicho procurador y la parte contraria; 2º, cuando aparezca notoriamente de los autos que era útil interponer la apelacion: pues entonces se permitirá apelar al interesado, lo mismo que en el caso de ser insolvente su procurador. Al contrario pretende Bald. á la autent. *hodie* C. *de tempor. appell.* que ni aun en dichos dos casos podrá apelar el interesado, sino tan solo en el de ser insolvente su procurador: y lo mismo sostiene Paul. de Castr. á d. §. ult.; cuya opinion tengo por mas verdadera, porque el procurador no está obligado á apelar, sino en el caso de ser la sentencia evidentemente injusta, segun Cyn. á la l. 17. 6. quest. C. *de procur.* y Bald. y DD. allí. No dándose pues al interesado recurso alguno contra el procurador, sino cuando este hubiere dejado de apelar por dolo ó culpa, y disponiéndose en esta nuestra ley que el interesado no pueda hacerlo, cuando el procurador sea solvente, es claro que tampoco podrá hacerlo en los dos casos que espresa Bart.: y de esto se infiere que en todos aquellos casos en que el procurador no es responsable de su omision por no haber obrado con dolo ni culpa, y en que no tiene recurso alguno contra él el interesado, podrá este interponer la apelacion por sí mismo, aunque aquel sea solvente, por la propia razon de que, otramente, no le quedaria medio de hacer valer su derecho; como lo opina tambien Paul. de Castr. á d. §. ult. Y aun deberá esto entenderse con tal que el procurador hubiese dejado de apelar por algun impedimento; pues si hubiese dejado de hacerlo, por creer justa la sentencia, y no constase notoriamente la injusticia, no se admitiria la apelacion interpuesta por el interesado, en todos aquellos casos en que no es responsable el procurador; porque todos los actos de este perjudican á su principal, mientras sean tales, que haya podido hacerlos sin delinquir, segun Inoc. y Abb. al cap. 1. *ut lit. non contest.* col. 7. Y, en órden á cuáles sean los casos en que está obligado el procurador á apelar, V. los DD. á la l. 31. §. ult. D. *de negot. gest.* y á la 63. §. 1. D. *de evict.* y al cap. *non injustè*, *de procur.* y V. l. próx. siguiente.

(19) Añad. l. 4. §. 2. D. *appell.* y entiéndase que podrá en este caso apelar el interesado, con tal que lo haga dentro de los diez dias siguientes al en que se hubiere proferido la

como diximos, nin lo fiziesse saber (20) a aquel cuyo era el pleyto, de como era vencido, puedese alçar el señor fasta diez dias, desde el dia que lo supiere (21). Pero si el Personero ouiere de que pueda fazer emienda al dueño del pleyto, deue el pechar todo lo que menoscabo por su culpa; porque non se alçó, podiendo, e deuiendolo fazer, nin gelo fizo saber en aquel tiempo que es puesto para tomar alçada. E estonce fincara firme el juyzio, e non aura razon el señor, porque se alçar; mas si el Personero non ouiesse de que lo pechar (22), estonce puede el señor del pleyto seguir su alçada, assi como de suso diximos (23).

LEY 3. *Como el personero se deue alçar, quando el Juyzio fuere dado contra el.*

El Personero que fuesse dado para pleyto señalado, si dieren la sentençia contra el sobre aquel pleyto en que es dado por Personero, deuese alçar della (24), e puede seguir el alçada (25), si quisiere; maguer en la carta de la personeria nol fuesse otorgado poder de lo fazer. Mas si el alçada non quisiere seguir, non es tenudo de lo fazer; como quier que se deue alçar, e fazerlo saber a su dueño del pleyto, que siga el alçada si quisiere. Em-

sentencia, para distinguirlo del que se propone mas abajo con las palabras: *e si por auentura* etc. * esto es, del en que no solo hubiese dejado el procurador de apelar, sino tambien de poner la sentencia en noticia del interesado; en cuyo caso se cuentan los dias desde que este último hubiese tenido conocimiento de aquella.

(20) Pues si se le hubiese hecho saber, se imputaria la omision al interesado, cap. *non injuste* 14. *de procur.* y V. Bald. á la autent. *hodie* C. *de appell.* vers. *quæro igitur si procurator* la cual se aprueba aqui.

(21) Y puede hacerlo *ipso jure*, sin necesidad de impetrar restitucion; á pesar de opinar lo contrario Salic. á la autent. *sed hodie* col. 1. C. *de appell.* debiendo tenerse presente lo que en esta nuestra ley se dispone, esto es, que corren los diez dias desde el en que se ha tenido noticia de la sentencia; y añad. Card. y Felin. col. 6. al cap. 1. *ut lit. non contest.*; contra lo declarado por la Rota, decision 313. antiguas decisiones, esto es, que corriesen desde el dia en que aquella se hubiese proferido. * Y nótese que hoy no es el término de diez dias el que las leyes conceden para apelar, V. l. 22. del presente tit. con lo anotado allí.

(22) Esto es, por insolvencia, ó por ser el negocio de tal naturaleza que no fuese susceptible de estimacion, V. Bald. á la autent. *hodie* C. *de appell.* col. 2.

(23) Y ¿si el procurador no pudiere apelar por razon de su contumacia? Podrá entonces hacerlo el interesado dentro de los diez dias, ó dentro de los cinco, á tenor de la práctica que hoy se observa, segun los DD. á d. §. ult. y al cap. 1. *ut lit. non contest.* * Lo que espresa el Glosador en la presente nota, relativamente al procurador que no haya podido apelar por razon de su contumacia, creemos se referirá al caso de no haber el procurador comparecido á oir como se profería la sentencia, á pesar de habérsele citado para ello; incomparecencia que califican de verdadera contumacia las ll. 4. del tit. prox. antecedente y la 2. tit. 20 lib. 11. Nov. Rec. y por la cual, á tenor de las mismas, se pierde el derecho de apelar. Mas, prescindiendo de que dd. ll. no estan en uso, como lo observamos en la adicion á la nota 31. del tit. prox. antecedente, aun cuando lo estuvieran, no nos pareceria justo que se permitiese apelar de la sentencia al interesado siempre que no hubiese podido hacerlo el procurador por su contumacia, cuando se le niega aquel recurso en el caso de que el procurador, estando presente haya omitido por culpa ó negligencia la oportuna interposicion del mismo: antes bien en entrambos casos deberia, en nuestro concepto, seguirse la misma regla y admitirse ó denegarse la apelacion que intentara personalmente el interesado, segun que el procurador tuviese ó dejase de tener la responsabilidad y arraigo suficientes para resarcir á su poderdante los perjuicios que le hubiese ocasionado dejando de apelar por su voluntad ó por haberse por su culpa constituido en la imposibilidad de hacerlo.

(24) Conc. cap. pen. *de procur.* y l. 17. C. de tit. V. Bald. á la l. 31. §. ult. D. *de negot. gest.* y Salic. á d. l. 17. col. 6.

(25) Lo contrario se dispone en la l. 23. tit. 5. de esta Part. esto es, que el mandato ó poder se estingue por la sentencia definitiva, y se indica tambien en d. l. 17. C. *de procur.* y cap. ult. d. tit. No falta quien dice que la citada ley 23. como anterior está derogada por la presente, segun lo anotado por Bart. á la l. 9. col. 12. vers. *circa quartum* D. *de just. et jur.* Pretenden otros que lo dispuesto en la presente ley se refiere tan solo á las sentencias interlocutorias, diferenciándose de d. l. 23. en cuanto esta habla esclusivamente de las definitivas con las palabras *juicio afinado*, lo cual es exacto en cuanto á esta última, segun lo anotado por Inoc. y DD. al cap. *non injustè, de procur.* pero es muy aventurado el buscar

pero si el Personero fuesse dado generalmente (26) sobre todos los pleytos de aquel cuyo Personero es, o en la carta de la personeria dixesse ciertamente, que pudiesse, o deuiesse seguir el alçada; estonce seria tenudo en todas guisas (27), de alçarse, e de seguir el alçada, maguer non quisiesse.

LEY 4. *Que aquellos a quien tañe la pro, o el daño del pleyto sobre que es dado el Juyzio, se pueden alçar.*

Tomar pueden el alçada non tan solamente los que son señores de los pleytos, o sus Per-

en esta diferencia la interpretacion de la presente ley, ya por hablarse en ella en términos bien generales y absolutos que no admiten semejante distincion, ya tambien porque de las sentencias interlocutorias no solamente puede apelar el procurador, sino que está obligado á hacerlo, mientras se halle en la misma poblacion, y no tenga para ello necesidad de salir y abandonar sus negocios, segun el mismo Inoc. y DD. á d. cap. *non injustè.* Quizás en esta ley se habla limitadamente de los pleitos seguidos en la Corte del Rey, como en la l. 137. de *Estilo,* y como observan Host. á d. cap. *non injustè* y Abb. allí hácia el fin: pero tambien esa distincion es aventurada y no puede fundarse en palabra alguna de nuestro texto. La única interpretacion admisible, pues, es la que se infiere de la Glos. á la l. 10. y del texto allí C. *de appell.* esto es, la de referirse nuestra ley al caso en que el procurador apelare voluntariamente y no en virtud del mandato, el cual ha caducado ya por la sentencia, segun d. l. 23., sino, usando de las facultades que tiene para hacerlo cualquier particular, sin necesidad de mandato, cuando la apelacion se interpone en defensa del reo, [con tal que en la sentencia se haya condenado á este á pena de muerte ó perdimiento de miembro. V. l. 6. de este tit.] ó bien en calidad de conjunta persona y en provecho del actor, previa prestacion de fianza. Asi lo opina tambien Bart. á la l. ult. D. *an per alium caus. appell. redd. poss.* y á d. l. 2. D. *quand. appell. sit.* y Juan de Imol. á d. cap. *non injustè*, donde dice ser esta la mas comun opinion. V. Salic. á d. l. 17. col. 5. vers. *item justa prædicta quæro.* *Parécenos que dificilmente puede conciliarse el texto de la presente ley con el de la 23. tit. 5. en aquellas palabras *mas non puede seguir el alzada sin otorgamiento del señor del pleito,* contradecidas abiertamente aqui por estas otras, *é puede seguir el alcada si quisiere, maguer en la carta de la personeria nol fuere otorgado poder de lo fazer.* Entre unas disposiciones tan encontradas y que se refieren entrambas espresamente al procurador especial para un pleito determinado, es imposible toda conciliacion, y no queda mas arbitrio que el de reconocer que en esta parte hubieron de descuidarse los compiladores de las Partidas, y discurrir, por las reglas generales de interpretacion, cual de las dos leyes habrá de considerarse derogatoria de la otra. En nuestro concepto lo es la presente de dicha ley 23. no solo por ser posterior en el órden de su colocacion, sino tambien y principalmente porque, siendo, como es, la segunda instancia una parte del mismo *pleito* en el que se la haya provocado, no nos parece muy lógico y consecuente el decir que se estingue el poder, aunque sea especial para un solo *pleito* por el hecho de haberse proferido en él una sentencia que no forma estado, puesto que es apelable; y esta, creemos, es una nueva razon para que deba prevalecer la disposicion de la presente ley, como que se aparta mas del erróneo principio sentado en d. l. 23., sobre todo en el dia en que se ha hecho tan comun y ordinario el recurso de apelacion, que apenas hay pleito alguno, aun los de mas insignificante cuantía, en que no se le interponga, y que termine con una sola instancia. La verdadera diferencia, pues, entre el procurador general y el que lo sea especial para un solo pleito consistirá, á tenor de lo dispuesto aqui, en que el primero estará obligado á seguir la instancia de apelacion y no el segundo, pero pudiendo este verificarlo, si quisiere, y teniendo entrambos obligacion de apelar: en cuyo concepto podria decirse que, en rigor, no queda estinguido el poder especial, sino por el verdadero *juicio afinado*, ó sea por haberse proferido una sentencia ejecutoriada, por la que quede el negocio irrevocablemente terminado.

(26) Apruébase con esto la opinion de la Glos. á la l. ult. D. *an per al. caus. appell.* y V. Abb. al cap. pen. hácia el fin *de procurat.*

(27) A menos que, para hacerlo, tuviere necesidad de salir de su provincia ó lugar de su domicilio y abandonar sus negocios; en cuyo caso no estaria obligado á proseguir la instancia de apelacion, segun Inoc. al cap. *non injustè, de procur.* y mas espresamente Bald. á la l. 17. C. *de procur.* y Alex. allí; pero sí lo estará á sustituir otro procurador para dicho efecto, y á estraer los autos del poder del actuario, aunque no á sus costas, segun Salic. á d. l. 17. col. 4. vers. *vel dicendum*, donde parece indicar tambien lo que acaba de decirse acerca la estraccion de los autos.

soneros quando fuere dado juyzio contra ellos, assi como mostramos; mas aun todos los otros (28), a quien pertenece la pro, e el daño que viniesse de aquel juyzio. E esto seria, como si fuesse dada sentencia contra alguno sobre cosa que el ouiesse comprado (29) de otro, e non se alçasse; dezimos, que el vendedor se puede alçar de aquel juyzio, por que es tenudo de fazer sana la cosa que vendio. Esso mismo dezimos, que si el vendedor fuesse vencido sobre aquella cosa que vendio, que el comprador se puede alçar de aquel juyzio, si se quisiere. E demas dezimos, que si el vendedor, contra quien es dado juyzio, se alçasse, e siguiesse el alçada; si el comprador sospechasse del, que non anda en el pleyto derechamente, e lo dixere al Judgador del alçada, non deue andar por el pleyto adelante, a menos de ser y el comprador (30), que vea, e razone su derecho en el pleyto. Otrosi dezimos, que si fuere dado juyzio contra algun debdor (31), sobre cosas que el auia empeñadas a otro; si se non alçasse del, que se puede alçar aquel que las tiene a peños. E si el empeñador tomasse alçada, e aquel que las tiene a peños sospechasse, que el debdor que non andaria derechamente en el pleyto, puede el mismo razonar, e seguir aquella alçada, bien como si el mismo se ouiesse alçado. Pero si el debdor andouiesse en su cabo a pleyto con otro, en razon de aquellas cosas que empeñara, e fuesse vencido, non lo sabiendo (32) aquel que las tiene en peños, tal juyzio como este no le empece, maguer el alçada non fuesse tomada sobre el. Otrosi dezimos, que el fiador (33) se puede alçar del juyzio que fuere dado contra aquel que fiara, en razon de la debda, o de la cosa sobre que fizo la fiadura. E aun dezimos, que si alguno fuesse vencido por juyzio, de alguna cosa que ouiesse comprada, de quel ouiesse dado fiador el que gela vendiera; este que fio se pueda alçar, maguer que el comprador, e el vendedor otorgassen el juyzio. Otrosi dezimos, que el padre, o la madre (34) se pueden alçar del juyzio en que fue dado su fijo por sieruo.

LEY 5. *Como si es dada sentencia sobre cosa que pertenezca a muchos, que el Alçada del vno faze pro a los otros, maguer non se alçassen.*

Acaesciendo, que diessen sentencia sobre alguna cosa (35) que fuesse mueble, o rayz, que perteneciesse a muchos comunalmente, si alguno dellos se alço (36) de aquel juyzio, e siguio el alçada, en manera que vencio; non tan solamente faze pro a el, mas aun a sus compañeros (37), bien assi como si todos

(28) Trae orígen lo dispuesto aqui de la l. 4. D. *de appell.* y entiéndase que las personas de quienes se habla en esta ley podrán apelar aun despues que la sentencia hubiere obtenido autoridad de cosa juzgada, respecto de aquel contra quien se hubiere proferido, segun Inoc. y DD. al cap. *cum super, de re judic.* Ang. é Imol. á la l. 4. §. 2. D. *de appell.* Pero admitida la apelacion ¿aprovechará al primer vencido la sentencia de vista que se profiriere á favor del tercero apelante? V. Abb. á d. cap. *cum super* col. 2. é Imol. á d. l. 4. §. 2. y á la l. 5. princ. D. *de appell.* col. 11.: debiéndose añadir que ese tercero deberá apelar dentro los diez dias, hoy dentro de los cinco, siguientes al en que hubiere tenido noticia de la sentencia, segun Bart. á d. l. 5 princ. é Imol. allí col. 10. vers. *si circa tertium* y tambien Ang. el cual aconseja que, al tiempo de interponer el recurso, no deje de espresarse que no ha transcurrido todavía dicho término. Pero, pendiente la apelacion asi interpuesta, ¿podrá llevarse la sentencia á ejecucion contra el vencido que hubiere formado parte en causa? Asi lo pretende Ang. á la 29. princ. col. ult. *de inoff. testam.* á menos que la sentencia fuere tal, que no pueda procederse á su ejecucion, sin causar perjuicio al tercero que ha apelado, con lo cual se limita notablemente lo dispuesto en la l. 60. D. *mandat.*

(29) Conc. l. 4. §. 2. D. *de appell.*

(30) Y lo mismo parece deberá decirse por igual razon, respecto del vendedor, cuando el comprador le sea sospechoso.

(31) Conc. l. 4. §. 2. D. *de appell.*

(32) Añad. l. 20. tit. 1. de esta Part.

(33) Conc. l. 5. princ. D. *de appell.*

(34) Conc. l. 2. §. penult. *quand. appelland. sit.* l. 1. §. 1. D. *de appell. recip.* y l. 1. D. *de liber. caus.*

(35) Y lo mismo deberia decirse cuando el objeto de la sentencia fuese una cantidad, y hubiere muchos que se defendieren por el mismo título, l. 10. §. 3. D. *de appell.* é Imol. allí §. ult. hácia el fin.

(36) Conc. ll. 1. y 2. C. *si unus ex pluribus appell.* y l. 10. §. ult. D. *de appell.*

(37) Esceptúanse, empero, los casos siguientes: 1º cuando alguno de los socios ó comuneros se hubiere aquietado á la sentencia aprobándola espresamente, Glos. á l. 3. vers. *hi soli* D. *de appell.* 2º cuando todos hubieren apelado; pues entonces cada uno parece haber renunciado el derecho que tenia en comun, Ang. é Imol. á d. l. 10. §. ult. D. *de appell.* 3º

(38) ouiessen tomado el alçada, eseguido el pleyto. Mas si non fuesse tal sentencia desatada por manera de alçada, mas porque era el vno dellos menor, e que pidio restitucion (39); estonce non les ternia pro (40) a los otros el juyzio que tal como este ouiesse vencido: (*n*) e porende finco la sentencia firme, contra aquellos que non se alçaron. Otrosi dezimos, que si el juyzio fuesse dado sobre seruidumbre que ouiesse vna casa en otra, ó un campo en otro, e alguno de aquellos a quien pertenesciesse comunalmenle (41) aquella seruidumbre, tomasse alçada del; aprouecharse y an della los otros, bien assi como si se ouiessen alçado; fueras ende, si aquella seruidumbre era vsufructo (42) de alguna cosa, que muchos deuian auer

(*n*) et por ende finca la sentencia firme contra aquellos que se alzaron. Acad.

cuando fueren distintos los títulos por los cuales respectivamente se defienden; pues lo dispuesto aqui procede solamente en los casos en que haya unidad de defensa, d. l. 10. §. ult. y Ang. é Imol. allí. 4.º cuando se hubiere fallado separadamente respecto de cada uno, segun d. l. 10. princ., lo cual, sin embargo, limita Bart. á d. l. §. ult. al caso en que cada uno se hubiere fundado en distintas pruebas, pues si todos las hubiesen ministrado iguales, aprovecharia á los unos la apelacion interpuesta por los demas, aunque se hubiesen proferido por separado otras tantas sentencias; lo que es digno de notarse: Ang. empero, allí pretende que esto no tendria lugar cuando no solo fuesen diversas las sentencias sino que tambien lo hubiesen sido las instancias respectivas, bien que en el caso de no haber mas que una, y varias sentencias se aviene con la citada opinion de Bart. la cual asi entendida, parece en efecto sostenible. ¿Que deberá decirse, empero, cuando alguno de los socios hubiere aprobado no espresa, sino tácitamente la sentencia dejando de apelar de ella, á pesar de tener noticia de haberse proferido? ¿le aprovechará tambien en ese caso la apelacion interpuesta por su consocio? Bart. á d. l. 10. §. ult. dice que no le aprovechará, si hubiere ignorado que su consocio apelase; pero sí, si lo hubiese sabido, porque entonces no se presume que se haya aquietado á la sentencia, sino que ha contado con el recurso interpuesto; y lo mismo pretende Imol. allí, á pesar de sostener Ang. que de todos modos en tal caso aprovecharia la victoria de un consocio al otro, con tal que este no hubiese aprobado espresamente la sentencia. Y ¿si todos hubieren apelado, pero uno de ellos dejare desierta la apelacion? Tambien entonces dice Ang. á d. l. 10. §. ult. y no lo contradice Imol. allí, que le aprovechará la victoria de los demas; y con razon, porque desde el momento en que se ha enterado de que los otros apelaban, aunque haya dejado de proseguir la instancia por su parte, parece haberlo hecho por confiar en las de sus compañeros. Mas ¿procederá lo dispuesto en nuestra ley, respecto del socio á quien solo se hubiere condenado en una parte de aquello á que están condenados totalmente los demas? V. Specul. tit. *de appell.* §. 1. col. 3, donde opina por la afirmativa; y el mismo y Juan Andr. allí pretenden igualmente que, si el socio que apeló transige con su adversario, podrá el que no hubiere apelado proseguir la instancia de apelacion: lo que es muy digno de notarse.

(38) Nótese bien esta palabra, que prueba que, pendiente la apelacion interpuesta por un consocio, no puede llevarse la sentencia á ejecucion contra los demas, aunque no hubieren apelado, como lo opinaba tambien, por derecho comun, Imol. á d. l. 10. §. ult. D. *de appell.* fundándolo en la l. 1. D. *nihil nov. appell. interp.*

(39) Conc. l. 2. C. *si unus ex plur. appell.*

(40) A menos que la causa ó negocio fuese uno é indivisible, l. 1. C. *si in commun.* y d. l. 2. C. *si unus ex plur.*; pero no siendo asi, no aprovecharia la restitucion obtenida por un menor á su consocio, aunque este último fuese tambien menor, Ang. á d. l. 10. §. ult. D. *de appell.*

(41) Conc. l. 10. D. *quemadm. serv. amitt.*

(42) Apruébase con esto la opinion de Azon. *in summa* C. *si un. ex plur.*; de la cual se ocupa la Glos. á d. l. 10. §. ult. D. *de appell.* y aun la impugna la Glos. 2. allí, porque, dice, no haber motivo para establecer semejante diferencia ó escepcion respecto del usufruto, y que antes al contrario, respecto de aquel, con mayor razon que de las otras cosas corporales divisibles deberia decirse que la apelacion interpuesta por uno aproveche á los demas interesados; cuya opinion es entre los DD. la mas recibida: pero en nuestra ley aqui se aprueba espresamente la de Azon, lo que es digno de notarse. * Y, á pesar de cuanto dice la Glos. citada aqui por Gregor. Lopez hay verdaderamente una poderosa razon de diferencia entre el usufruto y las servidumbres reales de las que habla espresamente nuestra ley en contraposicion con el primero: porque, siendo el usufruto una servidumbre esencialmente divisible, puede suceder que de las distintas personas á favor de quienes esté constituido, lo conserven unas y las demas lo hayan perdido por alguna de las causas enteramente personales por las que se pierde

en toda su vida, o a tiempo cierto. Ca si juyzio fuesse dado sobrella, el alçada que tomare el vno, no tiene pro a los otros que non se alçassen. E aun dezimos (43), que quando son muchos Guardadores de vn huerfano, que mueuen algund pleyto por el, que el alçada que tomare el vno, faze pro al otro, bien assi como si se ouiesse alçado. E esto se entiende, quando todos se entremeten en demandar, e procurar los bienes del huerfano. Mas aquel que non se trabajasse desto, del juyzio que fuere dado contra su compañero que se trabajaua dello, non se podria el alçar; e maguer se alçasse, non ternia pro al otro que non ouiesse tomado el alçada.

LEY 6. *Como el pariente puede tomar Alçada por otro que fuesse condenado a muerte, o a pena, maguer el otro non lo otorgasse.*

Pariente (44) de aquel contra quien (45) es dado juyzio en pleyto de justicia de sangre (46), bien se puede alçar por el por razon del parentesco, maguer aquel contra quien fue dado el juyzio lo refertasse. Otrosi lo puede fazer otro estraño qualquier, por amor, o pie-

legalmente aquel derecho; y no fuera justo por lo tanto que la apelacion interpuesta por un solo usufructuario aprovechase á los demas que pueden hallarse en distinto caso; al paso que las servidumbres reales esencialmente indivisibles afectan solidariamente á todo el predio dominante y sirviente, sin relacion á las personas que respectivamente los posean: y por lo mismo, aun cuando alguno de dichos predios sea comun á varios, es imposible que lo fallado con audiencia de uno de los condueños no aproveche ó perjudique á todos los demas, é indiferente al derecho del que haya obtenido fallo favorable el que, habiendo apelado uno solo de dichos condueños, se admita ó deje de admitirse en segunda instancia á los otros que no lo hayan verificado. Lo mismo que de las servidumbres reales parece deberá decirse del uso y habitacion, las que, á pesar de ser personales como el usufruto, se consideran generalmente indivisibles: y tal vez por esto se habló en nuestra ley aqui limitadamente del usufruto, entendiéndose que el uso y habitacion quedaban comprendidas en la disposicion tomada respecto de las demas; bien que se omitió enteramente el hacer mencion de aquellas y se las escluyó del todo con las palabras *seruidumbre que ouiesse vna casa en otra, o un campo en otro*, con las cuales tan solo y esclusivamente pudieron significarse las servidumbres reales ó prediales.

(43) Conc. con el ejemplo que pone la Glos. á la l. 1. C. *si unus ex plurib.* y V. á Salic. estensamente allí, col. 2. vers. *cum quæritur.*

(44) Conc. l. 6. D. *de appell.* y l. 6. C. *de episc. aud.* y tendrá lugar lo que aqui se dispone, aunque el pariente sea un clérigo segun la Glos. á d. l. 6. C. y Ang. é Imol. á d. l. 6. D.

(45) Y si el reo contra quien se hubiere proferido la sentencia es ausente y contumaz ¿podrán apelar de ella las personas de quienes se habla aqui? Asi lo opina Paul. de Castr. á d. l. 6. D. *de appell.*, hácia el fin, porque si bien, durante la ausencia del mismo reo, no hay peligro de que se haga efectiva la condena, pero puede haberlo en lo sucesivo, si fuere capturado el ausente; y cita allí mismo á Ang. el cual refiere haberlo visto asi declarado, lo que es digno de notarse. Mas, aunque tambien lo pretende asi Ang. de Aret. tratado *malefic.* vers. *præsente Cajo*, *et appellante*, col. 2., dudo mucho que en la práctica se observase. * E indudablemente no se observaria por haber prevalecido en nuestros dias respecto de los reos ausentes en general, la disposicion contenida en la l. 8. tit. 35. lib. 12. Nov. Rec. á tenor de la cual «no pueden »rescibirse en las causas criminales que fueren »casos de hermandad procuradores ni defen»sores algunos, salvo si estuvieren en su po»der (de los jueces) presos los acusados, ó »parescieren personalmente y se presentaren »en la cárcel.» Lo mismo se infiere de lo dispuesto en la l. 12. tit. 5. de esta Part. y V. lo dicho allí adicion á la nota 77., siendo de advertir ademas que nunca ha podido ser motivo para que se admitiese la apelacion interpuesta por un tercero de la sentencia proferida contra un acusado ausente, el peligro de que se ejecutara la sentencia cuando aquel pudiese ser habido, porque todas las leyes que han autorizado el procedimiento criminal en rebeldía, han establecido que esto se entendiese sin perjuicio de suspender la ejecucion de la sentencia y de oir en defensa al procesado en cualquier tiempo que se presentase ó fuese habido.

(46) Tendria, pues, lugar lo que aqui se dispone respecto del reo condenado á la mutilacion de algun miembro. Pero, ¿y si lo fuese á la muerte civil? Paul. de Castr. á d. l. 6. D. *de appell.* pretende que deberia decirse lo mismo: lo que no creo sea exacto, bien que debe tenerse presente por consideracion á la autoridad de d. Paul. y lo mismo opina Ang. de Aret. tratado *malefic.* vers. *præsente*, col. 2. * Y creemos que en el dia deberia considerarse estensivo á todas las penas *corporales* lo que se dice en esta ley de *pleito de justi-*

dad (47) que aya del condenado; maguer non muestre carta de personeria en quel fuesse otorgado poderio de tomar alçada. Pero aquel contra quien fue dado el juyzio, deue otorgar (48) el alçada que aquel estraño fizo por el: ca si non lo fiziesse, non seria valedera; ante se podria cumplir el juyzio que fuesse dado contra el, pues que el non se alça, nin otorga que otro ninguno lo faga. Mas quando su pariente tomasse por el el alçada, assi como de suso diximos; maguer el condenado dixesse ante el Juzgador, que non le plaze que se alçassen por el, nin otorgaua el alçada, non le deuen dar pena por razon de aquel juyzio, fasta que el alçada se libre por aquel Judgador a quien se alçaron. E esto tuuieron por bien los Sabios antiguos, por esta razon; que maguer el pariente, que es condenado por juyzio, quiera morir, e el escarmiento de la pena aya a passar por el; pero porque siempre finca la mancilla (49) de la desonrra en su linaje, dixeron, que puede tomar alçada por el, e seguirla, maguer el otro non quiera.

LEY 7. *Como se pueden alçar aquellos a quien es algo mandado en testamento, del Juyzio que es dado contra los herederos del testador.*

Fazen (50) sus testamentos los omes, en que dexan mandas, e establecen sus herederos, e departen sus bienes, segund aluedrio de su voluntad; e acaesce, que despues que es finado el testador, los parientes del mueuen pleytos contra los herederos, e contra aquel testamento, diziendo que non deue valer, porque non es fecho segund ley, e segund derecho. Onde dezimos, que si en razon de tal contienda como esta fuere dado juyzio contra los herederos, e non se alçaron del; que los otros a que fue algo mandado en el testamento, pueden tomar alçada, e seguirla: porque si el testamento fuesse desfecho por razon de aquel juyzio, que era dado contra los herederos, non serian valederas (51) las mandas, que fuessen puestas en el, assi como mostramos en el Titulo de los Testamentos. Otrosi dezimos, que si los herederos se alçassen de aquel juyzio, que aquellos a quien fue mandado algo en el testamento, pueden ser con los herederos (52) en seguir aquella alçada; mayormente si ouieren sospecha (53) dellos, que non andaran en el pleyto derechamente, cohechando con sus contendores a su pro, e à daño de los otros.

LEY 8. *Que los que fueren nombrados para tener algunos oficios, o portillos, se pueden alzar.*

Escoger manda el Rey muchas vegadas en las Cibdades, e en las Villas, omes señalados que tengan los portillos (54). Onde aquellos

cia de sangre, por haberse repuesto aquellas á las que antiguamente se imponian de mutilacion de miembro, y verdaderamente *corporis* aflictivas.

(47) V. *Proverb.* cap. 24. vers. 2. *Erue eos, qui ducuntur ad mortem, et qui trahuntur ad interitum liberare ne cesses:* y *Eccles.* cap. 4. vers. 9. *Libera eum, qui injuriam patitur de manu superbi.*

(48) Apruébase aqui la opinion de Azon *in summa* col. 2. C. *de appell.*, bien que lo contrario parecia proceder por derecho comun, esto es, que ninguna diferencia debia hacerse entre los parientes y los estraños, segun la l. 6. D. *de appell.* y los DD. comunmente allí, y Felin. al cap. *cum super, de re judic.* segun los cuales, contra la opinion de Bald. á la l. 6. hácia el fin C. *de Episc. aud.*, podia tambien apelar el estraño y proseguir la apelacion, aunque no lo consintiese el interesado.

(49) Asi, pues, la injuria irrogada á un pariente, se reputa haberlo sido á toda la parentela, Glos. y Bart. á la l. 5. princ. D. *de injur.* de suerte que hasta los espúreos son admitidos á vindicarla; V. Juan de Plat. á la l. 22. §. 1. C. *de agric. et censib.* y añad. Felin. al cap. *Ecclesia Sanctæ Mariæ* col. 42. *de constit.*

(50) Conc. l. 5. §. 1. y l. 14. D. *de appell.*

(51) Esto es, cuando se anulare el testamento por alguna omision en las solemnidades, ó por defecto en la persona del testador, ú otro motivo semejante; pues si lo fuere por la querella de inoficioso, ó por la pretericion, no se rescinden los legados, autent. *ex causa* C. *de liber. præter.* y l. ult. tit. 8. Part. 6., y por consiguiente en este último caso no tendria aplicacion lo que aqui se dispone: y lo mismo opinan Juan de Imol. y Ang. á d. l. 14. D. *de appell.*

(52) Y, acerca de lo que podrán hacer esos terceros que se adhieren á la instancia, V. Bart. y DD. á d. l. 14. y Bald. á la autent. *nunc si hæres* C. *de litigios.* siendo de notar que con ellos no se dice haber pleito pendiente, aunque gestionen en él, Glos. sing. á la l. 60. princ. D. *mandat.* y añad. Bald. á la l. 39. hácia el fin del princ. C. *de appell.*

(53) Y les bastará alegar que la tienen, aunque no la prueben, segun Ang. á d. l. 14.

(54) Esto es, ciertos oficios instituidos por la autoridad pública y comun utilidad, como

que nombrare el Concejo para esto, si se agrauiare alguno dellos, bien se puede alçar (55) al Rey, para mostrarle razon guisada, si la ouiere, por que non lo deue ser, o non puede. E si entre tanto (56) quanto el alçada durare, algund menoscabo viniere, en las cosas que pertenecie sseh a guarda de aquel que se alço, por razon de aquel portillo a que fuera nombrado; el es tenudo (57) de lo pechar, si el Rey fallare, que sus escusaciones non son derechas, o si el non las pudiere prouar. E si fallare que se alço con derecho, aquellos son tenudos de lo pechar, a bien vista del Rey, que le escogieron (58), si el pudiere saber, que lo fizieron maliciosamente. Mas si fuesse escogido algund ome bueno por Guardador del huerfano, e de sus bienes, o le mandasse el Judgador, que guardasse, e aliñasse los bienes de alguno, que fuesse loco, o desmemoriado, o degastador de lo suyo; de tal mandamiento como este non se podria alçar (59). Pero si escusa derecha ouiere, porque se pueda escusar de non recebir guarda de aquellos bienes, deuela mostrar delante el Judgador fasta cinquenta dias: e el Judgador deuegela caber, si fuere derecha, assi como diximos en el Titulo (60) que fabla de la Guarda de los huerfanos. E si por auentura el Judgador non le recibiesse el escusa, e le mandare por juyzio, que tome aquella guarda; estonce bien se puede alçar aquel que se tuuiere por agrauiado de tal mandamiento. E si el Judgador del alçada fallare, que este non se alço bien, o que la escusa que ponia ante si, non era cabedera, deue ser apremiado (61), de recebir en guarda las personas sobredichas, e los bienes dellos. Otrosi les deue pechar (62) todos los daños, e los menoscabos, que los huerfanos, o los otros recibieron por mengua de guarda, desdel dia que fue escogido por Guardador, fasta el postrimero juyzio que fue dado en razon de la escusa.

LEY 9. *Por que razones, aquel por quien dan el Juyzio, se puede alçar: e otrosi, como non puede ser recibida alçada, del que fuere rebelde.*

Alçanse de los juyzios aquellos contra quien son dados, assi como de suso se muestra. E otrosi a las vegadas se pueden alçar los otros por quien los dan, assi como diremos en esta ley. Esto seria, quando aquel por quien dieren el juyzio, tiene que lo non dan tan complidamente como deuen; judgando, que la heredad que demandaua con los frutos, le fuesse dada sin los frutos; o non condenando al vencido en las despensas (63), que fizo derechamente el vencedor del pleyto; o dando juyzio de otra manera semejante desta, que non fuesse cumplido segun la demanda, o prueua, o razones que fuessen aduchas en el pleyto. Pero si aques-

los de los encargados de guardar las puertas, murallas y acueductos, V. l. 1. D. *de muner. et honor.*

(55) Conc. l. 1. §. 1. D. *quand. appell. sit:* y l. 7. C. *de appell.* bien que los menores y veteranos no tienen necesidad de apelar para escusarse de semejantes cargos, V. l. 9. C. *quand. provoc. non est necess.* y Glos. á la l. 2. C. *de decur.*

(56) Y ¿quién desempeñará aquel cargo, mientras durare la apelacion? V. l. 21. §. 2. D. *de appell.* [en la cual se establece que debe nombrarse un tutor interino para que administre mientras esté pendiente la apelacion] y Glos. á la rubric. C. *de excus. muner.*

(57) Conc. d. l. 21. §. 2. D. *de appell.* y ll. 1., 2. y 3. C. *si tut. ex fals. caus. excus. sit.*

(58) Conc. l. unic. C. *de sumpt. recuper.* l. 1. §. 1. D. *de vacat. muner.* l. 14. C. *de excus. tut.* y l. ult. C. *quo quisq. ord. conv.*

(59) Conc. d. l. 1. §. 1. D. *quand. appell. sit.*

(60) Ll. 2., 3. y 4. tit. 17. Part. 6.

(61) Y como deba ser compelido, V. l. 3. y Bald. allí, C. *de suspect. tut.* * y V. el §. 3. Instit. *de satisdat. tut.* y l. 9. D. *de muner.*

(62) Añad. d. l. 21. §. 2. D. *de appell.* y todo el tit. del C. *si tut. vel curat. ex fals. alleg.*

(63) Pero ¿podrá apelar el vencedor en cuanto á los frutos y costas, aunque no hubiere apelado el vencido sobre el punto principal? Asi lo opinan comunmente los DD. á la l. ult. C. *quand. provoc. non est necess.* y parece que asi debe decirse; porque, apelando el vencido puede el vencedor, aun sin necesidad de hacerlo por su parte, conseguir las costas: y, á mas de lo anotado por los DD. allí, V. Abb. al cap. *significaverunt* col. 2. y 3. y Felin. col. 1. 2. 3. donde se ocupa estensamente de lo dispuesto en d. l. ult. y añad. Specul. tit. *de appell.* §. 2. col. 7.; siendo de advertir, entre otras cosas, que al actor le es muy útil apelar cuando no se haya condenado al convenido al pago de las costas; y tambien cuando aquel hubiere apelado en cuanto á los puntos que no se han fallado favorablemente al mismo, segun Felin. allí limitaciones 1. y 2. * Por esta nuestra ley se ha

te por quien fue dado el juyzio, fuere rebelde (64) en non querer venir a oyrlo, el dia (65) que el Judgador le puso, e despues quando supiesse que era assi dado, se quisiere al-

derogado la l. 10. C. *quand. provoc. non est necess.* por la cual estaba prohibido á la parte que hubiese obtenido sentencia favorable el apelar de ella por el solo hecho de no haberse condenado al vencido al pago de las costas ó al resarcimiento de perjuicios: y por lo que hace á sí, apelando el vencido, aprovechará este recurso al vencedor, para poder obtener en la instancia de apelacion el abono de las costas y perjuicios que se hubiere omitido en la sentencia apelada, V. lo que se dirá en el apéndice á este tit. al hablar del remedio de adherirse á la apelacion.

(64) Conc. l. 23. §. 3. D. *de appell.* l. 73. §. ult. D. *de judic.* y l. 5. tit. 16. lib. 3. *Ordenam.* considerándose como contumaz, al efecto que aqui se espresa, al que, sabiendo que se le ha legítimamente emplazado y pudiendo comparecer, no lo ha verificado, ya se le haya hecho la citacion personal, ó á domicilio, mientras haya tenido noticia de ella, segun d. l. 23. §. 3. cuyo texto califica Bart. allí de uno de los mejores del derecho: y adviértase que esto se ha establecido en pena de la contumacia, l. 53. D. *de re judic.* y Bart. á la l. 1. §. ult. *quand. appelland. sit.* y V. sobre el particular la notable decision 49. de la Rota, nuevas Decisiones, y Bald. á la l. 6. hácia el fin C. *quand. provoc. non est necess.* donde espresa que hasta el que comparece, pero resistiéndose á pagar las costas causadas con su rebeldía, es considerado como verdadero contumaz y tampoco puede apelar, porque el comparecer incivilmente equivale á no comparecer. En la Curia Romana, empero, no se observa todo ese rigor con los rebeldes; antes bien se permite apelar, dentro de los diez dias siguientes al en que se profirió la sentencia, aun á los que son verdaderamente tales, segun la decis. 364. de la Rota, nuevas Decisiones; donde puede verse si procede lo que se ha dicho respecto de los que han sido emplazados en la fórma prevenida por la Clementin. 1. *de judic.* y por lo que hace á si el contumaz realmente tal debe entenderse escluido de apelar no solamente de la providencia en que se le condenare en las costas, sino tambien de la tasacion de estas, V. Bald. á la l. 3. col. penult. C. *de fruct. et lit. expens.* Por lo demas, y por la rebeldía propiamente tal no solo se pierde el derecho de apelacion, sino tambien el de suplicacion, como notablemente espresa Juan de Imol. á d. l. 23. §. ult. col. pen. D. *de appell.*, citando la Glos. á la l. ult. C. *ut lit. pendent.* y Bald. á d. l. 73. en términos que será nula la admision del recurso que, en contravencion á lo dicho, se proveyere, V. al mismo allí y Paul. de Castr. Pero debe entenderse todo cuanto acaba de espresarse, respecto de la contumacia cometida por no comparecer á juicio, no por la que consista en resistirse á prestar el juramento de calumnia, á absolver posiciones ú otros actos semejantes, segun la Glos. y Bart. á la l. 28. §. 1. D. *de appell.* Glos. y Bald. á la l. 1. C. *quor. appell. non recip.* V. Ang. de Aret. á d. §. 1. l. 28. col. 6. y Felip. Dec. consil. 34. infiriéndose lo mismo con bastante evidencia de las palabras de esta nuestra ley *porque rebeldia es como soberuia o desden* etc. y de la circunstancia de hablarse en ella del que fuere contumaz en no comparecer, siendo citado para oir la sentencia, por cuya razon no debe aplicarse al que lo sea en otros actos del procedimiento, Alex. en sus adiciones á Bart. á la l. ult. D. *de in int. restit.* vers. *non audietur.* Y ¿si el contumaz fuere una persona rústica? V. Felip. de Perus cap. *Nicolao*, *de appell.* col. penult. donde pretende no ser aplicables á los rústicos las disposiciones legales que privan del derecho de apelacion á los contumaces, refiriendo lo anotado por Bald. y Ang. á la l. 8. D. *de edend.* princ. y calificando de notable la mencionada limitacion; la cual tal vez debe hacerse tambien estensiva á los menores de edad y á las mugeres, segun lo que espresan Bald. y Ang. á d. l. 8. * Acerca lo que se dispone en nuestra ley aqui, declarándose que pierde el derecho de apelar el que no ha comparecido á oir como se profiere la sentencia habiendo sido citado para que lo hiciera, V. l. 2. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop. y lo dicho en la adicion á la nota 31. del tit. prox. antecedente, siendo de advertir que en el dia, ha dejado de considerarse privado de aquel derecho, no solo, como se dijo allí, al que no ha comparecido habiéndosele citado para oir la sentencia, sino tambien al que ha sido contumaz desde el principio del juicio, y al cual se le permite intentar el recurso de apelacion contra la sentencia que se haya proferido procediéndose contra él en rebeldía, mientras lo haga dentro del término legal contado desde el dia en que se le haya hecho la notificacion de dicha sentencia en los estrados del tribunal, V. la adicion á la nota 47. tit. 7. de esta Part.

(65) Y si no profiriere el juez la sentencia en el dia que para hacerlo habia señalado, ¿será necesaria una nueva citacion? V. Specul. y Juan Andr. adicion tit. *de sentent.* §. *juxta* col. 8. Bald. á la l. 1. col. 3. C. *quom.*

çar del juyzio, non lo puede fazer (66). Esso mismo dezimos, que qualquier de los contendores que fuesse dado por vencido, que non se puede alçar del juyzio que es dado contra el, si el fuere rebelde en non querer venir al plazo que el judgador le auia dado, para dar el juyzio: e esto tuuieron por bien los Sabios antiguos, porque rebeldia, es como soberuia, o desden, o desmandamiento en non querer venir antel Judgador, a quien deuen obedecer como Mayoral. Pero si el demandado non fuere rebelde en non venir antel Judgador, mas fuesse desmandado en non mostrar (67), o non entregar aquella cosa que le demandauan en juyzio, e porende lo condenasse el Judgador, en tanto quanto jurasse (68) la otra parte, que el menoscabaua por non le ser mostrada, o entregada aquella cosa, assi como le demandauan; si de tal juyzio como este, aquel contra quien es dado, se quisiesse alçar, bien lo puede fazer. Porque, como quier que el fuesse desobediente en non cumplir lo que le mando el Judgador; pero fue el mandado (69) en venir antel, al plazo quel fue puesto para oyr el juyzio. E porende dezimos, que es derecho, que tal rebeldia como esta non le embargue, si se sintiere por agrauiado, que se non pueda alçar.

LEY 10. *Como los que van en hueste, o en mandaderia del Rey, o por pro comunal de su Concejo, a la sazon que dan Juyzio contra ellos, se pueden alçar del, quando tornaren.*

Van en hueste (70) los omes, o en mandaderia del Rey, o por pro comunal de su Concejo, e dexan Personeros en sus lugares, que amparen su derecho: e a la sazon que dan juyzio contra ellos, non estan delante, nin pueden venir, maguer los emplazen. E porende dezimos, que si el Personero de qualquier dellos non lo amparo derechamente, o se non alço del juyzio que dieron contra alguno dellos; que desdel dia que fuere tornado a su casa, o lo supiere, fasta diez dias (71), puede tomar alçada (72). E si por auentura, a la sazon que se fue alguno dellos de la

et quant jud. y el mismo á la l. 5. C. d. tit, donde trata de la hora en que podrá el juez proferir la sentencia en el dia al efecto señalado. * V. la adicion á la nota 33. del tit. prox. antecedente.

(66) Pero si el contumaz fuese el procurador, podria apelar el interesado, segun se ha dicho á la l. 2. de este tit. (nota 18) y aun podria hacerlo en nombre de este el mismo procurador, segun opina notablemente Paul. de Castr. á la l. 1. §. ult. D. *quand appeland. sit.* y V. sobre lo mismo lo anotado á la l. 4. tit. 1. de esta Part. Mas ¿estará en dicho caso obligado el mismo juez *a quo* á admitir la apelacion? Asi lo pretende Bald. á la autent. *hodie* col. 2. C. *de appell.*; á menos que la contumacia hubiere consistido en decir espresamente el emplazado que no queria comparecer; V. al mismo allí, y adviértase que aun en este último caso deberia dicho juez admitir el recurso, si el contumaz hubiere comparecido ante él, estando todavía sentado en el tribunal, d. l. 23. D. *de appell.* y d. l. 5. tit. 16. lib. 3. *del Ordenam.* con la l. 4. del tit. prox. antecedente, ó si probare que su incomparecencia no ha sido voluntaria, sino procedente de algun legítimo impedimento, d. l. 1. §. ult. y l. 12. de este tit. * V. nota 31. y adicion allí del tit. prox. antecedente.

(67) Conc. l. 28. §. 1. D. *de appell.* y V. Glos. allí vers. *appellandi.*

(68) Pero, si al tiempo de apelar, pudiese todavía hacer la exhibicion de la cosa, ¿se le podria obligar á exhibirla y dejarle de admitir la apelacion, si no lo hiciese? V. Bart. á d. l. 28. §. 1. donde opina Juan de Imol. d. col. ult. que se le podria obligar, y denegarle la admision del recurso en dichos términos, y lo mismo pretende Ang. allí: mas, segun el citado Imol., deberia aquel admitírsele, si, por no haber exhibido la cosa, se le hubiese condenado á la indemnizacion de perjuicios, como se declara tambien en esta nuestra ley; y V. lo anotado á la l. 20. tit. 2. de esta Part.

(69) Esto es, fue obediente, que es lo que se significa con la espresion castellana de *bien mandado*.

(70) De estas primeras palabras de nuestra ley y de lo anotado por Bart. á la l. ult. D. *de in int. restit.* col. 1. se infiere que se dice estar ausente por causa de la república el que lo está por servir en la milicia, ó al Rey, al Estado ó á la municipalidad de su pueblo ó domicilio, V. l. 26. §. ult. D. *ex quib. caus. major.* y segun la l. 60. D. *de re judic.* y Bart. á d. l. ult. deberia equipararse á dicha ausencia la que procediese de enfermedad.

(71) Nótese, pues, que esta restitucion para apelar debe pedirse dentro del término de diez dias [hoy de cinco], el mismo que, en otro caso, se concede para intentar el recurso de apelacion, con lo cual se aprueba aqui la opinion de la Glos. á d. l. ult. D. *de in integr. restit.* pr. y lo propio confirma la l. 3. C. *quom. et quand. jud.* y V. la Glos. allí.

(72) Conc. l. ult. y Glos. allí D. *de in integr. restit.* trayendo orígen lo dispuesto en

tierra, non dexo Personero (73) que amparasse (74) su derecho, estonce la sentencia que diessen contra el, non le empeceria (75). E puede pedir al Judgador, como por manera de restitucion, que le torne (76) el pleyto en aquel estado, en que era el dia que salio de su casa para yr a alguno de los lugares sobredichos. E el Juez deuelo fazer: porque el fue, por derecha, e guisada razon, embargado para non poder seguir su pleyto. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, en el juyzio que fue dado contra el que cayesse en catiuo (77).

LEY 11. *Como se pueden alçar del Juyzio que fuesse dado contra el que fuesse ydo en romeria, o a Escuelas, o desterrado por yerro que ouiesse fecho.*

En romeria (78), o a Escuelas van algunos, por razon de seruir á Dios, o para aprender alguna sciencia; e contece, que los emplazan en sus casas, que vengan a oir la sentencia, sobre los pleytos que auian començado por respuezta (79) ante los Judgadores, en ante que fuessen en la romeria, o a Escuelas. E porende dezimos, que si acaesciesse, que diessen sentencia contra alguno dellos; si el ouo Personero por si, o otro ome quel amparasse derechamente su pleyto; que non se puede alçar de la sentencia, quando viniere, maguer se tenga por agrauiado della. Mas si por auentura dexasse Personero, e se muriesse ante que el pleyto fuesse acabado, e despues de su muerte diessen sentencia contra aquel que lo auia dexado en su lugar; a su venida puede pedir al Judgador, fasta diez dias (80) desdel dia que llegare al lugar, e lo supiere, que torne el pleyto en aquel estado, que era ante que fuesse en la romeria, o a Escuelas; e el Judgador deuelo fazer. Esso mismo dezimos que deue fazer, si por auen-

nuestra ley aqui y en las dos próximas siguientes de lo anotado por Azon *in summa* C. *ex quib. caus. major.* col. 2.

(73) Entiéndase esto en el caso de haber principiado el pleito contra él, hallándose ya ausente; pues, si hubiese principiado antes de ausentarse, deberia imputarse á sí mismo el no haber dejado procurador que lo representase, l. 16, §. 1. D. *de legation.* y no disfrutaria el beneficio de restitucion para el efecto aqui espresado, ni para otro alguno, segun Ang. á d. l. ult.

(74) Conc. l. 1. C. *ex quib. caus. major.* l. 4. C. *de procur.* l. penult. C. *quom. et quand. jud.* y l. 75. §. ult. D. *de judic.*

(75) Pues podria pedir la restitucion, segun Imol. y aun, sin necesidad de ella, seria nula la sentencia, si el juez la hubiese proferido contra él sabiendo que estaba ausente por causa de la república, l. 60. D. *de re judic.* y Bart. á d. l. ult. col. 1. D. *de in int. restit.*

(76) No dice aqui la ley que esta restitucion para el efecto de reponerse el procedimiento haya de pedirse tambien dentro de los diez dias siguientes al en que se hubiere tenido noticia de ellos, como la que se concede para apelar: y asi podria pedirse aquella dentro del cuadriennio, como está establecido respecto de las demas restituciones, l. ult. C. *de tempor. in integr. restit.* y lo propio indica Ang. á d. l. ult. D. *de in integr. restit.*; bien que lo contrario parece inferirse de las palabras *fasta diez dias* que se leen en la ley prox. siguiente; esto es que tambien dentro de dicho término se ha de pedir la restitucion al efecto de reponerse el procedimiento: y creeria que esto es lo mas probable á tenor de d. l. 3. C. *quom. et quand. jud.* y de lo anotado por la Glos. y DD. allí; ó sea que cuando la sentencia hubiere sido proferida despues de contestado el pleito, deba pedirse la reposicion por via de restitucion dentro de los diez dias: pero si lo hubiere sido antes de la litis-contestacion verdadera ó presunta, y por consiguiente, fuere nula, que en tal caso se haya de oir al agraviado, sin necesidad de que pida la restitucion y dentro del término establecido por derecho comun. V. lo anotado á la l. 5. tit. 26. de esta Part. (nota 19 allí.)

(77) Conc. l. 15. 1. *respons.* D. *ex quib. caus. major.*

(78) Trae orígen la presente ley de la l. ult. D. *de in integr. restit.* y l. 4. C. *de procur.* y en ella se habla sin distincion del que se halla ausente por una causa que sea necesaria, ó por otra que solo sea probable á diferencia de la próxima antecedente, la cual se refiere á los ausentes que lo son por una causa probable y necesaria al mismo tiempo. Añad. ll. 26. §. ult. y 28. pr. D. *ex quib. caus. major.*

(79) Esprésase asi, porque, no estando el pleito contestado, no podria procederse á definitiva. V. lo anotado á d. l. 5. tit. 26. de esta Part.

(80) Véase dispuesto aqui, como se ha dicho en la nota 76, que la restitucion para el efecto de que se reponga el procedimiento debe pedirse dentro de los diez dias siguientes al en que se ha tenido noticia de la sentencia: y añádase que el ausente por causa probable de quien se trata en esta ley podria tambien apelar si quisiese, sin necesidad de restitucion

tura, ante que se partiesse, non pudiesse auer Personero (81) en quien fiasse el pleyto (ñ) porque fuesse granado, o non pudiesse auer Personero que lo supiesse amparar. Empero non le deuen caber, a menos que jure primero (82), que lo non fizo maliciosamente. Otro tal (83) dezimos del que fuesse desterrado, o metido en prision, por yerro que ouiesse fecho.

LEY 12. *Como se puede alçar aquel que en viniendo oyr el Juyzio, fue detenido por fuerça de manera que non pudo venir al plazo.*

(ñ) porque fuese guardado Acad.

segun la l. 3. C. *quom. et quand. jud.* *V. lo que se dirá en la adicion á la nota 83.

(81) Parece indicarse con esto que no disfrutará de la restitucion el ausente, aunque lo esté por causa probable, si pudiendo haber dejado procurador que lo representase, no lo hubiere verificado; lo cual, empero, deberá entenderse, con tal que el pleito estuviese ya comenzado antes de ausentarse; porque si hubiese tenido principio en su ausencia, se le concederia aquel beneficio, aunque, pudiendo, no hubiese dejado procurador; segun Bart. á d. l. ult. col. 2. donde tambien adopta la misma interpretacion, y limita en dichos términos la Glos. á la l. 28. pr. D. *ex quib. caus. major.* pudiendo añadirse la l. 12. tit. 7. de esta Part. —*V. la adicion á la nota 83.

(82) Nótese este requisito del juramento, el cual no recuerdo haber visto que se exigiera por derecho comun.

(83) Asi, pues, se equiparan por esta ley en un todo el ausente por causa probable y el que lo está por causa forzosa; debiendo, empero, limitarse el ser entrambos de una misma condicion á los pleitos que ya hayan comenzado estando todavía presentes, en los cuales estarán obligados, al ausentarse, á dejar procurador que les represente, si tienen posibilidad de hacerlo; mas no en los que hubieren tenido principio durante la ausencia, pues en estos se denegará la restitucion al ausente que lo sea por causa necesaria siempre que no hubiere dejado procurador, á diferencia del que se haya ausentado por causa probable á quien se le concederá dicho beneficio por mas que no haya dejado procurador y aunque haya omitido hacerlo, pudiendo, como se ha dicho en la nota 81. citando á Bart. á la l. ult. D. *de in integr. restit.* y añad. l. 26. §. ult. D. *ex quib. caus. major.* y l. 20. D. *de minor.*—*De este modo, pues, y á tenor de lo que espresa el Glosador en la presente nota seria de mejor condicion el ausente por causa probable, como por razon de estudios ó romería, que el que lo esté por causa necesaria, como por servicio público ó cautiverio: diferencia que no comprendemos en qué razones pueda estar fundada, ni vemos que decididamente hayan querido establecerla nuestras leyes de Partida. La ley 10 prox. antecedente dice, hablando de los ausentes por causa necesaria que si *á la sazon que se fue alguno dellos de la tierra, non dexo Personero que amparasse su derecho, estonce la sentencia que diessen contra el non le empeceria, e puede pedir al Judgador, como por manera de restitucion, que le torne el pleyto en aquel estado etc.* para lo cual no distingue entre los casos de haber sido la ausencia anterior ó posterior al comenzamiento del pleito, ni de otro modo indica que deba hacerse la referida distincion. Es verdad que el beneficio de restitucion en el caso de haberse ausentado pendiente el pleito y no haber dejado procurador no está concedido por d. l. 10. y sí por la presente que habla limitadamente de los ausentes por causa probable; y asi pareceria no deber hacerse estensiva aquella disposicion á los que lo estén por causa de servicio público ó por cautiverio. Pero no creemos que deba esto entenderse en tan riguroso sentido, mayormente si se considera que esta misma ley, si bien se refiere en su mayor parte á los ausentes por causa de estudios ó romería, concluye, empero, con estas notables palabras: *Otro tal dezimos del que fuesse desterrado; o metido en prision por yerro que ouiesse fecho*: es decir que tambien este disfrutaria de la restitucion, aunque habiendo sido desterrado ó capturado despues de comenzado el pleito no hubiese dejado procurador en los términos que la presente ley previene: lo que siendo asi, nos convence mas de que anduvo el Glosador equivocado, porque fuera una odiosa é inconcebible anomalía que la ley no puede haber deliberadamente autorizado, la de que resultasen menos favorecidos los cautivos y los ocupados en servir á la república, que los delincuentes declarados tales y condenados por sus delitos á la prision ó al destierro. A propósito de lo que acabamos de decir, creemos digno de observarse que D. J. Escriche en su Diccionario razonado de Legislacion y Jurisprudencia art. *apelacion*, al hacerse cargo de las doctrinas emitidas por Gregorio Lopez en la presente nota, manifiesta bien claramente, aunque sin impugnarlas, no hallarse muy conforme con ellas, por los términos con que las esplica transcribiendo muy escrupulosamente las disposiciones de la presente ley y de la prox. antecedente y llamando muy especialmente la atencion sobre ellas.

Engañosamente (84) estoruan, o detienen algunos omes a sus contendores, despues que los han fecho emplazar, que vengan a oyr la sentencia, o vayan delante por el pleyto que han començado por respuesta, deteniendolos en los caminos por engaño, o por fuerça; de manera que non vienen al plazo, e dan la sentencia contra ellos. E porende dezimos, que el que asi fuere detenido, o embargado de su contendor, si el engaño, o la fuerça pudiere prouar, que non le empece la sentencia; ante dezimos, que el Judgador deue tornar (85) el pleyto en aquel mismo estado en que era, en ante que la sentencia ouiesse dado sobrel. E si el engaño, o la fuerça porque el fue detenido, que non vino a oyr la sentencia acaescio por otro ome (86), e non por su contendor, estonce non deue el pleyto tornar al primero estado; mas puedese alçar de la sentencia el agrauiado, si quisiere, de diez dias adelante que supiere que fuere dada contra el, e seguir su alçada. Esso mismo (87) seria, si el que ouiesse de venir al plazo, fuesse embargado por grandes nieues, o por llenas de rios, o por ladrones, o por sus enemigos conocidos que le tuuiessen el camino, o por gran enfermedad que le acaesciesse.

LEY 13. *De quales Juyzios se pueden alçar, e de quales non.*

Agrauianse los omes a las vegadas de los juyzios que son dados contra ellos, por que se han despues de alçar. E porque cuidarian algunos, que de cada sentencia que fuesse dada contra ellos, podrian tomar alçada; queremos mostrar, de cuales juyzios lo pueden fazer, e de quales non. E dezimos, que de todo juyzio afinado se puede alçar qualquier que se tuuiere por agrauiado del. Mas de otro mandamiento, o juyzio que fiziesse el Judgador, andando por el pleyto, ante que diesse sentencia diffinitiua sobre el principal, non se puede (88) nin deue ninguno alçar. Fueras ende

(84) Conc. cap. *ex litteris*, 4. *de in integr. restit.* cap. *cum Bertoldus* 18. *de re judic.* l. 1. §. 3. y l. ult. D. *de eo per quem factum erit*, l. 60. D. *de re judic.* y V. l. 39. D. *de minor.*

(85) Asi, pues, cuando el impedimento ha sido motivado por el mismo adversario, se concede la restitucion para el efecto de reponer todo el proceso, y tiene el impedido derecho de escepcionar la sentencia.

(86) Asi, pues, por razon del impedimento motivado nó por el mismo adversario, sino por otro tercero, no se concede la reposicion de todo el proceso, sino el derecho de apelar dentro los diez dias siguientes al en que se hubiere tenido noticia de la sentencia, por que no debe ser considerado contumaz el que ha dejado de comparecer al pronunciarse dicha sentencia por haber estado impedido: lo que es muy digno de notarse por la grande diferencia que va de poder simplemente apelar, á poder pedir la reposicion de todo el proceso, á tenor de lo que se lee en la Clementina *testibus*, *de testibus*. No obstante, empero, lo dicho, creeria que tambien, procediendo el impedimento de un tercero, se deberia conceder al impedido la reposicion, cuando de no concederse, hubiese de seguírsele algun perjuicio que no pudiese indemnizarle el tercero que causó el impedimento, segun la l. ult. vers. *planè* D. *de eo per quem factum erit.*

(87) Esto es, se le concederia asimismo la reposicion de todo el proceso y el derecho de escepcionar la sentencia, l. 2. §. 3. hasta el fin, D. *si quis caution.* y añad. l. 11. tit. 7. de esta Part. * No creemos exacto lo que aqui supone el Glosador; antes bien los casos de enfermedad, inundaciones etc., como enteramente fortuitos, deberán equipararse y los equipara nuestra ley al de hallarse uno de los litigantes impedido por causa de un tercero y sin intervencion de su contradictor; no pudiendo haber duda en que esta es la verdadera inteligencia de lo que aqui se dispone, no solo por obrar en dichos casos la propia idéntica razon, sino tambien porque, despues de conceder la ley el beneficio de restitucion al que hubiese estado impedido por su contradictor, concede tan solo el derecho de apelar al que lo hubiere estado por un tercero; y, al añadir que *esso mismo seria* si el impedimento procediese de caso fortuito, es claro que quiere referirse á ese último caso, y no al primero. El mismo Greg. Lopez manifestó entenderlo asi, cuando, al estractar la presente ley, como lo hacia con todas al principio de las glosas respectivas, lo verificó en los siguientes términos: *sed si per alium tertium vel propter infirmitatem aut casu fortuito impeditur, potest infra decem dies appellare*, incurriendo asi en una marcada contradiccion que ya oportunamente ha observado D. J. Escriche en su diccionario de Legislacion y Jurisprudencia. art. apelacion.

(88) Conc. l. 7. C. *quor appell. non recip.* l. 1. §. 1. D. *de appell.* l. 2. C. *de episc. aud.* y l. 4. tit. 16. lib. 3. Ordenam. Real.; y, en órden á los casos en que puede apelarse de las sentencias interlocutorias, V. lo que notablemente espresan Bart. y Ang. á la l. 2. D. *de appell.* §. *in quibus* col. 9. vers. *sed numquid.* * V. l. 23. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop. en la

cual, como en la presente, se establece que no pueda apelarse de los autos interlocutorios, salvo si fueren dados sobre escepcion perentoria *ó sobre algun articulo que haga perjuicio en el pleito principal* (que son los que comunmente se dice tener fuerza de definitivos) y tambien de los en que se declare competente un juez á quien se hubiere declinado la jurisdiccion, ó en que se desatienda una recusacion, ó se deniegue la comunicacion de proceso pedida en tal estado del juicio en que las actuaciones no hayan de ser reservadas. De dicha ley recopilada lo mismo que de la presente de Partida se han ocupado muy poco nuestros AA. prácticos, sin embargo de ofrecer en su contexto no poca dificultad, pues que, en efecto, no es tan sencillo como parece el determinar á punto fijo cuáles sean los autos interlocutorios que tienen fuerza de definitivos y que, á tenor de dichas leyes, son, por regla general, los únicos apelables. Tal vez esa misma dificultad haya sido causa de la estraordinaria latitud que se da en la práctica al derecho de apelar de toda suerte de providencias, llevada hoy á tal estremo que tan solo de algunos simples é insignificantes proveidos, que ni de autos interlocutorios merecen el nombre, se acostumbra denegar la apelacion. Y no obstante es notorio que nuestras leyes han querido reducir aquel derecho á mas estrechos límites, cuando la recopilada que hemos citado, fuera de los tres casos particulares que espresamente menciona, tan solo declara apelables los autos interlocutorios que causen perjuicio en el punto principal; y la presente de partida, no solo exige, para ello, que importen un gravámen irreparable, sino que este sea de mucha consideracion, ó tal que no se pueda *ligeramente emendar á menos de gran daño de aquel que se tuviesse por agrauiado*. En dos sentidos, pues, creemos que pueden los autos interlocutorios tener fuerza de definitivos, á saber, por ser perjudiciales en definitiva, ó por causar gravámen que en definitiva sea irreparable; dos cosas esencialmente distintas, por mas que se las acostumbre confundir en el modo comun de espresarse y de esplicar esta materia. Verifícase lo primero, cuando con alguna providencia interlocutoria se pretende coartada la defensa de alguna de las partes, ó cuando es tal, que, si llegare á causar ejecutoria, ha de quedar por ella mas ó menos directamente prejuzgado alguno de los puntos que forman objeto de la cuestion principal. Tales son los autos que recaen sobre cuestiones promovidas acerca los trámites y ordenacion del juicio, acerca de las pruebas ó instruccion del mismo y tambien sobre escepciones perentorias (a). Y tiene lugar lo segundo, cuando alguna de las partes se pretende perjudicada por la decision de cualquier artículo ó incidente estraño á la cuestion principal y del que, una vez terminado, no deba ni pueda hacerse mérito en definitiva; por cuya razon tampoco cabe que se repare en ella el gravámen que dicha decision hubiere causado. Tales son las providencias que recaen en lo civil sobre peticiones de embargos, falta de personalidad ó incapacidad para litigar, ó sobre la nulidad ó insuficiencia de poderes, falta de previa conciliacion, etc, y en lo criminal sobre peticiones de escarcelacion mediante fianza, sobre idoneidad de los fiadores propuestos al efecto, y otras semejantes. De ellas puede decirse con propiedad, nó que prejuzgen el punto principal, sino que causan un gravámen que es irreparable en definitiva, y á las mismas, por lo tanto, deberia aplicarse la disposicion de nuestra ley de Partida, de no poder apelarse de ellas, á menos de ser aquel gravámen de mucha consideracion: pues, en efecto hay algunas de las referidas providencias respecto de las cuales se verifica que, aun suponiéndolas gravatorias, es notoriamente mas provechoso á la parte perjudicada el consentir el pretendido gravámen que no el provocar y sostener para repararlo una instancia de apelacion (b). Y sin embargo cuando los litigantes, desconociendo sus verdaderos intereses ó por otras miras particulares, apelan (lo que sucede con harta frecuencia) de semejantes providencias, se les admite el recurso sin dificultad, y dudamos que ningun juez se crea en tales casos, en la obligacion de denegarlo. Es verdad que, por punto general, ha sido y es imposible que la ley previese y clasificase todos los incidentes que pueden ocurrir, y que fuera muy embarazoso y arriesgado el que hubiese de quedar enteramente al arbitrio judicial la calificacion de los mismos para el efecto de determinar si son

(a) Bien entendido que se habla aqui limitadamente de las perentorias mixtas y opuestas en calidad de tales; pues si se hubieren opuesto como puramente perentorias, es claro que nada podrá declararse acerca de ellas, como no sea en la sentencia definitiva; y es digno de observarse ademas que, aun cuando se las haya opuesto como dilatorias, si se declarare que ha lugar á ellas, necesariamente con esta declaracion quedará terminado el juicio, y semejante providencia deberá por lo mismo calificarse de definitiva: de suerte que los autos dados sobre escepciones perentorias solo podrán ser interlocutorios, cuando, á mas de ser aquellas mistas, y habérselas opuesto como tales, se haya declarado que no ha lugar á ellas, en cuyo caso queda en parte prejuzgada la cuestion principal, mas, sin terminar el juicio, y sin privarse á la parte de oponer y utilizar las demas escepciones que le competan.

(b) Pondremos un ejemplo. Supongase que, al entablar una demanda, se ha creido ser de las esceptuadas de la necesidad de prévia conciliacion, y se la ha propuesto sin llenar aquel requisito. Si despues se suscita alguna duda sobre el particular y se declara que verdaderamente era necesaria la prévia conciliacion, por muy convencida que crea estar la parte de que se la ha perjudicado ¿qué duda puede haber en que le es menos gravoso allanarse á dicha providencia y cumplimentarla que no el apelar de ella y suportar los gastos y dilaciones consiguientes á una segunda instancia? Como este pudieran citarse otros muchos casos.

ó no apelables las providencias que recaigan sobre ellos: y si en este concepto, como creemos y hemos indicado al principio, se ha adoptado y ha ido generalizándose el medio de admitir por una lata y benigna interpretacion las apelaciones que se interpongan de todas las providencias interlocutorias que forman estado, aunque no prejuzguen el punto principal, ni causen gravámen irreparable, nos guardarémos bien de censurar semejante práctica que, si bien no muy conforme á la ley, es hija, empero, de la imperfeccion de la misma: pudiendo, de todos modos asegurarse que seria mucho mas funesto el que en algunos casos particulares pudiese declararse y se declarase inapelable alguna providencia de la que legalmente hubiera de admitirse la apelacion; que no el que se diese una amplitud escesiva al derecho de intentar aquel recurso; lo cual en último resultado no causa mas perjuicio que algun aumento de gastos é innecesarias dilaciones.

La ley de enjuiciamiento de 1830 para los negocios ó causas de comercio ha querido al parecer fijar ese punto tan vago é indeterminado en el derecho comun, declarando espresamente cuales son los autos interlocutorios apelables: mas ha caido, en nuestra opinion, en el estremo opuesto, ó sea en el de escluir el recurso de apelacion de algunos casos en los que á tenor de los principios generales deberia aquel admitirse y en los cuales no creemos que de hecho se le considere inadmisible; siendo tal vez este uno de los pocos puntos en que se ha creido deber prescindirse de las terminantes disposiciones de la citada ley, por lo demas bastante escrupulosamente observada. A tenor de ella son apelables en ambos efectos los autos proferidos sobre la escepcion de incompetencia, los en que se desatiende la recusacion ó en que se deniega la prueba ó el término estraordinario para hacerla: y lo son en un solo efecto los en que se admite la recusacion, ó en que se decide sobre cualquiera escepcion dilatoria, no siendo la de incompetencia, en que se recibe el pleito á prueba, ó se concede el término estraordinario ó se deniega la comunicacion de proceso, arts. 389. y 390. de d. ley. Mucho nos engañamos ó con esto se ha querido y entendido declarar que todas las demas providencias interlocutorias no son absolutamente apelables; porque ni en el efecto suspensivo ni en el devolutivo se declara que lo sean. Y si esto es asi, como creemos, ¿qué deberá decirse de tantas otras providencias que, sin ser definitivas, pueden tener fuerza de tales, por coartar la defensa ó causar algun otro gravámen irreparable y de consideracion? ¿Serán inapelables los autos en que se diga no haber lugar á prorogar el término de prueba ó á suspenderlo ó declararlo suspendido, ó al contrario? ¿Lo serán tambien aquellos en que se provea ó deniegue un embargo provisional ó la reposicion de innovaciones que se pretendan hechas en las cosas litigiosas despues de contestado el pleito? Ni deben serlo á tenor de los principios sentados, ni en la práctica se les considera como tales, sin embargo de no ser este el espíritu de los arts. citados de la ley de 1830.

Volviendo al derecho comun, hasta en aquellos casos particulares que por el mismo se hallan espresamente definidos como en los demas, ocurren á cada paso vacíos y dificultades, de las cuales indicarémos algunas por ser las que pueden ocurrir con mas frecuencia. Al decidirse, por ej. sobre la escepcion declinatoria ó de incompetencia, puede causarse tanto perjuicio á la parte que la hubiere opuesto, desechándola el juez y declarándose competente, como á la parte contraria, admitiéndola é inhibiéndose en consecuencia del conocimiento del negocio. Pareceria, pues, que el auto interlocutorio dado sobre semejante artículo debe considerarse apelable asi en el segundo caso como en el primero. Mas ¿cabe semejante inteligencia en la letra y espíritu de la ley recopilada? En ella, al declararse inapelables todos los autos interlocutorios, se esceptúa de dicha regla no el que recayere sobre la escepcion declinatoria en general, sino especialmente aquel en que dicha escepcion se desechare ó se declarare el juez competente, de lo cual debe concluirse que se ha querido dejar en la condicion general de los autos interlocutorios é inapelables al en que se diere lugar á la declinatoria y se declare el juez incompetente, porque *exceptio firmat. regulam in contrario*. En los negocios de comercio, como hemos visto, estan declarados apelables semejantes autos indistintamente, ya se admita por ellos ó se deseche la escepcion declinatoria; y al contrario establece el derecho comun, aunque concretándose á los tribunales superiores, que estos no pueden admitir el recurso de suplicacion de los autos en que declaren su competencia ó incompetencia, l. 7. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.: por lo cual y vista la variedad con que se ha resuelto la cuestion propuesta, no es posible discurrir en ella por razones de analogía.

¿Es apelable la providencia en que se decide un artículo de prueba? Indudablemente lo será, siendo denegatoria de ella, porque semejante declaracion tiene fuerza de definitiva, por poder coartar la defensa. En el caso, empero, en que se decida el artículo afirmativamente y se reciba el pleito á prueba, hemos oido opinar con alguna variedad. De dos maneras puede gravar semejante providencia á la par-

te que se hubiere opuesto á la prueba; esto es, en cuanto la obliga á soportar los mayores gastos y dilaciones que son consiguientes á la misma, ó en cuanto, declarándose la conducencia de los hechos alegados y calificándose de puramente legal la cuestion sobre que ha de versar el litigio, puede prejuzgarse aquella en cierto modo, cuando sea, como será en algunas ocasiones, susceptible de resolverse en diverso sentido, segun los términos en que se la considere planteada. Lo primero importa un gravámen que es irreparable en definitiva, aunque nó de tanta consideracion quizás como exige la presente ley de Partida para que pueda ser objeto de una segunda instancia: lo segundo constituye, á nuestro modo de ver, uno de aquellos casos en que se causa perjuicio en el punto principal; pues, si bien en opinion de algunos, puede el juez dejar de hacer mérito en definitiva de los hechos sobre que haya versado la prueba, si por las ulteriores alegaciones de las partes se convenciere de la inconducencia de los mismos, creemos, empero, que es errónea semejante doctrina, porque, desde el momento en que se califica de inapelable y ejecutoriado el auto de recibimiento á prueba queda irrevocablemente declarada la conducencia de los hechos que se han ofrecido probar, y obligado el juez á tenerlos en consideracion, si se hubieren justificado, al proferir su fallo definitivo. Así, pues, no dudamos afirmar que no solo es conveniente y equitativa, sino tambien enteramente conforme á los principios consignados en las leyes la práctica que por lo general se observa en nuestros tribunales de admitir la apelacion de los autos en que se decide el artículo de prueba, ya sea denegándola ó admitiéndola. En los mismos términos lo establece espresamente para los negocios mercantiles la citada ley de enjuiciamiento con la única diferencia de declarar apelables en un solo efecto las providencias en que se recibe el pleito á prueba. Y si bien en cuanto á los negocios comunes pretenden algunos AA. prácticos que son insuplicables aquellas providencias cuando se las profiere en segunda ó tercera instancia, lo que podria parecer contrario en cierto modo á las doctrinas que acabamos de sentar, creemos sin embargo, no deber separarnos de ellas, antes bien es en nuestro concepto fundada en una mala inteligencia la opinion de los citados AA. como lo manifestarémos en su lugar oportuno. Véase el apéndice al tit. 26 de esta Part.

Por lo que hace á las escepciones perentorias, la misma ley 23. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop. declara, como hemos visto, que son apelables, en general, todos los autos que recaigan sobre ellas; y ya queda esplicado en su lugar el sentido en que esto debe entenderse. Pero sucede con frecuencia que, opuesta una escepcion perentoria mixta para el efecto no solo de escluir la demanda sino tambien de impedir el ingreso y progreso del juicio, y formado sobre ella artículo previo, se decide este declarándose no haber lugar á la escepcion, pero en calidad de por ahora y sin perjuicio de tenerla presente en definitiva. ¿Podrá decirse que con semejante providencia se cause prejuicio en el punto principal? Claro es que nó; por lo mismo que con ella espresamente se declara que se conserva íntegra la cuestion para definitiva. Pero ¿se causa un gravámen irreparable á la parte que opuso dicha escepcion como dilatoria y á la cual se obliga á seguir por todos sus trámites el juicio en que creia no deber entrar? Creemos que sí: bien que, en nuestro concepto, tampoco debería considerarse aquel agravio de tanta magnitud ó de *tan gran daño*, como requiere la ley de Partida para que sea admisible la apelacion. Esto no obstante tambien en la práctica se admite esta sin dificultad de las referidas providencias aunque dadas con la cláusula de por ahora.

Por lo que hace á los autos que recaen en juicios posesorios, ó sea, los en que se declara cuál de los litigantes ha de disfrutar la posesion mientras pendiere y hasta que quedare terminada la cuestion de propiedad, dejamos dicho ya en la adicion á la nota 11. del tit. anterior en qué sentido los consideramos y deben, en nuestro concepto, considerarse como definitivos ó á lo menos con fuerza y carácter de tales, y siempre por consiguiente apelables; porque con ellos puede en efecto causárse gravámen irreparable y de mucha consideracion. En la práctica se admite sin dificultad alguna el recurso de apelacion de los referidos autos, no solo cuando son decisorios de un juicio plenario ó sumario, sino tambien cuando se han proferido en méritos de un posesorio sumarísimo; en cuyo caso, segun hemos dicho en otro lugar (adicion á la nota 13. d. tit.) deben mas bien calificarse de mandatos de apremio que de verdaderas providencias interlocutorias ni definitivas. Pero tampoco esto impide que con semejantes autos de amparo ó manutenencia momentánea ó interina puedan causarse á las partes perjuicios de consideracion: y asi nos parece muy puesto en razon y conforme á los principios sentados que, á pesar de considerárseles como simples mandatos para el efecto de poderlos revocar por contrario imperio el mismo juez que los ha proferido, se les dé el carácter de autos definitivos ó de interlocutorios, pero perjudiciales en definitiva para el efecto de poderse apelar de los mismos.

La providencia en que se declare no haber lugar á la apelacion que de otra providencia anterior se haya interpuesto, aunque interlo-

quando el Judgador mandasse por juyzio, dar tormento (89) a alguno, a tuerto, por razon de saber la verdad de algun yerro, o de algun pleyto, que era movido antel; o si mandasse fazer alguna otra cosa tortizeramente, que fuesse de tal natura, que seyendo acabado, non se podria despues ligeramente emendar, a menos de gran daño (90), o de gran vergüença de aquel que se tuuiesse por agrauiado della. Ca sobre tal cosa como esta bien se podrian alçar; maguer el Judgador non ouiesse aun dado sentencia diffinitiva sobre la principal demanda. Mas de otro mandamiento, o juyzio que el Judgador fiziesse (91), tuuieron por bien los Sabios antiguos que establecieron los derechos de las leyes, que ninguno non se pudiesse alçar, maguer que se tuuiesse por agrauiado del. E esto pusieron por dos razones. La vna, porque los pleitos principales non se alongassen, nin se embargassen por achaque de las alçadas, que fuessen tomadas en razon de tales agrauiamientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de dar el juyzio afinado, la parte que se touiere por agrauiada del Judgador, se puede alçar, e fincale en saluo, para poder demandar, e mostrar antel Juez del alçada, todos los agrauiamientos que recibio en el pleyto del primero Juez; e porende non deue tomar alçada, si non de los juyzios que diximos de suso: como quier que segund el derecho de las Decretales (92), vsan en algunas tierras el contrario, alçandose de qualquier agrauiamiento que el Juez les faga. Otrosi dezimos, que si el demandador, e demandado fizieren postura

cutoria, necesariamente ha de considerarse que tiene fuerza de definitiva; porque solo dejaria de tenerla en el concepto de no ser apelable por igual razon la otra providencia cuya apelacion se ha denegado; y esto no puede darse por sentado en el caso propuesto, porque es precisamente lo que en él se disputa y debe decidirse. Asi, pues, podria un juez desestimar la apelacion interpuesta de un auto en el concepto de no ser este apelable ó de no poder causar gravámen irreparable: pero no podria dejar de admitir la que de semejante denegacion se interpusiese, por lo mismo que, declarando que el gravámen no es ó no puede ser irreparable, lo haria doblemente tal, si en realidad lo fuese ó pudiese serlo, como lo pretende la parte que ha apelado. Mas como el atenerse en tales términos á los principios y á sus consecuencias conduciria por necesidad á un círculo vicioso y podria dar lugar á una serie indefinida de recursos de apelacion y de autos denegatorios de ella, esta consideracion ha hecho sin duda que prevaleciese algun tanto la opinion de no deberse admitir esas apelaciones de apelación; bien que dejando siempre á salvo el derecho de las partes agraviadas para poder acudir al tribunal superior por via de recurso estraordinario, siempre que se les haya desechado el ordinario de apelacion por los mismos interpuesto. Semejante práctica conforme á la que prescribe para tales casos el art. 415. de la ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio y adaptada por los tribunales ordinarios en los negocios comunes nos parece la mas propia para evitar á un tiempo las dificultades que antes hemos indicado y el peligro de que bajo pretesto alguno pueda coartarse el sagrado derecho de apelacion.

Las providencias interlocutorias que, segun acaba de esplicarse, prejuzgan el punto principal ó causan gravámen irreparable si bien son consideradas como definitivas para el efecto de poderse interponer ellas el recurso de apelacion, se distinguen, empero, de estas últimas en cuanto á los trámites que deben observarse en las segundas instancias, segun que el auto apelado sea interlocutorio ó verdaderamente definitivo (art. 69 del Reglam. prov. para la admin. de just. y Rl. Decreto de 8 de octubre de 1835) de cuya diferencia nos harémos cargo en la adicion á la nota 168. del presente titulo.

(89) Conc. l. 2. D. *de appell. recip.* y V. la glos. allí; y de las sentencias interlocutorias que no se limitan á meras palabras, sino que consisten en actos aflictivos ó infamantes se puede apelar, V. Bald. *de milit. vasall. qui contum. est.*

(90) V. Bart. á la l. 1. §. 1. hácia el fin D. *de appell.* donde dice que se admite la apelacion de las sentencias interlocutorias que infieren un gravámen de difícil reparacion; y lo mismo se establece por la l. 2. col. 3. D. *de appell. recip.* confirmándose por nuestra ley aqui la citada opinion de Bart., y añad. lo espresado por Bald. á la l. ult. C. *de relation.* esto es, que puede apelarse en general de dichas sentencias, cuando entorpecen ó dificultan la decision del punto principal. * Conc. d. l. 23. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop. y V. lo dicho en la adicion á la nota 88.

(91) Y si el agravio consistiere en el hecho de resistirse el juez á oir lo alegado por las partes y á dar providencia ¿podrá interponerse de él el recurso de apelacion? V. Bald. á la l. ult. col. 1. C. *de sentent.* donde pretende que en tal caso no se podria intentar apelacion, sino acudir al superior por via de recurso estraordinario en queja.

(92) Esto es, por derecho canónico, cap. *non ita* 2. quest. 6., cap. *super* cap. *ut debi-*

(93) entre si en juyzio, o fuera de juyzio, que non tomen alçada de la sentencia que diesse el Judgador contra alguno dellos, que despues non se puede alçar aquel que se tuuiere por agrauiado della. Esso mismo dezimos, que si fuesse alguno vencido (94) en juyzio, que deuiesse dar algo al Rey, quier por razon de cuenta, o de pecho, o de otra debda qualquier, que de la sentencia que fuesse dada una vez contra el, non se podria despues alçar; ante deue ser apremiado, que lo pague luego. E aun dezimos, que quando el Rey manda (95) a algunos omes, que libren pleytos señalados de manera que ninguna de las partes non se puede alçar del juyzio (96) que de ellos dieren, que non puede despues tomar alçada (97) la parte que se agrauiare del juyzio dellos. Pero tal mandamiento como este non lo pue-

tus 59. y cap. *cum cessante* 60. *de appell.*

(93) Conc. l. ult. §. ult. C. *de tempor. appell.* y V. Specul. tit. *de appell.* §. ult. hácia el fin, donde trata de lo que deberá decirse, cuando el convenio de no apelar hubiere sido otorgado por las partes antes de contestar el pleito. Adviértase que por esta nuestra ley no se exige que dicho pacto haya sido reducido á escritura, con lo que se aprueba la opinion de la Glos. á d. §. ult. por mas que diga Salic. allí. Adviértase en segundo lugar que se habla aqui de pacto; de suerte que no procederia lo dispuesto en ella en el caso de simple renuncia, á menos que esta fuese hecha en juicio, segun Bald. y Salic. á d. §. ult.; y en tercer lugar que se habla aqui de un pacto recíproco ó el de que ni una ni otra de las partes pueda apelar; bien que, en opinion de la Glos., Bald. y Salic. allí, lo mismo procederia, aunque tan solo una de ellas lo hubiese prometido. Pero ¿se entenderá, por semejante pacto, escluida tambien la apelacion de las sentencias interlocutorias? Asi lo opinan Bald. y Salic. allí, citando la l. 1. §. 3. D. *a quib. appell. non lic.* Y los que hubieren convenido no apelar ¿podrán, sin embargo, dar de nulidad de la sentencia que se profiriere? V. Salic. allí donde está por la afirmativa, con tal que el recurso de nulidad se intente separadamente del de apelacion. Añádase á esta ley la l. 1. §. 1. y Bart. allí D. *a quib. appell. non lic.* donde trata este último del efecto que producirá el pacto de no apelar respecto de los juicios y sentencias arbitrales; y añad. tambien á Abb. al cap. *cum dilectus* col. 6. *de arbitris* y Salic. á d. §. ult. Nótese asimismo que, aunque por semejante convenio, pierden las partes el derecho de apelar, con todo no se exime el juez de la responsabilidad en los casos en que hace suyo el pleito, segun Salic. lugar antes citado; y finalmente que deben esceptuarse de lo dispuesto aqui las causas criminales y las liberales, l. 6. D. *de appell.* y la l. 6. de este tit. y ll. 1. 2. y 3. D. *de liberal. caus.*

(94) Conc. ll. 4. y ult. C. *quor. appell. recip.* y Glos. y DD. allí, los cuales á la l. 18. C. *de appell.* limitan lo dispuesto aqui al caso en que el deudor fiscal estuviere manifiestamente convicto; y aun Ang. allí pretende que lo mismo deberia decirse de los deudores privados; bien que á estos creeria que solamente deberia denegárseles la apelacion, cuando la interpusiesen y se resistiesen á pagar, despues de haber confesado la deuda y de habérseles condenado: pero hay ademas, entre el deudor fiscal y el privado la diferencia de poder este último apelar, á pesar de estar convicto, aun en el caso en que no podria hacerlo el primero. * D. Ramon Lázaro de Dou, en su Derecho público lib. 3. tit. 2. cap. 11. secc. 3. art. 3., refiriéndose á la disposicion de las leyes romanas citadas en esta nota y de las cuales ha tenido orígen la presente de Partida, observa muy oportunamente que de su mismo contexto consta que ha de entenderse prohibida la apelacion solo en casos de notoria justicia y derecho del fisco; por cuyo motivo, añade, no se cuenta generalmente con la citada escepcion ó prohibicion.

(95) Conc. l. 1. §. ult. D. *a quib. appell. non lic.* * Acerca lo dispuesto aqui, V. lo dicho en la adicion á la nota 114. del tit. antec.

(96) Parece esto referirse á la sentencia definitiva; y asi lo entendió Bart. ad. l. 1. §. ult. Pero, mas bien debe entenderse indistintamente escluida tambien la apelacion de la sentencia interlocutoria, por obrar respecto de esta la misma razon que respecto de la definitiva, como lo opinan Ang. é Imol. á d. §. ult. * V. la adic. á la nota que antecede.

(97) Bart. á d. l. 1. §. ult. D. *a quib. appell. non lic.* limita lo dispuesto aqui al caso en que fuere frívola la apelacion que quisiere interponerse; Ang. pretende que no puede la apelacion admitirse en el caso aqui propuesto, si no se espresa, al intentarla, alguna justa causa, cap. *ut debitus* 59. *de appell.* Pero Juan de Imol. opina, refiriéndose al derecho civil, que, ni aun espresando la justa causa, podrá apelarse cuando el Príncipe hubiere usado, al otorgar la delegacion, la cláusula de no poder apelarse de la sentencia que diese el delegado. V. al mismo allí col. 6. donde dice que, en tal caso, podria interponerse suplicacion por ante el mismo Príncipe: cuya opinion parece, en rigor, la mas verdadera y conforme con esta nuestra ley. ¿Podria, em-

de fazer ningun Judgador (98), que mandasse oyr pleytos señalados a otro, si non el Rey tan solamente.

LEY 14. *Como se puede tomar alçada de todo el Juyzio, ó de parte del.*

Teniendose por agrauiada alguna de las partes del juyzio que diessen contra ella, non tan solamente se puede alçar de todo, mas aun de alguna partida (99) del, si se quisiere. Pero esto se deue entender, quando la demanda fuesse fecha sobre muchas cosas, e el Judgador le diesse en vnas por quito, e en las otras por vencido. Ca de aquellas que le diesse por vencido, bien se puede alçar; e valdra el juyzio quanto en las otras, de que non se alçara. Otrosi dezimos (100), que si alguno fuesse acusado sobre muchos yerros, e malfeterias que fuessen de sendas guisas (101); si el Judgador le diere por vencido de todos los yerros de que le acusauan, e el se alçare del juyzio de aquella parte, que tañe en los yerros mayores (102), non faziendo mencion de los menores en que era condenado; deue el Judgador recebir su alçada, e non le deue poner pena (103) sobre los yerros menores, fasta que sea librado (104) el pleyto sobre que se alço.

pero, apelarse, cuando el gravámen fuese notorio? Asi lo pretende la Glos. al cap. *ex communi quæstione*, *de restit. spoliat.* vers. *post appellationem*, bien que se refiere al derecho canónico; pues que cita el cap. *ut debitus*: y tal vez ni aun en ese caso se admitiria la apelacion, sino tan solo la suplicacion por ante el Príncipe; mas de todos modos no es esa cuestion fácil de resolver. * V. la adicion á la nota 95.

(98) Conc. d. l. 1. §. ult. D. *a quib. appell. non lic.* sin que obste la l. ult. C. *de sentent.* ya por no estar esta aprobada por nuestro derecho de Partidas; ya por ser susceptible de varias interpretaciones, que pueden verse en los DD. allí y latísimamente en Juan de Imol. á d. §. ult. col. 7. y sigs., por cuyos motivos no puede dicho texto alegarse en contra de lo dispuesto en la presente ley, segun la Glos. al cap. 1. *de constit.* lib. 6. glos. ult. y la Clementin. *sicut*, *de appell.*, hácia el fin, y á tenor de lo que se lee en Jason á la l. 11. col. ult. C. *de testam. milit.* acerca de las leyes, cuyo sentido es ambiguo. Asi, pues, ni aun los legados *a latere* pueden dar comision para conocer de una causa, prohibiendo en ella la apelacion, segun la Glos. á la l. 2. C. *de appell.* y hace al mismo propósito la Glos. notab. y sing. al cap. ult. *de hæret.* glos. mag. vers. *figura*; escepto en el caso prevenido en el cap. *pastoralis* §. ult *de offic. deleg.* en el cual puede hacerlo el inferior al Príncipe; ó cuando semejante comision se hubiese hecho con consentimiento de las partes, como se dispone mas arriba en la presente ley y en la l. ult. §. ult. C. *de temp. appell.*; pudiendo añadirse lo anotado por Bald. á d. l. 2., hácia el fin; y Felin. al cap. 1. col. 1. y 2. *de rescript.* donde, sobre el particular, trae otras varias especies. * V. la adic. á la nota 95.

(99) Conc. cap. *Raynaldus*, 18. *de testam.* y Abb. allí 6. notab.: añad. l. 13. §. 1. D. *de appell.* l. 29. §. 1. D. *de minor.* y Bald. á la l. unic. C. *ne lic. tertiò provoc.*

(100) Conc. l. 1. §. ult. D. *nihil nov. appell. pendent.* cuyo texto ha sido canonizado en el cap. *appellantem* 2. quest. 6. y Glos. y Archid. allí.

(101) Esto es, por diversos y separados delitos, consistentes en hechos tambien distintos, segun lo declaran Alberic. y Paul. de Castr. á d. l. 1. §. ult.

(102) Y ¿si fuesen de igual gravedad, aunque diversos los delitos? Deberia decirse lo mismo que en el caso de ser mas ó menos graves unos que otros, segun la Glos. á d. cap. *appellatione* vers. *graviora*.

(103) Puede entenderse lo dispuesto aqui limitadamente para el caso en que la pena mas leve á que ha sido el reo condenado estuviere comprendida en la mas grave, como la de relegacion ó simple destierro en la de deportacion, segun la Glos. y Archid. á d. cap. *appellatione*, ó entrambas en la de muerte; y puede tambien entenderse que, aun no siendo asi, ó no comprendiéndose la pena menor en la mayor, deberia igualmente suspenderse la imposicion de la primera, mientras estuviese pendiente la apelacion de la segunda, segun la citada Glos. y la razon de esto seria la de facilitar asi al reo su defensa en la instancia de apelacion: para lo cual parece seria indiferente el que la una pena se comprendiese ó no en la otra, pues en entrambos casos obraria la propia razon; por cuyo motivo procederia igualmente lo que se dispone aqui en nuestra ley, no solo cuando la menor pena estuviese comprendida en la mayor, por ej. si un reo condenado por un delito á la amputacion de una mano y por otro á ser decapitado hubiese apelado de esta última condena, sino tambien cuando entrambas penas fuesen independientes una de otra, como cuando, siendo un reo condenado en una causa á dicha amputacion, y en otra á la pena de azotes, hubiese apelado de alguna de las dos, por mas que en este caso pudiesen hacerse efectivas entrambas condenas sin perjudicar la una á la

E si se alço sobre los menores yerros, e malfeterias, e non sobre los otros mayores, non deue recebir (105) su alçada, ante le deue dar pena por los otros yerros, de que se non alço, en la manera quel fuere judgado.

LEY 15. *Como del declaramiento que fiziesse el Judgador sobre algun Juyzio dubdoso, se pueden alçar.*

Dubda acaesciendo (106) entre las partes sobre las palabras del juyzio que fuesse dado entrellos, de manera que cada vno dellos tomassen entendimientos contrarios de sendas guisas; si despues tornassen al Judgador que les dio el juyzio, que les dixesse, qual fue su intencion quando dixo aquellas palabras, e que gelas declare, e el Judgador les dixere su entendimiento; estonce, si alguna de las partes se tuuiere por agrauiada del declaramiento que el Juez fiziere, bien se puede alçar al Rey: e en tal alçada como esta, non han a razonar las partes otra cosa. Fueras ende, si aquel entendimiento, que el Judgador fizo sobre las palabras escuras del juyzio, si fue derecho, o non. Otrosi dezimos (107), que cuando acaeciesse, que los Judga-

otra. Al contrario, empero, sostiene Paul. de Castr. á d. l. 1. §. ult. citando la l. 7. §. 1. D. *de accus.* que, no deberá diferirse la imposicion de la pena menor, cuando esta no estuviere comprendida en la mayor, de la cual hubiere el reo apelado; y lo mismo pretende Bart. á la l. 2. §. ult. D. *de custod. reor.* cuya opinion (á pesar de no poder apoyarse en d. l. citada por Paul. de Castr.) me inclino con todo á creer que seria mas procedente en el caso de no haberse de impedir la prosecucion de la causa de mas gravedad por el hecho de hacerse efectiva la otra condena.

(104) Luego, pues, despues de finida la causa mas grave, no dejará de hacerse efectiva la pena menor que por la apelacion de aquella se habia suspendido. ¿Qué deberia, empero, decirse cuando la pena mayor fuese la de muerte y la otra la de azotes ó amputacion de una mano? En ese caso deberian hacerse entrambas efectivas, á menos que de hecho se hubiese ejecutado primero la de decapitacion, pues entonces, no pudiendo imponerse á un difunto pena alguna, no podria ejecutarse la menor, Glos. vers. *reddendis* á la l. 1. *si pendent. appell. mors interv.* l. 13. y Juan de Imol. allí D. *de publ. jud.*; mas, cuando asi no se hubiese verificado, habria de imponerse primero la pena mas leve; y asi á uno que, por dos distintos delitos, fuese condenado á la amputacion de una mano y á ser decapitado, deberia empezarse por hacerle la amputacion, segun espresa notablemente Bart. despues de la Glos. á la l. 5. C. *de delator.*; aunque lo contrario sostiene Paul. de Castr. á d. l. 1. §. ult. *nihil nov. pendent. appell.* diciendo que no consiente la humanidad el que se impongan otras penas corporales al reo que debe sufrir la mas terrible de todas, cual es la capital; y añade que, si bien no acostumbra observarse asi, cree, con todo, que este es el espíritu de d. l. 1. §. ult.; opinion en efecto mas equitativa; pero que no consiente tal vez el rigor del derecho, atendidos principalmente los términos en que se espresa esta nuestra ley.

Añad. Ang. á la l. 2. D. *de privat. delict.*

(105) Esto es, para el efecto de suspenderse la imposicion de la pena mayor; pues para los demas efectos deberia serle admitida la apelacion, como parece probarlo d. l. 1. §. ult. D. *nihil nov. pendent. appell.*

(106) Conc. l. 4. §. 1. D. *de appell.* y V. Bart. y Ang. allí y notablemente á Bald. á la l. 3. C. *commin. vel epist.* y Jas. á la l. 99. notab. 3. *de verb. oblig.* * Sobre la facultad que, por esta ley, se concede al juez de aclarar las palabras dudosas ó ambiguas de la sentencia, asi como sobre el derecho que tienen las partes de pedir que aquellas sean aclaradas, y el tiempo dentro el cual deben pedirlo, ocurren algunas dudas en vista de esta misma ley y de la l. 3. del tit. prox. antecedente. Pretenden unos que la aclaracion de la sentencia dudosa debe pedirse dentro las primeras veinte y cuatro horas despues de proferida aquella ó notificada á las partes; y otros que podrá pedirse y habrá de concederse dicha aclaracion en cualquier tiempo que ocurriere la duda, ó que por la aubigüedad de la sentencia no se pudiere dar cumplimiento á ella. La primera opinion es la que mas generalmente se ha adoptado en la práctica, y ha sido espresamente autorizada para los negocios ó causas de comercio por el art. 90 de la ley de enjuiciamiento; pero la segunda es mas legal y equitativa, ya por no prefijarse término alguno en la presente ley, ya porque la citada l. 3. del tit. anterior que señala el de veinte y cuatro horas, no habla de aclaraciones de sentencias dudosas, sino de correccion ó enmienda de las mismas, cuando en alguno de sus capítulos se haya padecido error ó equivocacion; ya principalmente porque, como observa D. J. Escriche en su Diccion. de Legisl. y Jurispr. art. *Interpretacion de las sentencias*, en muchos casos no se ofrecerán las dudas á los interesados, sino al tiempo de la ejecucion de la sentencia entendiéndola entonces cada uno en diferente sentido, y pretendiendo tal vez no haberla consentido sino en el que respectivamente les fa-

dores dubdassen, de como darian sus juyzios, e sobre esto, queriendo ser ciertos, embiassen al Rey sus cartas, de como passo el pleyto; si en faziendolas, se agrauiasse alguna de las partes, diziendo que embiauan las razones menguadas, o que acrecien en ellas, o que las ponien de otra guisa que non fueron tenidas; si estonce los Judgadores non lo quisieren endereçar, bien pueden tomar alçada de tal agrauiamiento. E aun dezimos, que si el Rey (108) embiare su respuesta a los Judgadores que le embiaron fazer esta pregunta, mandandoles, como judguen aquel pleyto; maguer ellos despues diessen su sentencia en aquella manera que el Rey les mando, si alguna de las parse tuuiere por agrauiado della, bien se puede alçar al Rey.

LEY 16. *Como los ladrones conocidos, e los otros que son dichos en esta Ley, non pueden tomar Alçada del Juyzio qoe dieren contra ellos.*

Ladrones (109) conocidos (110), e reboluedores (111) de los Pueblos, e los Cabdillos (112), o Mayorales dellos en aquellos malos bollicios; e los forçadores, ó robadores de las virgines, e de las biudas, o de las otras mugeres religiosas; e los falsadores de oro, o de plata, o de moneda, o de Sellos del Rey; o los que matan a yeruas (113), o a traycion (114), o aleue: qualquier destos sobredichos, a quien sea prouado por buenos testigos, o por su conocencia (115)

vorece; de suerte que, ademas de injusto, puede ser muy difícil ejecutarla en ninguno de los dos conceptos encontrados.

(107) Conc. l. 1. §. 1. D. *de appell.* y V. Bart. allí y Glos. á la l. 1. C. *de relat.* * V. las adiciones á la nota 69. tit. 4. y á la nota 74. tit. 23. de esta Part.

(108) Conc. d. l. 1. §. 1. D. *de appell.* segun cierta lectura, y l. 1. pr. D. *quand. appelland. sit.* * Es notable esta disposicion de la presente ley, por la cual se permite apelar de la sentencia dada por un juez ó tribunal, aunque la haya proferido á consecuencia de una consulta elevada al Rey sobre un negocio determinado y de conformidad con la resolucion que este en vista de la consulta hubiere tomado y comunicado al juez ó tribunal consulente.

(109) Trae esta ley orígen de la l. 2. C. *quor. appell. non recip.* y conc. l. 16. D. *de appell.* en cuanto á los ladrones famosos, á los fautores de sediciones y revueltas y á los gefes de faccion, pudiendo añadirse la l. 6. §. 8. hácia el fin D. *de injust. rupt.* En cuanto al rapto de doncellas, conc. l. 1. vers. *sin autem* C. *de rapt. virg.*, en cuanto á los monederos falsos la l. 1. C. *de fals. monet.* y en cuanto á los envenenadores la l. 2. C. *quor. appell. non recip.*; bien que esta última parece exigir que dichos reos sean convictos y confesos; pues el que mata con veneno parece matar á traicion, segun Bald. á la l. penult. *de summ. Trinit. et fid. Cathol.* y á la l. 9. C. *de his quib. ut indign.* Y es muy digno de tenerse presente lo que se dispone en esta nuestra ley; pues con dificultad se encontrarian recopilados en otra parte alguna los casos en que haya de causar ejecutoria la primera condena proferida contra el reo convicto ó confeso. * En el dia ha dejado de observarse lo dispuesto en esta ley de Part., y á los reos de los delitos mencionados en la misma se les conceden los mismos recursos ordinarios que á los demas para reclamar de las sentencias que contra ellos se profieran; á escepcion de los acusados de conspiracion ó maquinaciones directas contra la observancia de la Constitucion, ó contra la seguridad interior ó esterior del Estado ó contra la sagrada é inviolable persona del Rey constitucional, y tambien á los salteadores de camino ó ladrones en despoblado, siendo en cuadrilla de cuatro ó mas, á los cuales está denegado el recurso de suplicacion de la sentencia de vista, bien haya sido esta proferida por los tribunales ordinarios ó por el especial de Guerra y Marina, á tenor de lo dispuesto en la ley de 17. abril de 1821. V. arts. 1. 8. 10. y 32. de la misma.

(110) De estos mismos se habla en la l. 28. §. 15. D. *de pœn.*

(111) V. d. l. 28. §. 3. y l. 38. §. 2. D. *de pœn.* y l. 1. C. *de sedit.*

(112) Gefes de las rebeliones. l. 5. D. *ad leg. Jul. majest.* ó de las sediciones ó tumultos populares, l. 16. D. *de appell.*

(113) Y en órden á los que envenenan á sus parientes presos y encausados, para que con la muerte afrentosa de estos no quede infamada la familia, V. Bald. á la l. 4. D. *de stat. hom.* donde opina que se hacen reos de parricidio.

(114) Tendrá lugar lo dispuesto aqui cuando la traicion haya en realidad ocasionado la muerte: mas si solo hubiere habido conato de matar, aunque alevoso, bien podria en tal caso admitirse la apelacion; porque nuestra ley aqui dice *los que matan.....* y asi exige que se haya seguido la muerte, para que no pueda admitirse el recurso. Sobre esto, empero, no deja de ofrecerse alguna dificultad, atendido lo que se dispone en la l. 5. C. *de Episc. et cleric.* y l. 2. tit. 23. lib. 8. Ordenam. Real.

(115) Esto es, por confesion hecha antes de

fecha en juyzio (116) sin premia (117), que fizo alguno de los yerros de suso dichos, luego que le fuere prouado, mandamos que sea fecha del la justicia que mandan las leyes deste nuestro libro; e maguer se quiera alçar de la sentencia (118) que fué dada contra el, defendemos que non le sea recebida. E esto tenemos por bien, porque los que tales yerros (119) fazen, yerran mucho contra Dios, e a Nos, e contra el pro comunal de los Pueblos.

LEY 17. *De quales Judgadores se pueden alçar, e de cuales non.*

Judgadores son de muchas maneras, segun mostramos en el Titulo que fabla dellos. E por que podrian dubdar algunos, de quales se pueden alçar e de cuales non; queremoslo mostrar en esta ley: onde dezimos, que de todos los Judgadores (120) lo pueden fazer, tambien de los que fueren puestos para librar todos los pleitos, como de los que son para pleytos señalados; fueras ende en aquellas cosas, que de suso diximos en las leyes deste Titulo, de que se non pueden alçar. Mas si Emperador, o Rey (121) diesse juyzio, non se puede ninguno del alçar. E esto por dos razones. La vna, porque ellos non han Mayorales sobre si, quanto es en las cosas temporales (122). La segunda, porque ellos son amadores de justi-

la sentencia, no por la que se hiciese despues de proferida esta, segun la Glos. á la l. 6. D. *de appell.* Bart. á la l. 16. D. d. tit. y Juan de Imol. á la l. 28. §. 1. d. tit. col. 6.

(116) Apruébase con esto la opinion de la Glos. á d. l. 16. D. *de appell.*

(117) Es necesario que esta confesion haya sido espontánea.

(118) ¿Se esceptuaria, empero, el caso en que el reo condenado en virtud de su sola confesion alegase que esta habia sido errónea? Asi parece inferirse de lo anotado por Ang. á la l. 21. D. *de re judic.* pues puede revocarse la confesion aun en la instancia de vista, segun la l. 2. C. *de error. advoc.* y Glos. á la 7. C. *de jur. et fact. ignor.* y por esto se concede el derecho de apelar al reo confeso y no convicto, no por otra razon, sino porque puede revocar su confesion, segun Ang. á d. l. 21., y asi tambien observa Juan de Imol. á d. l. 16. D. *de appell.* que, cuando alguno, despues de haber espontáneamente confesado, apela, no se le admite la apelacion, á menos que esprese la causa, diciendo que la confesion ha sido errónea y ofreciendo probarlo en la instancia de vista, en cuyos términos esplica el cap. *Romana* 3. §. *si autem post sententiam* 5. *de appell.* á diferencia del que es confeso y convicto, al cual no se le admite la apelacion, aunque alegue haber confesado por error, y asi dice deber entenderse la l. 2. C. *quor. appell. non recip.* Segun esto, empero, en nada se distinguirian los reos de los crímenes aqui espresados, de los que lo fuesen de los demas, contra el notorio espíritu de la presente ley, la cual quiere establecer para los primeros una disposicion especial, y diferenciarlos de los demas, segun lo declara tambien Bart. á d. l. 16. de manera que la espresada doctrina de Juan de Imol. no deja de ofrecer alguna dificultad por ser tan absoluta y comprender indistintamente toda suerte de delitos: y asi deberia tal vez entenderse esta nuestra ley de Partida en el sentido de no estar el juez obligado por punto general, á admitir la apelacion en los casos de que se habla en ella, pero pudiendo admitirla si quisiese, esceptuando tan solo el caso en que, al intentar el recurso, se alegase algun error probable padecido al hacer la confesion, en el cual deberia aquel forzosamente ser admitido; y añad. d. Juan de Imol. quien se ocupa mas estensamente de la materia á la l. 28. §. 1. D. *de appell.* col. 5. vers. *ulterius juxta prædicta.*

(119) Y asi es una disposicion especial para los reos de semejantes crímenes la de bastar que alguno de ellos sea convicto y confeso para que tenga lugar lo que en esta ley se dispone; otramente seria necesario que lo estuviesen todos para que no se admitiera el recurso de apelacion, segun d. l. 2. C. *quor. appell. non recip.* * V. la adic. á la nota 109.

(120) Trae esta ley orígen de las ll. 1. y 2. D. *à quib. appell. non lic.* de la *Novell.* 123. *collat.* 9. del cap. *cuncta per mundum* y Glos. allí 9. quest. 3. del cap. *solita* 6. *de major. et obed.* y cap. *ad Romanam* 2. quest. 6. añad. cap. 2. d. quest. 6. y cap. *cum sit Romana* 5. *de apppell.*

(121) Añad. Specul. tit. *de appell.* §. *videndum restat* y l. 1. pr. D. *à quib. appell. non lic.*

(122) Añad. cap. *per venerabilem* 13. *qui filii sunt legit.* y la Glos. al cap. *et si necesse, de donat. int. vir. et uxor.* donde habla limitadamente del Rey de España: y que este no reconoce superior en cuanto á las cosas temporales lo observa tambien Bald. á la l. 5. col. 2. D. *de just. et jur.* y Felin. al cap. *cum non liceat.* col. 4. y sigs. *de præscript.*, donde dice, que son tres los Reyes que no están sujetos al Emperador, á saber, los de España, Francia é Inglaterra, los cuales reconocen por cabeza al Papa, segun el mismo Felin. al cap. *ex litteris* col. 4. *de constit.*

cia, e de verdad, e han siempre consigo sabidores de derecho en su Corte; por que todo ome deue sospechar, que sus juyzios son derechureros, e complidos. Pero bien le puede pedir merced, que vea si ha alguna cosa de endereçar, o de mejorar en aquello que judgo; e que faga y aquello que touiere por bien, e por derecho. E el Emperador, o el Rey, puedenle caber tal ruego, si le quisieren fazer merced, en la manera que adelante (123) mostraremos en las leyes que fablan en esta razon. Esso mismos dezimos del Adelantado mayor (124) de la Corte del Rey, que non se pueden alçar del. E esto es, por la mayoria que ha sobre todos los otros Officiales del Reyno. E otrosi, porque todos deuen creer, que ome que es puesto sobre tan grand oficio, es entendido, e verdadero, e que ha consigo siempre omes sabidores de derecho, e entendidos, e de buen seso natural. Otrosi dezimos, que quando los Juezes de auenencia dan su juyzio contra alguna de las partes que metieron el pleyto en su mano, que non se puede alçar dellos (125) la parte que se touiere por agrauiada. E esto es, porque los auenidores non han poder de judgar, assi como los otros Juezes, si non por auenencia de las partes; nin son tenudos de obedescer, nin de guardar su juyzio, aquellos que andan en pleyto antellos. Fueras ende por miedo de la pena que pusieron entre si. Pero si acaeciesse, que despues que el pleyto es metido en mano de auenidores, alguno dellos se mostrasse manifiestamente por enemigo del demandador, o del demandado, e la parte que esto entendiesse afrontasse a aquel auenidor su contrario, que non diesse juyzio, nin andouiesse mas por aquel pleyto; si despues judgasse, bien puede desfazer aquel juyzio la parte que ansi lo ouiesse primeramente afrontado: otrosi, por razon deste afrontamiento se puede amparar de la pena que le demandasse la otra parte, porque non obedecia el juyzio de los auenidores, assi como auemos mostrado (126) en las leyes que fablan de los Juezes de auenencia.

LEY 18. *A quien se deue alçar la parte que se touiere por agrauiada, del Juyzio que dieron contra ella.*

Agrauiándose alguno del juizio que le diesse su Judgador, puedese alçar del, a otro que sea Mayoral. Pero el alçada deue ser en esta manera; subiendo de grado en grado todavia del menor al mayor, non dexando (127) ninguno entre medias. Onde si alguno se agrauiare del juyzio que le diere aquel que ha de judgar todos los pleytos de alguna Villa, e ouiere alçada a otro Judgador, o a otro lugar, alli deue yr primeramente. E si se sintiere agrauiado de lo que alli mandaren, puedese alçar a otro Mayoral, si lo y ouiere, que haya poder de judgar, e despues al Rey.

(123) Tit. prox. siguiente. * V. lo anotado allí.

(124) Conc. l. 1. §. 1. D. *de offic. præf. præt.* y l. 5. C. *de precib. Imperat. offerend.* l. 1. C. *de sentent. præfect. præt.* y l. 19. hácia el fin de este tit.

(125) Añad. l. ult. y lo anotado allí tit. 4. de esta Part.

(126) L. 31. tit. 4. de esta Part.

(127) Conc. l. 21. *respons.* 1. D. *de appell.* l. 1. §. 3. D. d. tit. l. 32. C. *de appell.* cap. *dilecti filii Prior.* 66. cap. *Romana*, *respons.* 1. d. tit. y añad. lo anotado por Bart. á d. l. 1. §. 3. col. 2. y 3. y Abb. á d. cap. *dilecti filii*, donde pone nueve casos en los que es lícito apelar al superior, omitidos los jueces intermedios; y añad. tambien el texto de la Novell. 71. *collat.* 5.; siendo de notar que la apelacion interpuesta en dichos términos siempre debe admitirse, cuando no sea escepcionada, y tambien cuando haya llegado á ser costumbre el interponerla asi, V. Abb. al cap. *referente*, *de præbend.* * Nótese, empero, que la apelacion interpuesta por ante un juez ó tribunal superior que no sea el inmediato, aun cuando se admitiere, á tenor de lo que espresa el Glosador en la presente nota, no deberá entenderse admitida para que pueda conocer de ella dicho superior á quien nó corresponde, sino para el preciso efecto de no quedar la sentencia consentida por la parte que asi hubiere apelado de ella y de poder utilizarse de la misma ante el superior competente. Y aun asi dudamos que la espresada doctrina de Gregor. Lopez y de la presente ley esté admitida en la práctica de nuestros tribunales. Por lo demas, hoy deben interponerse las apelaciones de los jueces ordinarios de primera instancia por ante las audiencias respectivas, las cuales conocen tambien de las que se interponen de los tribunales de comercio y de los subdelegados de rentas; no conociéndose ya en el dia las apelaciones para ante los ayuntamientos que en los negocios comunes de menor cuantía estaban establecidas por el art. 41. del Reglam. prov. para la admin. de just. V. art. 43. de d. Reglam. arts. 1178., 1179. y 1180. del Código de comercio, Reales Ordenes de 31 diciembre de 1831., 12 noviembre de 1833., 27 noviembre de 1835. y Orden de la Regencia provisional de 20 febrero de 1841. y art. 14. l. 10. enero de 1838.

Pero si alguno quisiesse luego tomar la primera alçada para el Rey (128), ante que passasse por los otros Juezes, decimos que bien lo puede fazer. E esto, porque el Rey ha Señorio sobre todos, e puedelos judgar: mas si alguno se alçare por yerro a otro, que sea Mayoral que aquel a quien se deuiere alçar, o que fuesse egual (129) de aquel que le auia judgado, vale el alçada; non porque el deua judgar el pleyto, mas deuelo embiar al otro, que ha derecho de judgarla. E si se alçare a otro, que sea menor que aquel de quien se alço, tanto vale como si non se alçasse. Esso mismo dezimos del que fiziere alçada a otro

(128) Y lo propio procederá respecto del Papa, segun el cap. *ad Romanam* 6. y cap. *si quis putaverit* 15. 2. quest. 6. cap. *si duobus* 7. *de appell.* y Specul. d. tit. §. *nunc tractemus*, el cual, empero, añade allí mismo que es digno de ser bendecido el emperador que, á pesar de ser señor del mundo, no permite que se apele directamente á él, omitiendo los tribunales intermedios, en perjuicio de estos y en menoscabo y con mayores gastos de los litigantes. Tal vez, como dice Bart. á d. l. 1. §. 3. col. 2. D. *de appell.*, habia hecho uso el Papa de aquella prerogativa, para que fuese mas frecuentada su Curia; deseo que no han tenido los Emperadores: pero no puede afirmarse que este fuese el motivo, sino el de ser el Papa juez ordinario de todos en general, segun el cap. *cum nobis olim* 19. *de elect.* y el de recurrir todos á él como al padre comun; verificándose lo mismo con sus Legados, segun la Glos. al cap. 2. *de consuetud.* cuya opinion dice Abb. á d. cap. *cum dilecti* ser la mas general, y lo mismo observa Specul. á d. §. *nunc tractemus* col. 4. vers. *sed numquid*: é igual razon da aqui relativamente al Rey, esto es, la de ser juez ordinario de todos, con las palabras *ha señorio sobre todos*; en cuyo sentido puede resolverse la cuestion de si en los territorios señoriales puede el Rey conocer en primera instancia; la cual decidia por la negativa Bald. á la l. 1. col. 5. versic. 43. *quæritur* D. *de rer. divis.* espresando que si el señor de un castillo lo ha dado en feudo, no podrá conocer en primera instancia de las causas de los rústicos de su territorio, porque debe ser preferido á él el donatario que tiene los derechos útiles y el ejercicio y utilidad de los mismos. La presente ley, empero, parece probar lo contrario, declarando que el Rey es juez ordinario de todos, como está declarado respectivamente al Papa, el cual, como padre comun y padre de los padres, concurre con todos los prelados en la jurisdiccion y en la potestad, segun Bald. al cap. 1. pr. *quis dicatur Dux*, *Marchio*, *Comes*, y lo prueba el cap. *quia diversitatem* y Abb. allí col. 2. *de concess. præbend.* pues tambien el Príncipe es Adelantado de cada una de las provincias de su reino, segun d. l. 1. §. 3. D. *de appell.* y asi en cualquier territorio, aun de los concedidos por donacion, donde él quiera, podrá ejercer su jurisdiccion, aun en primera instancia, por sí mismo ó por otro; bien que no seria decoroso que lo hiciese indiferentemente en todos, antes obraria entonces contra lo que espresa S. Gregor. al cap. *ecce* 99. dist. y contra lo dispuesto en el cap. *pervenit* hácia el fin 11. quest. 1. y lo anotado por Abb. á d. cap. *quia diversitatem*. Pero, en los territorios señoriales ¿será lícito apelar tambien directamente al Rey, omitiendo el hacerlo por ante los señores de los mismos territorios? Asi parece deberá decirse á tenor de la presente ley; y aunque la ley del Ordenamiento de Juan I en Guadalajara, (Era 1390) establece que, en semejantes territorios, debe interponerse la primera apelacion á los señores de los mismos y de ellos al Rey, con todo, esto no es mas que la régla general, y efectivamente debe hacerse, salva la facultad que cada uno tiene de acudir al Rey directamente y sin intermedio; y asi en la práctica se observa; V. lo anotado á la l. 2. tit. 1. Part. 2. y V. en la l. 4. tit. 24. de la misma Part. 2. los casos en que no es lícito apelar directamente al Rey, sin hacerlo antes con los jueces ó tribunales intermedios. * La disposicion á que se refiere el Glosador en la presente nota acerca la suprema jurisdiccion que compete al Rey aun en los lugares sujetos á señorío la encontramos repetida en la l. 1. tit. 1. lib. 4. Nov. Rec. Pero es por demas que nos detengamos en hacer sobre el particular observacion alguna, estando como están abolidos é incorporados á la Corona todos los señoríos jurisdiccionales.

(129) Adviértase esto bien; porque, la Glos. vers. *minorem* y vers. *vel parem* á la l. 1. §. 3. D. *de appell.* de la cual trae orígen la presente, entiende lo dispuesto aqui como si dijera ante un juez igual á aquel que ha de juzgar la instancia de apelacion, no al que ha juzgado la primera, con cuya opinion se conforman Bart. Alberic. y comunmente los DD. fundados en el texto de la *Novell.* 23. cap. 4. *collat.* 4. pues si alguno apelase por ante un juez igual al que hubiese proferido la sentencia, no valdria la apelacion, segun los mismos y señaladamente Paul. de Castr. quien lo declara aun mas abiertamente. Lo contrario, empero, se establece en la presente ley, esto es, que tambien seria válida semejante apelacion, lo cual debe tenerse muy presente; y asimis-

de cuyo Señorio non es (130), nin le ha poderio de judgar: ca tal yerro nol escusa, maguer semeje, que non finco por el de seguir su pleyto.

LEY 19. *Quien deue oyr las Alçadas que fueren hechas para el Rey*

Alçadas que los omes fizieren al Rey, de los otros Judgadores de quien se pueden alçar, deuenlas oyr (131), e librar aquellos que y judgan cotidianamente en su Corte. Pero si fuere el alçada del pleyto que vala de quinientos marauedis arriba, non la deuen estos oyr, a menos de los otros Mayorales a quien se alçan las partes, de los juyzios que estos mismos judgan. Mas si alguno se alçare de aquellos que oyen los pleytos cada dia en Casa del Rey, a los otros Mayorales que han de oyr las alçadas, si fuere el alçada sobre pleyto que vala de cinco mil marauedis arriba, como quier que ellos sean tenudos de librar las alçadas, que fazen a ellos de los otros Judgadores, non deuen tal como este oyr, a menos de auer acuerdo con el Rey (132). E esto mandamos por honrra del Rey: e si el non lo pudiere oyr, por algunas priessas, o embargos que aya, deuense acordar con los mayores omes, e mas sabidores de derecho, que ouiere en la Corte, porque lo que fiziere, sea mas con recabdo, e mas firme. Otrosi dezimos, que si alguno se agrauiare del juizio del Adelantado mayor, como quier que non pueda tomar alçada del, bien puede pedir merced al Rey (133), que lo libre, o que mande al Adelantado, que lo enderece, o mejore aquel juyzio.

LEY 20. *Como las alçadas, e los pleytos que las biudas, e los huerfanos, e las otras tales personas aduxeren a la Corte, que el Rey los deue judgar.*

Biudas (134), o huerfanos, si ouieren alçadas, o otros pleytos, por que ayan de venir a la Corte del Rey, el los deue judgar. E esto es, porque maguer el Rey es tenudo de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo deue fazer a estos, porque son assi como desamparados, e mas sin consejo que los otros. Esso mismo dezimos de los otros que son tan pobres, que non han valia de veynte marauedis (135). E de los que fueron ricos, e honr-

mo que tendria efecto la que se interpusiera ante un juez inferior al que debiese conocer en grado de vista, con tal que no lo fuese tambien respecto del que hubiese proferido el fallo apelado, como se añade luego *e si se alzare a otro, que sea menor* etc., contra lo que pretendian la Glos. y DD. á d. l. 1. §. 3. y por esto es muy digna de notarse la presente ley que parece aprobar la primera opinion citada de la Glos. vers. *minorem* y vers. *consules* hácia el fin, á pesar de ser impugnada comunmente por los DD. allí.

(130) Nótese bien lo que se dispone aqui que limita en gran manera lo establecido en esta misma ley y en d. l. 1. §. 3. D. *de appell.* y eso es tal vez lo que opinaba la Glos. allí, vers. *ordinarium tamen.*

(131) Por derecho comun eran jueces de apelacion aquellos de quienes se habla en la l. 32. D. *de appell.* Entre nosotros, empero, se observa en el dia lo dispuesto en las leyes del *Ordenamiento* y *Ordenanzas de Medina*, respecto de las apelaciones que se interponen por ante el Rey de los fallos dados por los jueces del reino ó de su Córte. * V. las ll. del tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. art. del reglam. prov. y demas disposiciones citadas en la adicion á la nota 127.

(132) Nótese bien esto; porque los negocios de mucha gravedad no deben decidirse por los jueces superiores de la Córte, sino á consulta con el Rey. En el dia, empero, se observan dd. ll. del *Ordenam.* y *de Medina;* de donde tal vez se ha originado la práctica de consultar los Consejeros Reales al Rey antes de fallar los negocios muy árduos ó que vierten entre personages elevados: y lo mismo venia á decir Bald. á la l. 1. C. *nov. vectig. instit. non poss.* ó sea que en los negocios árduos comete el Príncipe el exámen y conocimiento, pero se reserva la *deliberacion.* * Refiérese aqui el Glosador á lo establecido en la l. 17. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec. de lo cual nos hicimos cargo en la adicion á la nota 69. tit. 4. de esta Part. V. lo dicho allí con lo anotado á la l. 15. del presente tít. y nota 114. tit. prox. anteced.

(133) Añad. l. 17. de este tit, y l. 4. tit. 24. de esta Part. siendo de advertir que esa suplicacion ha de ser dirigida al Rey; y sin mandado de este no podria conocer de ella el Adelantado; contra lo que pretendian los DD. por derecho comun fundados en la autent. *quæ supplicatio, de precib. Imperat. offerend.* y V. Alberic. allí; no obstante que, segun la l. ult. tit. 24. de esta Part. tambien puede dirigirse la suplicacion al Adelantado, y conocer este de la misma.

(134) Trae esta ley su orígen de la l. unic. C. *quand. Imper. int. pupill. et vid.* de la *Novell.* 86. *collat.* 6. 1. *respons.* de lo anotado al cap. *ex tenore* 11. y cap. *ex parte B.* 15. *de for. compet.* y añad. l. 5. tit. 3. y l. 41. tit. 18. de esta Part..

(135) Hé aqui, pues, quienes sean los con-

rados, e despues vienen a pobreza (136), en manera que el Rey entienda, que son muy descaydos del estado en que solian ser; o de aquellos que son muy viejos (137), e vienen por si a librar los pleytos. Ca por tales como estos, quando se alçaren a el, piedad le deue mouer, para librarlos el mismo, o les dar quien les libre luego. Otrosi dezimos, que si por querella de alguno mandare el Rey a otro por su carta, que oya aquel pleyto de que se le querellaron, o que le judgue; si alguna de las partes se agrauiare de su mandamiento, o de su juyzio, non se deue alçar a otro ninguno fueras al Rey (138) que lo mande fazer.

LEY 21. *A quien se deuen alçar de los Juyzios que dan los Judgadores, que son puestos para pleytos señalados.*

Delegado tanto quiere dezir, como Juez que es puesto para oyr algunos pleytos señalados, asi como ya diximos en el Titulo que fabla de los Juezes. Onde dezimos, que quando tal Juez ouiesse de librar algun pleyto por mandado del Emperador, o del Rey, e lo encomendasse a otri, si este á quien fue encomendado diesse juyzio sobre aquel pleyto; la parte que se sintiesse agrauiada del, bien se puede alçar a aquel Juez (139) delegado que gelo mando oyr. Mas si el mismo lo oyesse, e lo librasse, e non lo encomendasse a otro; estonce la parte que se agrauiare, debe tomar

siderados como pobres. Por derecho comun se consideraban como tales, tratándose de negocios que no pudiesen irrogar grandes perjuicios, á los que la pública opinion reputaba por pobres; pero en negocios de mucha trascendencia se dejaba la calificacion al arbitrio del juez, segun Bald. á la l. 24. princ. col. 4. D. *solut. matrim.* donde esceptua de lo dicho aquellos casos en que la ley ha determinado la cuantía de los haberes que deben poseerse para no ser considerado en clase de pobre, como en la l. 10. D. *de accusat.* §. 3. Instit. *de succes. libert.* §. 6. *Instit. de excus. tut.* V. Alex. allí y lo anotado por Bald. á la l. 49. col. 2. C. *de Episc. et cleric.* Bart. á la l. 8. D. *de accus.* y *Præpos.* al cap. *quo jure* 8. *distinc.* Glos. á la *Novell.* 1. cap. 2. vers. *substantiam, collat.* 1. Juan de Plat. á la l. 5. C. *de decur.* Ang. tratad. *malefic.* vers. *necnon ad querelam.* Téngase, empero, presente lo que se dispone en esta ley; aunque, atendidas las costumbres actuales, creeria que todo debe dejarse al arbitrio del juez. En órden á cuál de los litigantes incumba el justificar la pobreza, V. Glos. á la l. 5. §. 1. D. *qui satisd. cog.* Juan de Plat. á la l. ult. C. *de his qui numer. liber.* y á la l. 4. C. *de fabricens.* Abb. al cap. *bonæ*, col. 6. *de elect.* y añad. que el ir mal vestido se considera prueba de pobreza, segun Alberic. á d. l. 5. y acerca los demas modos de justificarla, V. al mismo allí. * En órden á lo anotado aqui por el Glosador sobre cuáles sean los que deben ser considerados como pobres para el efecto de disfrutar de los beneficios que las leyes conceden á los de esta clase, y cuál sea la justificacion necesaria para impetrar semejante calificacion, V. hoy la Real Orden de 30 setiembre de 1834. el Real Decreto de 26 setiembre de 1835. Reales Ordenes de 29 noviembre de 1837. y 20 setiembre de 1839. y art. 626. de los aranceles generales de 2. de mayo de 1845.

(136) Por esto observa Boet. que el pobre mas infeliz es el que antes ha sido acomodado; V. Glos. al cap. *sunt qui arbitrantur*, *de pœnit.* dist. 1.

(137) V. lo anotado á d. l. 41. tit. 18. de esta Part.

(138) Conc. l. 1. D. *quis et á quo appell.* y V. cap. 27. §. *porrò*, *de offic. deleg.*; reprobándose aqui la opinion de la Glos. á d. l. 1. §. 1. donde pretende que del delegado del Príncipe no debe apelarse al Príncipe mismo; sino á los jueces, de quienes se habla en la l. 32. E. *de appell.* doctrina que contradice Bart. allí, dando solucion al argumento sacado de d. l. 32. Por derecho, empero, de nuestro reino las causas de los delegados del Príncipe van por apelacion á la Chancillería, cap. 3. *Ordenanzas de Medina.* * D. cap. 3. de las Ordenanzas de Medina forma la l. 10. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec. V. la adicion á la nota prox. sig.

(139) Trae esta ley orígen de los caps. 27. §. *porrò*, 28. y 43. *de offic. deleg.* de la l. *judice* D. *de jurisd. omn. jud.* l. 5. C. *de judic.* [No hay en d. tit. del Digesto ley alguna que empiece por la palabra *judice* ni concuerde con la presente de Part.] y cap. 62. *de appell.* hácia el fin. Conc. l. unic. C. *qui pro sua jurisd.* y, respecto del caso que mas abajo en esta misma ley se espresa, conc. l. 1. §. ult. D. *quis et à quo appell.* Pero ¿procederá lo dispuesto aqui y en d. l. unic. indistintamente, ya hubiere el delegado del Príncipe subdelegado á otro para conocer de toda la causa en general, ya tan solo para conocer de una parte de ella? Bart. á d. l. unic. §. 1. observa que en esto debe procederse con distincion, opinando que por derecho civil deberá decirse lo mismo en ambos casos, mas nó por derecho canónico, por referirse d. cap. 27. §. *porrò* esclusivamente á la subdelegacion general para toda la causa, cuya disposicion pretende el mismo allí ser mas conforme á la ra-

alçada del al Emperador, o al Rey, assi como diximos en la ley ante desta. E si tal Juez como este ouiesse mandamiento de alguno de los Juezes que dizen ordinarios, para librar algun pleyto señalado, si despues que fuesse començado por respuesta (140) delante el, lo encomendasse a otro, e este a quien fuesse assi encomendado diesse juyzio sobre el pleyto; estonce dezimos, que la parte que se ouiere por agrauiada del, que se deue alçar al Juez ordinario (141), e non a aquel que gelo mando oyr.

LEY 22. *Quando, e en que manera, e fasta quanto tiempo se puede tomar el Alçada.*

Cumple mucho a los omes, de saber quando, e en que manera se deuen alçar de los juyzios que fueren dados contra ellos, si se sintieren por agrauiados. E porende lo queremos aqui mostrar, e dezimos, que luego (142) que fuere dado el juyzio contra alguno, se puede alçar, diziendo por palabra (143): Alçome; e abondale, maguer non diga a quien se alça (144), nin porque razon. Ca entiendese que se alça para aquellos Mayorales que lo han en poder de judgar. Mas si estonce, luego que fue dado el juyzio, non se alçasse, non lo podria despues fazer por palabra; ante lo deue fazer por escrito (145), desdel dia que fue dada la sentencia contra el fasta diez dias (146), e tal escrito como este

zon, que la de las leyes civiles: pero Abb. allí sostiene por el contrario que ninguna diferencia hay en esta parte entre lo dispuesto por derecho canónico y por el civil, y que antes bien está el uno aclarado por el otro; opinion, en mi concepto, mas plausible que la de Bart., á pesar de espresarse nuestra ley aqui sin distincion de casos. Y, en órden á lo que deberia decirse cuando el delegado, al hacer la subdelegacion, se hubiese reservado únicamente la ejecucion, V. cap. *si delegatus* 7. *de offic. deleg.* * V. la l. 10. tit. 1. lib. 5. y l. 13. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. donde se establece que las apelaciones de los jueces delegados hayan de ir precisamente á las Chancillerías ó audiencias, que son en la actualidad los únicos tribunales de apelacion en los negocios comunes segun se ha dicho en la adicion á la nota 127. de este tit.

(140) Pues otramente no podria subdelegar, l. 19. tit. 4. de esta Part.

(141) Conc. d. l. 1. §. 1. D. *quis et à quo appell.*

(142) Conc. l. 14. C. *de appell.* vers. *illicò* y la Glos. á la l. 2. D. d. tit. entiende que puede apelarse á cualquier hora del dia en que se hubiere proferido la sentencia, aunque el juez haya dejado ya de actuar en el mismo pleito, mientras esté todavía sentado y juzgando en el tribunal. Bart. sostiene que solo se puede apelar [esto es, de palabra] mientras el juez no haya dejado de actuar en el mismo proceso y por consiguiente estando aun sentado en el tribunal, y asi dice observarse en la práctica comunmente: pero Juan de Imol. pretende allí que bien puede sostenerse la citada opinion de la Glos. pues, apelándose en el mismo dia, ya se apela *desde luego.* Creo, con todo, mas exacta la doctrina de Bart. adoptada tambien por Specul. principalmente atendidos los términos en que se espresa nuestra ley aqui, *luego que fuere dado el juyzio* y mas abajo *mas si estonce luego*, etc.; y añad. d. Specul. tit. *de appell.* §. *qualiter* pr. * Como se dijo en la adicion á la nota 31 del tit. prox. antecedente, era tanta la importancia que daban nuestras leyes al acto de la citacion para sentencia, y tan estrecha la obligacion que imponian á los litigantes de comparecer á oir como aquella se proferia, que por esta nuestra ley de Part. se privaba del derecho de interponer el recurso de apelacion *de viva voz* á los que no estaban presentes al proferirse la sentencia, ó no habian comparecido ante el juez antes de levantarse este del tribunal. La l. 2. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. todavía mas rigurosa les privaba absolutamente de apelar, siempre que la sentencia hubiese sido proferida en el mismo dia que al efecto se habia señalado y para el cual se habia citado á las partes. En el dia, empero, habiendo dejado de observarse la formalidad de comparecer las partes á oir como se profiere la sentencia, y siendo muy raro el que se señale dia para proferirla, aunque se cita á las partes para conocimiento, ha caido tambien en desuso lo dispuesto en dd. ll. y se permite á las partes apelar *de viva voz* de las sentencias, mientras lo hagan en el acto mismo de serles estas notificadas.

(143) Añad. l. 2. D. *de appell.*

(144) Apruébase aqui la opinion de Specul. tit. *de appell.* §. *nunc tractemus* col. penult., hácia el fin, vers. *sed quid si quis* y lo mismo pretende Bart. á la l. 1. §. 3. col. 2. D. d. tit. citando la l. *qui Romæ* §. penult. D. d. tit. y lo confirma la l. 2. D. allí.

(145) Conc. l. 1. §. 4. y l. 5. hácia el fin D. y l. 14. C. *de appell.*

(146) Conc. autent. *hodie* C. *de appell.* y estos dias corren de momento á momento: V. Bart. á d. autent. siendo de notar que hoy por las ll. de los *Ordenamientos* debe interponerse la apelacion dentro del quinto dia, l. 2. tit. 16. lib. 3. *Ordenam. Real.* [l. 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.] Y ¿qué deberá decirse cuando el juez no se hubiere dejado ver en todo ese término? V. l. 1. §. 7. y Bart. allí D. *quand.*

deue ser fecho en tal manera (147): Yo fulano, sintiendome por agrauiado de la sentencia, que distes vos, Fulano, contra mi, por tal ome mi contendor sobre tal cosa (nombrandola señaladamente) alçome al Rey, o a los Judgadores que han de oyr las alçadas por su mandado, e pido que me dedes vuestra carta (148) para el, e el traslado de la sentencia, e

appell. sit. y añad. que, cuando el adversario del apelante negare que el recurso se haya intentado dentro del término legal no está obligado á probar dicha negativa, segun Bart. á la autent. *hodie* C. *de appell.* y aunque, habiéndose apelado fuera del mismo término, no haya hecho el adversario oposicion, antes, prosiguiendo ambas partes la instancia de vista, se hubiere llegado en ella á proferir sentencia, no será esta válida, segun Bald. allí, fundándose en la Clementina *si appellationem*, *de appell.*, el cual á la autent. *ei qui* C. *de tempor. appellat.* hasta opina que, ni aun consintiéndolo las partes, puede prorogarse el término concedido para apelar. Mas, si dentro del mismo ocurriere el fallecimiento de alguna de las partes, ¿hasta qué tiempo podrán apelar sus herederos? V. Bald. á la l. ult. C. *si pendent. appell. mors interv.*; pudiéndose, por lo demas, interponer la apelacion hasta en dia feriado; V. Bart. á d. autent. *hodie* princ. col. 4. Y, en órden al caso en que el gravámen inferido á la parte fuere sucesivo, como si se la detuviese en la cárcel injustamente, V. Specul. tit. *de appell.* §. *restat* vers. *nota* y señaladamente el cap. *ex parte* 47. *de appell.* y Bald. á la l. 2. C. *de Episc. audient.* * Los cinco dias que concede para apelar la ley recopilada está espresamente declarado en la misma que han de contarse de momento á momento incluyéndose en ellos el *en que fuere dada la sentencia*, ó lo que es lo mismo, el en que hubiere sido notificada, como lo espresa la l. 2 del mismo tit. y lib. Nov. Rec. A pesar de esto, empero, y de haberse prevenido en el art. 4. del Reglam. prov. para la admin. de justicia que los jueces hayan de observar y hacer que se observen las leyes recopiladas, bajo su responsabilidad y sin que pueda servirles de escusa práctica alguna en contrario, se ha arraigado, con todo, la de admitir las apelaciones que se interponen en el último dia de los cinco siguientes a la notificacion de la sentencia; sin que haya bastado para desterrarla la publicacion del Reglam. ni la circunstancia de ser tan abiertamente contraria á una de las mas claras y terminantes disposiciones de nuestras leyes de procedimientos: siendo digno de notarse que los mismos Autores del Reglamento tan celosos de la observancia de los *sencillos trámites* y *perentorios términos* señalados por las leyes recopiladas contribuyeron tal vez indirectamente á que se perpetuara la abusiva práctica que antes se ha mencionado, por cuanto, lejos de recomendar especialmente la perentoriedad del término legal para apelar, como lo hicieron con los establecidos para contestar la demanda, oponer y probar las escepciones y reconvenciones y presentar los escritos de réplica y dúplica (regla 2ª art. 48) no solo pasaron el primero en silencio, sino que al hacer mencion de él, aunque por incidencia y refiriéndose á dos casos particulares, lo hicieron con la espresion de que hubiese de interponerse el recurso dentro de los dos ó respectivamente de los cinco dias *siguientes al de la notificacion de la sentencia*: esto es, dentro los dos dias cuando fuere la sentencia proferida en alguna causa criminal sobre delito liviano, como lo dispone la regla 14 art. 51 y como debe observarse aun en la actualidad, y cinco dias, cuando lo fuere en un pleito cuya cuantía no esceda de cuarenta mil maravedis, á tenor de lo dispuesto en la regla 1ª art. 42 de d. reglam. derogado posteriormente por la ley de 10 de Enero de 1838 sobre pleitos o negocios de menor cuantía, la cual, empero, ha conservado el mismo término comun de los cinco dias para apelar de las sentencias que en los espresados negocios recayeren sin espresar que haya de contarse ó dejarse de contar el de la notificacion. La ley de enjuiciamiento para los negocios de comercio resuelve esta cuestion en sentido contrario á la ley recopilada, estableciendo en su art. 68. que «el dia de la noti«ficacion no se cuenta en término alguno legal: «pero sí el del vencimiento.»

(147) Conc. l. 1. § 4. y ll. 2. y 3. D. *de appell.* sin que, al apelar de una sentencia definitiva, sea necesario espresar las causas en que se funda la apelacion; l. 3. § ult. Glos. y DD. alli D. d. tit. y lo mismo se establece por nuestra ley aqui. * V apéndice á este tit.

(148) Esto es lo que se llama pedir los *apóstolos* [ó compulsorios] los cuales, aunque no se pidan en el mismo escrito de apelacion, pueden pedirse despues, segun la Glos. Bart. y Juan de Imol. á d. l. 1. §. 4. D. *de appell.* V. Clementin. 2. d. tit. l. 24. C. d. tit. y l. 1. D. *de libell. dimissor.* * En el dia no hay necesidad de pedir el compulsorio ó testimonio para comparecer ante el superior á mejorar la apelacion, estando, como está, espresamente prevenido en los arts. 49. y 50. del Reglam. prov. para la admin. de just. que los jueces inferiores hayan de remitir los autos originales á la superioridad desde luego de admitida la apelacion cuando lo hubiere sido lisa y llanamente ó en ambos efectos (V. el apéndice á este tit.) y luego de ejecutada la sentencia apela-

de los actos del pleyto como pasaron ante vos. E quando diere el escripto, deuelo leer ante el Juez, si lo quisiere oyr, o le fallare en lugar que lo pueda fazer; e si non le fallare, o se recelare del, temiendose (149), que le querra facer mal, o deshonrra, porque se alça de su sentencia, deuelo leer publicamente ante omes buenos, faziendo afruenta dellos como se alça de aquel juyzio.

LEY 23. *Fasta quando deuen seguir el Alçada.*

Seguir deue la parte el alçada, quando la tomare, al plazo que le pusiere el Judgador. E si por auentura el Juez non pusiesse plazo a que la siguiesse, mandamos que sea tenudo el que se alço, de seguir el alçada fasta dos meses (150); e si en este tiempo non la siguiere, finque el juyzio, de que se agrauio, por firme. Otrosi dezimos, que si la parte que se alço, non pareciesse antel Juez del alçada al plazo que le fue puesto, ni siguiesse el alçada por si, nin por su Personero, el juyzio de que se alço vala, e peche las costas a la otra parte, que parecio antel Judgador. E si la parte que tomo el alçada, la siguiere, e la contraria (151) non, el Juez del alçada vea las cartas, e oya las razones, e judgue aquello que entendiere, que es derecho, e non lo dexe de judgar, maguer la otra parte (152) non fuesse y, si ouo plazo a que pareciesse. E si por auentura non lo ouiesse auido, deuelo emplazar, que venga seguir el alçada, e a oyr

da, cuando hayan admitido la apelacion al solo efecto devolutivo, y la parte apelante no hubiere pedido antes, como puede hacerlo, que se remitieran aquellos en compulsa.

(149) Conc. ll. 1. y 2. C. *de his qui per met. jud. non appell.*; y, acerca del modo como debe hacerse constar el miedo, ó peligro de ser atropellado, V. lo anotado por Bart. á la l. 5. §. 7. D. *de oper. nov. nunciat.* y l. 27. de este tit. hácia el fin con lo anotado allí.

(150) V. *Novell.* 82. cap. 6. *collat.* 6. y l. 1. C. *de temp. appell.* Hoy, empero, por las leyes de Ordenamiento (l. 8. tit. 16. lib. 3. *Ordenam. Real*, mandada observar por la l. de *Madrid* cap. 34.) está prevenido que no deban esperarse esos dias de Corte ó de los pregones; sino que al apelante, siendo de los puertos allende se le conceden 40 dias, y 15 si reside de puertos aquende. ¿Qué deberá, empero, decirse cuando el apelante dentro de ese término hubiere enviado á un procurador para proseguir la instancia de apelacion, y este hubiere comparecido, pero sin presentar los poderes? Abb. al cap. *de constitutis*, *de procurat.* 4. notabl. dice, refiriéndose á un caso semejante, que no seria eso suficiente, y lo funda en el texto de d. cap.: V. lo anotado por Roch. en su tratad. *de jur. patron. charta* 7. col. 2. vers. *honorificum* versic. 2. q.: y aun en las causas criminales parece que estaria el reo obligado á comparecer dentro de los espresados términos, á menos que le escusase su pobreza de no haberlo hecho, Bald. á la l. 2. §. 3. hácia el fin D. *si quis caution.* pues en los negocios criminales se procede á ejemplo de los civiles, l. 5. D. *de pœn.* V. Bald. á la l. 1. C. *de requir. reis* bien que jamas he visto observado en la práctica el que se declarase desierta una apelacion en lo criminal, por no comparecer el reo á proseguirla. * Conc. con esta ley de Part. las ll. 3. y 4. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. en las cuales se previene que haya de comparecer la parte que ha apelado ante el tribunal de apelacion dentro el plazo que el juez le hubiere al efecto señalado, ó en caso de no haberlo hecho, dentro cuarenta dias si fuere de allende los puertos, y quince, si de puertos aquende; y no verificándolo asi, que *finque firme la sentencia apelada*, y sea declarada por desierta la apelacion, sin necesidad para ello, de esperar los nueve dias llamados de Corte y los tres de pregones, ni de acusar la rebeldía de los dichos nueve dias. Mas, á pesar de esta terminante disposicion de las citadas leyes no derogadas por otra posterior, en algunos tribunales no se acostumbra declarar desiertas las apelaciones por la incomparecencia de las partes apelantes; y lejos de ello, se las cita á estas por retardado, cuando, no habiendo comparecido, solicita la parte apelada la desercion; y si, á pesar de esto, no comparecen todavía, se les señalan los estrados, y se sustancia en su rebeldía la segunda instancia; sin que, por muy laudable que sea el favorecer en lo posible el sagrado derecho de apelacion, hayamos podido comprender jamas en qué razon plausible se funda una práctica tan abiertamente contraria á las leyes. En las causas criminales no tiene lugar lo que se acaba de decir, porque, como las sentencias que en ellas se profieren, apelen ó nó de las mismas los interesados, han de consultarse siempre á la superioridad, disposic. 14. art. 51. del Reglam. prov. para la admin. de just., es consiguiente que haya de sustanciarse de oficio la segunda instancia, aunque aquellos no hayan comparecido.

(151) Añad. l. ult. §. 4. C. *de temp. appell.* y *Novell.* 49. pr. *collat.* 5. V. Bart. * V. l. 6. d. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop.

(152) Añad. l. 3. tit. ult. lib. 2. Fuero de las leyes; y autent. *ei qui appellat.* C. *de temp.*

el juyzio. E si despues non viniere, el Juez deue librar el pleyto del alçada, como viere por derecho. E si acaeciesse, que ninguna de las partes non siguiesse el alçada a los plazos (153) sobredichos, mandamos que sea valedero el juyzio sobre que fue tomada el alçada, e que non peche las costas la vna parte a la otra.

LEY 24. *Como en el tiempo de los plazos que los omes han para alçarse, o para seguir el Alçada, se deuen contar los dias feriados.*

En el tiempo de los plazos, que los omes han para alçarse, e para seguir sus alçadas, tambien deuen y ser contados los dias feriados (154) como los otros: e si alguno se alçasse en tiempo que non lo deuia fazer, o siguiesse el alçada despues que fuesse passado el tiempo a que la deuia seguir, si la otra parte fuere presente delante del Judgador del alçada, puede dezir contra el, que non deue ser oydo, e deuese cumplir la sentencia del primero Judgador; e si la parte non estuuiesse delante, el Judgador de su oficio (155) puede dezir esso mismo; si supiera ciertamente, que se alço en el tiempo que non deue, o que queria seguir el alçada despues que es passado el tiempo a que la deuia seguir (o) el Judgador non lo deue oyr. Empero, si el tiempo en que deuia seguir el alçada passasse, porque el Judgador (156) non le pudiesse oyr, o non quisiesse,

(o) En la edicion de la Acad faltan las siguientes palabras hasta Empero.

appell. * V. d. l. 6.

(153) Nada se dice aqui de los demas términos fatales; como el de un año ó del bieunio, de los que se habla en la l. ult. §. 4, C. *de temp. appell.* y en la *Novell.* 49. *collat.* 5. cap. *cum. sit Romana* 5. *de apell.* y l. 3. tit. 16. lib. 3. *Ordenam. Real;* siendo de admirar que, hablándose en esta nuestra ley del plazo concedido para proseguir la apelacion, no se hable en ella ni en otra alguna de las de este tit., del señalado para terminar dentro de él dicha instancia de apelacion, el cual es el de un año, cesando todo impedimento, segund d. l. 3. *Pero rara vez deja de ocurrir el impedimento, atendiendo al cúmulo de negocios que por lo comun se hallan pendientes en los tribunales superiores; por lo cual, y porque quizás se consideren tambien como legítimos impedimentos los retardos que, por diversas causas, suelen ocurrir en todos los negocios civiles, no se observa en la práctica lo que espresa el Glosador aqui y está espresamente prevenido en la l. 5. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. de haber de estar falladas las segundas instancias dentro el término de un año á contar desde el dia en que se hubiere interpuesto la apelacion.

(154) Conc. l. 2. §. ult. y Glos. alli, C. *de temp. appell.*

(155) Conc. d. l. 2. §. ult. y nótese bien lo dispuesto aqui; ó sea, que el juez fundándose en lo que resulta de los autos, puede escepcionar lo pedido por una de las partes, siendo la razon de esto, segun la Glos. y Ang. á d. §. ult. la de que el juez puede suplir por su oficio la indefension de la parte, cuando son notorios los méritos en que esta podria fundarse; como podria tambien declarar que no debe ser oida la que produjese un documento visiblemente cancelado, y asimismo si por los documentos producidos fuese evidente que se pide antes del plazo convenido, ó que es ilegal ó ineficaz el pacto ó convenio contenido en los mismos, segun Ang. allí y añad. Glos. y Jas. á la l. 40. C. *de transact.* Por lo demas, son tan precisos y fatales los plazos que, como se ha dicho, estan señalados para terminar dentro de ellos la apelacion, que no seria válida la sentencia que se profiriese despues que ya hubiesen transcurrido, Clementin. *si appellationem* 6. y Glos. allí, *de appellat.* y los DD. comunmente allí, cap. *ex ratione*, d. tit. Bald. y Salic. á la autent. *ei qui* C. *de temp. appell.* * V. sobre esto último lo que se ha dicho en la adic. á la nota 153.: y, en órden á si puede el juez creerse facultado para hacer de oficio y sin instancia de parte las declaraciones que indica Gregor. Lopez, lo consideramos muy dudoso á tenor de lo que dejamos espuesto al adicionar la nota 70. tit. 4. de esta Partida.

(156) Conc. *Novell.* 119. cap. 4. *collat.* 9. y V. allí la Glos. acerca del caso en que el apelante hubiere estado impedido por un tercero. Conc. tambien *Novell.* 93. cap. 1. *collat.* 7. y autent. *sed lis* C. *de temp. appell.* Lo dispuesto aqui procederia igualmente, si al procurador del apelante le hubiese sobrevenido una enfermedad, l. 8. C. *qui pet. tut.* Oldrald. consil. 208. hácia el fin; ó si el impedimento hubiese procedido de la muy larga dilacion concedida por el juez al adversario, segun Nicol. de Neapol. á la l. 39. D. *de excus. tut.* Bald. allí y Alex., consil. 71. col. 1. vol. 5. ó si el mismo adversario hubiese prolongado, por medio de subterfugios el curso de la instancia Alex. consil. 72. col. 1. vol. 3. pudiendo verse lo anotado por Paul. de Castr. á la l. 18. D. *quemadm. serv. amit.* y la 12. de este tit. en órden á los casos en que el impedimento haya provenido de parte del contradictor. Pero siempre debe procurar el apelante de todos modos que concluya la causa dentro

estonce non le empece al que se alço. Ca deue el Judgador oyrle (157), e puede seguir su alçada, tambien como si non fuesse el tiempo passado.

LEY 25. *Quantas vezes se puede ome alçar sobre vna cosa.*

Dos vezes se puede ome alçar de vn mismo juyzio que sea dado contra el en razon de alguna cosa, o de algun fecho: mas si despues fueren confirmados los dos juyzios por el Judgador del alçada, non se puede alçar la tercera vegada (158) la parte contra quien fue la sentencia. Ca tenemos, que el pleyto que es judgado, e esmerado por tres sentencias (159), es derecho; e que graue cosa seria, auer a esperar sobre vna misma cosa la quarta sentencia. Mas si por auentura el Juez del alçada reuocasse los dos juyzios primeros, diziendo que non fueran dados derechamente, estonce bien se puede alçar la parte (160) contra quien reuocassen los juyzios.

de los plazos fatales, l. ult. §. 4. C. *de temp. appell.* y no contentarse con requirir al juez para ello una sola vez, segun Bald. á la autent. *item si appellationem* C. d. tit. Alex. consil. 19. col. 2. vol. 1. y V. la notable decision 65. de la Rota (nuevas Decisiones) y Felin. al cap. *cum sit Romana, de appell.* * V. lo dicho en la nota 153.

(157) Sin necesidad de que pida la restitucion, con tal que no haya aun finido el primer plazo fatal, ó el año concedido para proseguir la apelacion, pero si aquel hubiese ya transcurrido, ú ocurriese el impedimento dentro del segundo año, seria menester impetrar aquel beneficio para poder proseguir la instancia, segun la Glos. á la autent. *ei qui* C. *de temp. appell.* Inoc. y Abb. al cap. *ex ratione, de appell.*

(158) Trae esta ley su orígen de la l. unic. C. *ne lic. in una ead. caus. tert. provoc.* 2. quest. 3. *si quis in quacumq.* cap. *sua nobis* 65. y cap. *directa* 39. *de appell.* V. Specul. tit. *de appell.* §. *quotiens* donde se espresa notablemente, y añad. Clementin. ult. d. tit. Abb. á d. cap. 39. hácia el fin, y Bald. y Juan de Imol. á d. cap. 65. donde espresan que el Príncipe, por la plenitud de su potestad, puede conceder una tercera apelacion [No puede en el dia, V. adicion á la nota 114. tit. 22. de esta Part.] y V. sobre lo mismo á Socin. consil. 158. col. 1. vol. 2. y Alex. consil. 77. vol. 2. versic. 2. *principali fundamento;* confirmando lo dicho por Bald. é Imol. la l. 4. tit. 24. de esta Part. y esceptuándosé de lo dispuesto en la presente el caso en que la tercera sentencia irrogare algun nuevo agravio no inferido por la primera ó la segunda; pues entonces se podrá tambien apelar de aquella, segun Ang. á d. l. 1. y l. 14. §. 4. D. *quod met. caus.* En cuanto á lo demas referente á lo que aqui establece nuestra ley, V. Bald. y Salic. á d. l. 1. y respecto de lo que allí mismo espresan sobre la reduccion al arbitrio de buen varon y acerca de cuantas veces se puede apelar, V. lo dispuesto por las *Ordenanzas de Madrid* cap. ult. Y los menores de edad ¿podrán pedir la restitucion contra la tercera sentencia, cuando hubieren apelado dos veces y sucumbido? V. Salic. á la l. 1., hácia el fin, C. *si sæp. in integr. restit. fuer. post.* donde se inclina á la negativa, aunque no acaba de formar decididamente juicio; y añad. la segunda de las nuevas decisiones de la Rota, la cual se refiere al caso de haberse pedido la restitucion contra tres sentencias conformes. * V. adic. á la nota 160.

(159) Añad. Clementin. 1. *de re judic.*

(160) Entiéndase esto con las limitaciones espresadas en la ley de *Segovia*, l. 8. tit. 4. lib. 2. Ordenam. Real. * V. art. 285. de la Constitucion política de 1812. (restablecido por Decreto de Córtes de 7 setiembre de 1837) en el cual se establece que «en todo negocio, »cualquiera que sea su cuantía, habrá *á lo mas* »tres instancias y tres sentencias definitivas »pronunciadas en ellas;» con lo cual se ha confirmado la presente ley de Partida en cuanto declaraba ejecutoriado lo fallado por tres sentencias, y se la ha derogado, en cuanto esceptuaba de esta regla el caso en que la sentencia de revista fuese revocatoria de las dos anteriores. Lo mismo que d. art. de la Constitucion disponia la ley de Segovia citada por el Glosador en la presente nota (es la l. 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.) esto es, que de la sentencia de revista confirmatoria ó revocatoria de las demas no hubiese *apelacion*, *ni alzada*, *ni revista*, *ni suplicacion*, bien fuese proferida en tercera instancia ó en segunda, es decir, en los pleitos comenzados ante la misma audiencia, en los cuales se llamaba sentencia de revista la de segunda instancia; y tampoco de ella se permitia suplicar ni interponer otro recurso fuera del de segunda suplicacion en algunos casos y bajo las reglas establecidas en la l. 1. (es la que comunmente se llama de Segovia) tit. 22. lib. 11. Nov. Rec. Pero, abolido hoy el espresado recurso de segunda suplicacion no menos que el de injusticia notoria, se observa con todo vigor el principio sentado en la Constitucion de 1812. de que la tercera sentencia conforme ó no con las dos anteriores termina irrevocablemente y por la autoridad de cosa juzgada el negocio

LEY 26. *Que deue fazer el que se alça, e otrosi el Judgador de quien toma Alçada.*

Mesurados (161) deuen ser en sus palabras aquellos que se alçaren, de manera que maguer se tengan por agrauiados de lo que judgaren los Alcaldes, que non yerren contra ellos, razonandolos mal, o diziendoles que judgaran tuerto, o denostándoles de otra guisa; mas deuenles pedir mansamente, que les den (p) el pleyto como passo, e las razones como fueron tenidas, e el juyzio que fuera dado sobrellas: e el Alcalde de quien se alçaren, deuelo fazer, dandoles traslado de todo bien, e lealmente, non creciendo, nin menguando ninguna cosa, e sellar el escrito con su sello. E esto ha de ser fecho fasta tercer dia (162) despues que se alçaron de su juyzio, ca de otra guisa, aquel que ha de judgar el alçada, non podria bien entender, si se alçó la parte con derecho, o non: e si el Alcalde non diesse el escrito, como dicho es, mandamos que todo el daño (163) que recibiesse la parte por mengua de tal escripto, e las costas, e las missiones que fiziesse, que las peche el Juez. Otrosi mandamos, que el Juez, luego que ouiere dado el escrito a las partes, que les ponga plazo (164) guisado, a que puedan presentar, e seguir el alçada antel Rey, o antel Alcalde que la ouiere de judgar. Otrosi tenemos por bien, e mandamos, que mientra que el pleyto auduuiere antel Judgador del alçada, que el otro Juez de quien se alçaron, non faga nin-

(p) escrito el pleito como pasó Acad.

sobre que hubiere recaido, sin embargo de cualesquiera recursos que las partes interpongan, los que no deben serles admitidos, escepto el de nulidad por ante el supremo tribunal de justicia, mediando las circunstancias y requisitos prevenidos por el Real Decreto de 4 noviembre de 1838. del cual nos harémos cargo en el apéndice al tit. 26. de esta Partida.

(161) Conc. l. 8. D. *de appell.* en la cual se declara que debe ser castigado el que, al apelar, injuriare al juez; y, segun Bart. allí, debe imponérsele una pena estraordinaria, por no hallarse determinada por el Derecho la en que se incurre por ello. Añad. l. 12. tit. 16. lib. 3. *Ordenam. Real*, pudiendo en tal caso imponer el castigo al injuriador el mismo juez injuriado, segun Ang. é Imol. allí; lo que creo verdadero, por ser en tal caso notoria la injuria, como hecha en juicio, cap. *Romana* 1. *de pœn.* y Bart. á la l. 38. §. 8. D. d. tit. *de pœnis*; bien que, cuando el juez impusiese una pena arbitraria [esto es, escesiva] podria recusársele como sospechoso, segun Abb. al cap. *cum venissent* col. 4. *de judic.* en sus últimas palabras, y al cap. 1. *de maled.*, porque podria tambien escederse al señalar la pena, segun su arbitrio. V. lo que notablemente espresa Ang. á d. l. 8. * V. la l. 24. tit. 20, Nov. Rec. en la cual se previene que, al interponerse apelacion del fallo de un juez, no pueda decírsele que *juzgó mal, ni denuesto alguno, salvo que en buena manera diga y razone cada uno aquello que hace á su pleyto;* y que tampoco el juez *denueste ni diga mal dor ello* al que apelare; bajo pena de diez maravedis y de la que corresponda legalmente á la injuria que se hubiere irrogado; cuya pena debe imponerse respectivamente asi al juez como á la parte que se haya escedido; incurriendo ademas en la de treinta mil maravedis para la Cámara el juez que denegare la apelacion de una providencia que sea legalmente apelable. V. el apéndice á este tit.

(162) Por derecho comun se concedian treinta dias, l. 24. C. *de appell.* y cap. *ab eo* 6. d. tit. los cuales corrian desde el momento en que se habia podido interponer la apelacion, segun la Glos. á la Clementin. *quamvis*, d. tit. á diferencia de los tres dias concedidos aqui por nuestra ley, los cuales corren desde que la apelacion se ha interpuesto. * Hoy no tiene lugar la concesion del término de que se habla aqui para librar los correspondientes testimonios por lo que se ha dicho en la adicion á la nota 148.

(163) Mayor pena se imponia por d. l. 24. C. *de appell.* y V. la Glos. allí, y l. 6. §. 6. d. tit. * V. adic. á la nota prox. anteced.

(164) Y para el caso de no señalarlo el juez, lo señala la misma ley, l. 23. de este tit. y V. lo anotado allí, cap. *ex insinuatione* 50. *de appellat.* y l. 5. C. d. tit. donde trata Bald. de si puede el juez *á quo* prefijar al apelante un término, dentro el cual haya de hacerle constar haber comparecido ante el juez ó tribunal *ad quem* y añad. Bald. á la l. ult. pr. col. 1. C. *de temp. appell.* * V. ll. 3. y 4. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. y lo que se ha dicho en la adicion á la nota 150. siendo de notar que, á tenor de la letra y espíritu de dd. ll. recopiladas, la solicitud de que se declare desierta la apelacion por no haber oportunamente comparecido el apelante ante el tribunal *ad quem*, debe intentarse ante este último y no ante el inferior; al cual no le consta directamente si en efecto ha tenido ó no lugar á su debido tiempo la citada comparecencia: y asi lo opinan generalmente los prácticos y se observa en nuestros tribunales.

(165) Conc. l. unic. D. *nihil nov. appell. interp.* 2. quest. 6. cap. *post appellationem in-*

guna cosa de nueuo (165) en el pleyto, nin en aquello sobre que fue dado el juyzio. E sobre todo defendemos, que el Alcalde (166) non se atreua a denostar, ni á maltraer a la parte que se alçare de su juyzio; mas dele su alçada, como mandan las leyes (167) deste nuestro libro.

terpositam 31. §. 1. cap. *bonæ* 51. cap. *secundò requiris* 41. y cap. *non solum* 7. *de appell.* y l. 3. C. d. tit. pudiendo verse en Specul. d. tit. §. *novissimè*, algunos casos esceptuados de lo dispuesto aqui, y otros varios que, sobre lo mismo, pueden ocurrir. Asi podrá un reo preso ser escarcelado, mediante fianza á pesar de estar pendiente la apelacion, cuando el delito de que se le acuse, no mereciere pena corporal, segun Bald. adicion á Specul. tit. *de appell.* col. 10. Nótese tambien que, cuando la apelacion fuere contraria á derecho, no tendrá lugar lo dispuesto en esta nuestra ley y en d. tit. C. *nihil innov. appell. pendent.* segun Bald. citando á Juan Andr. *in novella* al cap. ult. col. 1. *quo tempore miles* y segun Inoc. y Juan Andr. á d. cap. *bonæ*; observando el mismo Bald. á d. cap. ult. que lo que acaba de decirse no es especial de la instancia de apelacion; antes bien, del mismo modo que se revocan ó reparan los atentados cometidos, durante la instancia de apelacion, asi tambien pertenece al oficio del juez enmendar y corregir todo lo que hagan las partes, pendiente el pleito, maliciosamente ó con dolo: y V. lo que notablemente añade el citado Bald. á la l. 3. C. *de appell.*; donde inquiere si puede tambien el juez *ad quem* inhibir á la parte de hacer atentoriamente innovacion alguna. Adviértase igualmente que esa regla de que nada pueda innovarse, pendiente la apelacion, tiene lugar respecto de los que hagan parte en el pleito, mas no respecto de los terceros, segun la Glos. sing. á la l. 60. D. *mandat.* y tampoco en el caso á que se refiere la *Novell.* 123. cap. 23. *collat.* 9. y añad. lo anotado por la Glos. 8. quest. 4. *in summa*. Nótese por último que, si el apelante, pendiente la instancia de vista, despojare á su adversario, se entiende, por el hecho mismo, que renuncia á la apelacion interpuesta, Glos. al cap. *non solum*, *de appell.* Bald. á la l. 2. col. 8. C. *si contra jus*, *vel utilit. publ.* pudiendo añadirse, sobre la materia contenida en el presente tit., lo anotado por Abb. al cap. *dilecte* col. 2. y 3. *de except.* donde se espresa notablemente respecto de los atentados cometidos pendiente la apelacion; y tambien lo que dice Bald. á la l. 1. pr. C. *de bonor. posses. secund. tab.* esto es, que, una vez declarada desierta la apelacion, dejan de considerarse prohibidas las innovaciones, porque ya no está aquella pendiente; V. el adicionador allí, y V. Ang. á d. l. 1. D. *nihil nov. appell. pendent.* donde trae, sobre el particular, muchas y buenas doctrinas. * Acerca de las innovaciones hechas pendiente la apelacion de que se habla en la presente ley, pueden ocurrir dos dificultades que importa mucho resolver. La primera consiste en determinar cual de los dos jueces ó tribunales *a quo* ó *ad quem* será el competente para conocer de los incidentes que se promuevan con ocasion de dichas innovaciones: y la segunda en decidir desde cuando deberá considerarse pendiente la apelacion para el efecto de haber de calificarse de atentatorias las innovaciones, si desde que el recurso se hubiere otorgado y admitido, ó desde que se le hubiere simplemente interpuesto. Sobre la primera de estas dos cuestiones y supuesto que en el dia, los tribunales superiores, fuera de los casos espresamente esceptuados, no tienen jurisdiccion mas que para confirmar ó revocar lo que los inferiores hayan practicado y de que se haya interpuesto algun recurso, opinamos que tambien es aplicable dicha regla á los artículos que se promuevan por innovaciones ó atentados cometidos pendiente una apelacion, cuya reposicion deberá pedirse ante el juez inferior, aunque sea él mismo quien los hubiere cometido; y denegándose á ello podrá apelarse ó reclamarse de dicha denegacion ante el superior competente. Sobre la segunda de las cuestiones propuestas, creemos que debe entenderse prohibida toda innovacion desde el momento en que el recurso de apelacion ha sido interpuesto, ya porque desde entonces queda suspendida por lo menos la calificacion de ejecutiva que otramente tendria la providencia apelada, y es incierto, si llegará á obtenerla, en cuyo concepto puede decirse ya con bastante propiedad que la apelacion está *pendiente*, aunque no admitida; ya tambien y principalmente porque lo contrario seria dar márgen á que con mucha facilidad se neutralizase impunemente el principio de *pendente appellatione nihil innovandum*; lo cual se conseguiria retardando la provision ó admision del recurso interpuesto y verificando entre tanto las innovaciones que se tratase de hacer en perjuicio del apelante.

(166) Añad. l. 42. y Glos. allí D. *de injur.* y l. 20. C. *de appell.* * V. l. 24. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. y adic. á la nota 161.

(167) V. esta misma ley en su principio; y entiéndase que debe el juez otorgarle la apelacion respecto de aquellas cosas ó puntos en que no es prohibido apelar; pues, en las de-

LEY 27. *Que es lo que ha de fazer el Juez Mayoral que ha de judgar el Alçada: e de las costas que ha de pechar la parte que la perdiere.*

El Mayoral (168) que ha de judgar el alçada, la primera cosa que ha de fazer, es esta; que pues que las partes, o alguna dellas pareciere antel, que ha de abrir la carta en que es escripta el alçada, e catar muy afincadamente el pleyto como passo, e las razones como fueron tenidas, e el juyzio como fue dado; e dezir a la parte, que muestre los agrauiamientos, que recibio sobre aquello que judgaron contra el, porque se alço. E si por auentura alguna de las partes dixere, que fallo agora de nueuo cartas, o testigos, que le ayudan mucho en su pleyto, que non pudo mostrar antel otro Judgador, deuegelo recibir (169). E si fallare que el juyzio fue dado derechamente, deuelo confirmar, e condenar a la parte que se alço, en las costas (170) que su contendor fizo, segun es costumbre de nuestra Corte, e embiar (171) las partes antel primero Juez que las judgo, que cumpla su juyzio, o ande adelante por el pleyto principal, quando el alçada fuere tomada sobre algun agrauiamiento. E si entendiere que se alço con derecho, mejore el juyzio, e judgue el principal, e non le embie (172) a aquel Al-

mas, deberia denegarlo á tenor de lo dispuesto por las ll. 13. y 16. de este tit. * V. adic. á d. nota 161.

(168) Añad. Specul. tit. *de appell.* §. *de offic. quoque*. * V. art. 65. del Reglam. prov. para la admin. de just. y adic. á la nota prox. sig.

(169) Conc. l. 4. C. *de temp. appell.* y Azon. *in summa* allí, debiendo esto entenderse en los términos que espresan la Clementin. *testibus* 2. *de testib.* y las ll. de los *Ordenamientos* y *Ordenanzas de Madrid*; y V. l. 39. tit. 16. de esta Part. cuyo texto es muy notable, y Bald. á d. l. 4. * Los trámites que deben observarse en las instancias de apelacion son los mismos respectivamente que previenen las leyes para los juicios ordinarios en primera instancia; entendiéndose, empero, lo dicho limitadamente á las apelaciones de sentencias definitivas, pues con respecto á las que lo sean de autos interlocutorios debe estarse á lo dicho en la adic. á la nota 88 de este tit. y debiendo igualmente tenerse presente la limitacion especial que en cuanto á las pruebas que pueden ministrarse en las instancias de apelacion establece la l. 39. tit. 16. de esta Partida y V. lo dicho allí (nota 197) hácia el fin.

(170) Asi, pues, á pesar de que en primera instancia solo se condena al pago de las costas á la parte que sucumbe, cuando no ha tenido causa justa ó probable de litigar, l. 8. tit. 22. de esta Part.; no asi en la instancia de apelacion, en la cual, confirmándose la sentencia, se condena en las costas á la parte que ha apelado, ya haya tenido ó no causa justa para hacerlo; cuya opinion fue tambien adoptada por la Glos. al cap. *qui scit* 2. quest. 6., y al cap. *finem litibus, de dol. et contum.*, fundándose en el cap. *omninò* 2. quest. 6. cap. *ut debitus, de appell.* y en otros varios textos. La razon de esa diferencia puede verse en Inoc. á d. cap. *finem*, donde infiere de la misma razon que no tendrá lugar lo que acaba de decirse, ni deberá condenarse en las costas al apelante, aunque se confirmare la sentencia, cuando en la instancia de apelacion se hubieren ministrado nuevas pruebas; V. lo anotado por Abb. á d. cap. col. 8. 9. y 10. donde se espresa notablemente, tanto con respecto á las apelaciones de los autos interlocutorios, como en las de los definitivos; y V. allí mismo tratado el caso de haber sucumbido la parte apelada, en el cual parece resolver que debe tenerse en consideracion, lo mismo que en primera instancia; esto es, si ha habido ó no justa causa de litigar, ilustrando la materia con buenos ejemplos, y añadiendo que igualmente deberá condenarse al pago de las costas al apelado, cuando resultare evidentemente de los mismos autos la injusticia é iniquidad de la sentencia apelada: V. al mismo allí y á Pedr. de Ancha. cons. 415. que empieza *primum dubium* versic. *circa aliud*; con cuyas doctrinas parece deber limitarse lo que dispone esta nuestra ley, tanto en las palabras aqui comentadas, como en las que se leen mas abajo *quando el primero juizio se reuoca* etc. Y añad. á lo dicho Jas. á la l. 13. §. 6. C. *de judic.* y Bald. á la l. 6. §. ult. col. 2. C. *de appell.* * V. ll. 2. y 3. tit. 19. lib. 11. Nov. Rec. y lo dicho en la adicion á la nota 59. del tit. prox. antecedente.

(171) Añad. cap. *cum in Ecclesia* 38., y cap. *ut debitus* 49. *de appell.* y Abb. allí. * V. nota prox. sig.

(172) V. d. cap. *ut debitus.* * Segun esto, pues, el juez inferior no deberia conocer mas de los negocios que hubiese fallado, cuando en méritos de la apelacion interpuesta por alguna de las partes hubiese sido revocada la sentencia por el mismo proferida; porque, segun en esta ley se establece y tambien en la l. 4. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec. solo cuando dicha sentencia hubiere resultado confirmada, deben ser devueltos al juez *a quo* los autos y las partes, para que cumpla lo juzgado ó para que siga conociendo del punto principal, caso que la ape-

calde que judgo mal. Pero en tal razon como esta, quando el primero juyzio se reuoca, non deue pechar costas ninguna de las partes; e si el alçada fuere tomada sobre juyzio afinado, confirmelo, o reuoquelo, segun fallare por derecho, e faga de las costas (173) como sobredicho es. Otrosi dezimos, que si el Juez del alçada fallare, que alguna de las cosas del pleyto es traspuesta por fuerça, o por engaño, o por mandamiento del primero Judgador, o mudada del estado en que solia ser a la sazon que tomaron (174) el alçada, que la deue fazer tornar á su lugar (175): e aun dezimos, que si la parte que se sintiere agrauiada del juyzio,

lacion haya versado sobre algun *agrauiamiento*, es decir, sobre algun auto interlocutorio. Mas no se observará asi en el dia, porque, no teniendo los tribunales superiores jurisdiccion mas que papara conocer en grado de vista ó revista de los negocios ya fallados por los jueces ordinarios de cuyos fallos se haya interpuesto apelacion, ni pueden ejecutar lo juzgado, aunque la sentencia de vista haya sido revocatoria de la de primera instancia, ni seguir sustanciando el juicio sobre el punto principal, cuando hubieren revocado alguna providencia interlocutoria decisiva de un artículo previo; sino que, una vez dada sentencia confirmatoria ó revocatoria de la apelada, deben siempre devolver los autos al juez inferior para que los continúe con arreglo á derecho si no ha recaido en ellos fallo definitivo, ó en caso de haberlo lo lleve á ejecucion, art. 59. del Reglam. prov. para la admin. de just. en el cual se prohibe espresamente á las audiencias el retenerse el conocimiento en primera instancia de los negocios en que haya apelacion de auto interlocutorio; y V. tambien el art. 58. de d. Reglam. en el cual se enumeran minuciosamente las facultades de dichos tribunales superiores sin que entre ellas se cuente la de cumplir y llevar á ejecucion lo juzgado V. l. 1. tit. 27. de esta Partida.

(173) V. lo dicho en la nota 170.

(174) Ó en el estado en que se hallaba al tiempo de proferirse la sentencia definitiva, cuando el atentado hubiere sido cometido dentro del término concedido para apelar, cap. *non solum* 7. *de appell.* V. Glos. á la l. 20. vers. *sequuta* D. *de accusat.* Y, siendo un contumaz fingido el que hubiere apelado, y habiendo apelado, nó dentro de los diez dias siguientes al en que se profirió la sentencia, sino dentro de los diez siguientes al en que hubiere tenido noticia de ella, ¿podrá pedirse tambien la revocacion del atentado ó de la ejecucion que hayan tenido efecto dentro de los espresados diez primeros dias? V. la notable decision 187. de la Rota, *nuevas Decisiones*, que empieza *sicut fictè contumax*, donde se resuelve dicha cuestion por la negativa; lo que es muy digno de notarse; y V. tambien allí lo que deberia decirse respecto de la sentencia de escomunion proferida dentro del decennio; y V. sobre lo mismo á Ang. á la l. 1. D. *nil nov. appellat. interpos.* * Los términos en que se espresa nuestra ley aqui *a la sazon que tomaron el alzada* confirman lo que dejamos dicho en la adicion á la nota 165. sobre haberse de considerar atentatorias las innovaciones que hayan tenido lugar no solo despues de admitida la apelacion, sino desde el momento en que hubiere sido interpuesta.

(175) Asi, pues, siempre que se cometiere algun atentado despues de la apelacion, debe revocarse aquel y reponerse las cosas á su prístino estado. Conc. l. 3. C. *de appell.* y Glos. allí, l. 11. y Glos. allí D. d. tit. cap. *venientes* 19. *de jurejur.* d. cap. *non solum* 7. *de appell.* y l. 1. pr. D. *nil nov. appell. interp.* Acerca del modo con que en la práctica acostumbra ponerse la demanda de reparacion de atentado, V. Abb. al cap. *de appell.* y al cap. 5. *de rescript.* y á Specul. tit. *de appell.* §. *nunc dicendum*; espresando Juan Andr. en sus adiciones allí que en dichas demandas no es necesario especificar en qué consisten los atentados; bien que lo contrario pretende Specul. en el mismo lugar citado. Philip. al cap. *bonæ* col. 6. *de appell.* Inoc. y DD. á d. cap. *ex parte* 5. *de rescript.* y Philip. Dec. cons. 200. esplican las ventajas ó prerogativas de semejante remedio de pedir la reparacion de los atentados, y los siete efectos especiales del mismo que lo constituyen mas ventajoso que el interdicto *unde vi* y V. las nuevas Decisiones de la Rota, decis. 14. Nótese á este propósito que al que pide la revocacion de un atentado le basta justificar el hecho atentatorio, aunque no justificare la posesion contra la cual se hubiere aquel dirigido, como lo opina Inoc. al cap. *dilecti*, *de major. et obedient.*; debiendo, empero, esceptuarse el caso en que aquel contra quien se pide la revocacion tenga á su favor la presuncion de poseer por derecho comun ó con algun título probable; pues entonces no podria proveerse la reparacion pedida, á menos que probase el que la solicitara ser él el verdadero poseedor. V. las antiguas decisiones de la Rota, decis. 89. bajo el tit. *de appell.* y Philip. Dec. cons. 103. Añádase tambien que la reparacion de atentados tiene lugar hasta contra los terceros poseedores, cuando estos derivan su derecho de la parte litigante ó del juez que conoce de la causa; V. Glos. al cap. *non solum*, *de appell.*

Philip. á d. cap. *bonæ* col. 4. Bald. nuev. tratad. *de dote* col. 3. y 4. *charta* penult. y decis. Napolit. 354. hácia el fin. ¿ Podria, empero, proveerse la reparacion de un atentado cuando al que la pidiese le obstase notoriamente el defecto del derecho de propiedad? Sobre esto hay varias opiniones : *Lapus*, (y con la doctrina de este se conforma Dominic. 3. col. al cap. *ad decimas*, *de restit. spoliat*) pretende que no impediria dicho defecto la reparacion del atentado, y que esta es otra de las ventajas que tiene semejante remedio sobre los interdictos restitutorios; y á la objecion fundada en las nuevas decisiones de la Rota, decis. 14., contesta que en ella se trata de bienes beneficiales, á tenor del cap. *eum qui*, *de eo qui mitt. in posses. caus. rei serv.*; en corroboracion de lo cual cita oportunamente el texto del cap. *si constiterit*, *de accus.* y lo propio parece opinar Alex. consil. 99. vol. 5. Lo contrario, empero, sostiene Juan de Imol. al cap. *bonæ de appell.* col. 3. y en efecto no parece concluyente la razon de diferencia entre el remedio de pedir la reparacion del atentado cometido pendiente la apelacion y los demas interdictos restitutorios; porque, desde el momento en que consta no tener derecho alguno el que pide la reparacion, consta tambien que nada le interesa el que se repare el supuesto atentado, y por lo tanto no debe ser oido á tenor de lo dispuesto en el cap. *non solent* 2. quest. 6., el mismo Paul. de Castr. da allí solucion á d. cap. *si constiterit* y del propio parecer son Oldrald. consil. 1. col. 2. y ult. Juan Monac. y Pedro de Ancha á d. cap. *ad decimas*, y la Rota en d. decis. 14., y en la nueva decis. 55. que empieza *ad instantiam*, cuya opinion creo ser la mas verdadera á lo menos respecto de aquellos casos en que se trate de la reparacion de atentados á instancia de la parte, y, tanto si son beneficiales, como si no lo son los bienes sobre que recae el atentado; porque siempre milita la misma razon indicada por dd. Juan de Imol. SS. de la Rota y demas que se han citado. Cuando, empero, el juez de la causa tratase de reparar los atentados en pena del que los hubiese cometido, infringiendo así la ley y menospreciando al mismo juez, creo que este podria proceder á la reparacion, segun d. decis. 14., aunque, segun los AA. citados, no deberia restituirse en la posesion á aquél, cuya falta de derecho fuese notoria; añad. las decis. Napolit. 98. y 352. Y, en órden á si cesará este remedio de pedir la reparacion cuando se haya verificado la innovacion despues de la sentencia dada por un juez á quien se hubiese comisionado para conocer de un negocio con prevencion de que no pudiese apelarse de su fallo, *remota appellatione*, y de cuya sentencia, sin embargo, se hubiere apelado. V. Specul. tit. *de execut. sentent.* princ. * A propósito de la cuestion á que se refiere el Glosador en la presente nota sobre si deberá denegarse la reparacion de una innovacion ó atentado cometida pendiente la apelacion, cuando obstare al que la pida la notoria falta del derecho de propiedad, debemos observar que tanto menos procederá el que por el espresado motivo deje de proveerse la reposicion solicitada, en cuanto dicha falta de propiedad, aunque notoria, ni aun es bastante, en nuestro concepto, para impedir la reparacion de un simple despojo ó para escepcionar un mero interdicto restitutorio que, como advierte muy oportunamente el mismo Glosador, es menos privilegiado y eficaz que el remedio concedido por las leyes para pedir que se restituyan las cosas al ser y estado que tuviesen al tiempo de admitirse ó interponerse la apelacion. Las leyes han concedido esos remedios privilegiados y han prescrito tan severamente la reposicion de todo acto perturbativo, no tanto por consideracion al derecho que puedan tener los particulares en cuyo perjuicio se hayan cometido los despojos ó atentados, como para asegurar el órden público y para evitar el que se hiciesen ilusorias las instituciones sociales, si cada uno pudiera hacerse la justicia por sí mismo y predominase al derecho la violencia. En este sentido, cuando se restituye á un despojado, no tanto se le adjudica á él un derecho, como se desagravia á la sociedad á quien en la persona de aquel se ha ofendido : y así si es culpable aquel que, en lugar de acudir á los tribunales á reclamar lo que cree pertenecerle, lo arrebata á la fuerza del que lo está poseyendo, mas lo es aquel que comete este acto de violencia despues de haber acudido á los tribunales y sujetado á la decision de los mismos su pretendido derecho, y mayor es todavía el atentado cuando es un juez ó tribunal superior el que está conociendo de las pretensiones del despojador; porque en estos dos últimos casos no solo se subvierte el órden en general, sino que se comete un desacato en particular contra los poderes públicos ya puestos en accion, y se menosprecia su autoridad ejecutando lo que ellos solos deben y pueden decidir si es justo y procedente. Bajo estos principios, pues, que son los únicos aplicables á la teoría de los interdictos restitutorios debe ser absolutamente indiferente, para que se dé lugar á los mismos, el que tenga ó no derecho el que ha sido despojado; y por esto hemos dicho ya en otro lugar que contra ellos no se debe admitir la escepcion de dominio opuesta por el despojador, aunque ofrezca probarla incontinenti ó de otra parte sea notoria su procedencia. (V. adiciones á las notas

rixesse, e prouasse, que non oso tomar alçada, o seguirla, por miedo (176) que le fedirian, o le matarian, o le prenderian, que le deue oyr el Juez: e deue oir el pleyto, e librarlo y segun fallare por derecho, bien assi como si se ouiesse alçado.

LEY 28. *Como el Judgador del Alçada puede yr adelante por el pleyto, o non, si se muriesse alguna de las partes ante que de su Juyzio.*

Muriendo (177) alguna de las partes despues que se ouiesse alçado de la sentencia del primero Judgador, si el pleyto sobre que se alço, era de tal natura en que pudiesse venir muerte de ome, o perdimiento de miembro, o desterramiento, si la sentencia fue dada contra la persona de aquel que se alço, e non contra sus bienes señaladamente, acabase el alçada, e rematase el pleyto por la muerte de aquel que muere en tal (q) razon, quier muera el acusado, o el acusador; de manera que el Juez del alçada non puede yr adelante por el pleyto. Mas si la sentencia fuesse dada contra la persona del acusado, e contra sus bienes (178), ciertamente estonce, como quier que se remata el pleyto quanto es en su persona, con todo esso non se remata en razon de sus bienes. Ca sus herederos son tenudos de seguir el alçada, si quisieren heredar sus bienes. Esso mismo dezimos, que los herederos del acusador pueden seguir el alçada en tal caso como este quanto en razon de los bienes del acusado, si se quisieren, si el acusador se muriesse. E porque los herederos destos atales non son tan sabidores de los pleytos en que manera passaron, como aquellos a quien heredan, porende mandamos, que en tal caso como este hayan quatro meses de plazo para seguir el alçada demas del plazo que finco al finado, en que la deue seguir.

(q) sazon Acad.

137. y 138. tit. 2. de esta Partida). Asi lo declara terminantemente la l. ult. tit. 10. Part. 7. y, aunque parece disponer lo contrario la l. 27. de d. tit. 2., no dudamos afirmar que debe prevalecer lo dispuesto en la primera, ya por exigirlo asi la naturaleza misma de los interdictos, ya por estar mas en armonía con ella el espíritu y la letra de las leyes posteriores y señaladamente la 1. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec. que si bien no está muy en observancia, en cuanto, á mas de ordenar la restitucion de los despojos, priva á los despojadores del derecho que tal vez tuviesen sobre la cosa de que hubiesen despojado á otro, con todo no creemos que se prescindiese ni pudiese prescindirse hasta tal punto de ella, que á esos mismos derechos que declara perdidos para siempre en pena del desórden ó atentado, se les admitiese hasta para impedir la purgacion de este y como escepcion legítima contra el interdicto restitutorio. Por lo demas, en el caso de consistir el atentado en innovaciones hechas, pendiente la apelacion, concurre otra razon mas concluyente todavía, y es la de ser, como es, inconcebible el que pueda ser notoria la falta de derecho en el que se ha opuesto á la innovacion, cuando se supone que sobre lo mismo está pendiente un litigio y conociendo de ello el tribunal superior.

(176) Conc. l. 22. de este tit. hácia el fin, l. 7. D. *de appell.* cap. ult. d. tit. y l. 2. C. *de his qui prop. met. jud. non. appell.* debiendo justificarse que ha intervenido el miedo como se declara aqui, y como lo opinan Ang. Bart. é Imol. á d. l. 7.; y segun d. l. 2. y los citados Ang. é Imol. es necesario ademas para que tenga lugar lo que aqui se dispone, que haya la parte protestado ante algunos hombres buenos, que tenia intencion de apelar y apelaria si pudiese, ó que lo haya hecho ante el mismo juez *á quo*, cuando el miedo no procediese de parte de este; segun d. cap. ult. ¿Qué deberia, empero, decirse, si el miedo le hubiese tambien impedido hacer semejante protesta dentro del término concedido para apelar? Parece que, sin ella, se le admitiría igualmente la apelacion por hablar, como habla, nuestra ley aqui indistintamente: y nótese tambien lo dispuesto en la misma acerca del caso en que hubiere el miedo impedido, nó interponer la apelacion, sino proseguirla despues de interpuesta. V. Bart. á la l. 1. §. 10. D. *quod vi aut clam*, y lo anotado por Bald. cap. 1. col. 3. *de milit. vasall. qui contum. est.*

(177) Trae origen lo dispuesto aqui de las ll. 1. y ult. C. *si reus vel accus. mort. fuer.* de la l. 1. D. *si pendent. appell. mors. interv.*. ll. 3. y ult. C. d. tit. y de lo anotado por Azon *in summa* allí. Añad. l. 23. tit. 1. Part. 7.

(178) Indícase con esto que no bastaria que se hubiese proferido la sentencia solamente de confiscacion de todos ó parte de los bienes, sino que seria necesario se hubiese impuesto por la misma alguna pena corporal. Lo contrario, empero, prefenden Juan de Imol. á la l. 13. D. *de publ. jud.* y Bald. á la l. 1. col. 3. C. *ex delict. defunct.* donde se espresa en los siguientes términos: Lo que digo de la confiscacion de los bienes, entiendo decirlo tambien de las penas pecuniarias consistentes en determinada cantidad; porque en ambos casos milita la propia razon, y es igual la naturaleza

LEY 29. *Como deue fazer el Judgador del Alçada, quando se muriere la cosa sobre que fue tomada.*

Si la cosa sobre que es dada la sentencia se muere despues del alçada, si es de tal natura, que siendo muerta se puede vender, de manera, que vala poco menos que si fuese biua; asi como si fuese buey, o vaca (179), o otra cosa semejante, de quien pueden vender la carne, e el cuero; estonçe non ha porque dexar el Judgador del alçada, de yr adelante por el pleyto, tambien como si fuesse biua. Mas si la cosa fuesse de tal natura, que despues que fuesse muerta non se pudiessen aprovechar (180) de toda, si non de tanta parte della que valiesse muy poco, para venderla, nin en otra manera; assi como si fuesse cauallo, ó mula, o otra cosa semejante, o si fuesse sieruo, que non valiesse ninguna cosa despues que fuesse muerto; en cualquier destas cosas sobredichas, o en otra semejante dellas, non deue seguir el alçada sobre la cosa muerta, mas sobre la estimacion que pudiera valer, quando era biua: de manera, que si aquel contra quien fue dada la sentencia, que era tenedor della, auia mala fe (181) en teniendola; assi como si la auia de furto, o de robo, o la ouo de ome, que sabia que non auia derecho en ella, o la ouiera tornar a alguno (r) cuya era, e la touo despues del plazo; si el Judgador del alçada confirmare la sentencia del primero Judgador que era dada contra el, tenemos por bien, e mandamos, que peche por ella (182) aquel que la tenia tanto quanto podiera valer quando era biua e aun demas los frutos (183), e las rentas que pudiera lleuar della el señor, si la ouiesse tenido en su poder. Empero si ouiesse buena fe (184) en teniendola, e derecha razon para defenderla, estonce rematarse y a el pleyto del alçada por la muerte de la cosa, si auiniese por ocasion, e sin su culpa, e non seria tenudo de pechar la estimacion della. E estonce dezimos, que el tenedor de la cosa ha buena fe en ampararla, quando la ouiesse auido por compra, o por donadio, o por cambio de alguno que cuydase que era dueño della, o la ouiesse auido por herencia, o por alguna otra derecha razon.

(r) cuya era a dia cierto et la tovo etc. Acad.

del negocio. Y el motivo por el cual no se termina este con la muerte en la parte relativa á los bienes, es porque, no siendo las penas pecuniarias aflictivas del cuerpo animado, pueden tambien hacerse efectivas despues de la muerte, lo cual tiene lugar, tanto si la sentencia consistiere esclusivamente en la confiscacion de los bienes ó en la imposicion de alguna pena pecuniaria, como si, ademas de esas penas, se hubiere impuesto por ella alguna otra corporal; y tanto si la confiscacion de bienes total ó parcial ha sido impuesta estraordinariamente por el juez, como si fuere la ordinaria conminada espresamente por la ley, l. ult. C. *si reus accus. mort. fuer.* y l. 23. tit. 1. Part. 7. Y del mismo modo procederia lo dispuesto aqui, quando el júez, atendidas las particulares y contingentes circunstancias del delito, no hubiere impuesto al reo la pena ordinaria correspondiente al mismo, sino otra por su prudente arbitrio: pues tambien entonces, ocurriendo la muerte de dicho reo, continuará la instancia con sus herederos, respecto de la condena pecuniaria, por obrar en dicho caso la misma razon y por ser esta, al parecer, la mente de los textos legales y de los DD., como porque, si tiene lugar lo que en esta nuestra ley se dispone, cuando el juez ha agravado con la confiscacion total ó parcial la pena ordinaria de la relegacion, segun dd. ll. 23. de este tit. y ult. C. tit. cit., mucho mas debe tenerlo en el caso de haber el juez segun su arbitrio, impuesto una pena proporcionada al delito.

(179) Conc. l. 14. §. 2. D. *de condict. furt.* y Azon *in summa* C. *si pend. appell. mors interv.* de cuyos textos ha tomado orígen esta nuestra ley.

(180) V. Azon lugar citado: y añad. l. 5. C. *si pend. appell. mors interv.* y l. 13. C. *de liber. caus.*

(181) Añad. l. 83. §. penult. D. *de verb. oblig.*

(182) Añad. l. 20. tit. 2. de esta Part. y lo anotado allí.

(183) V. l. 15. §. ult. y ll. sig. D. *de rei vind.*

(184) Véase, pues, declarado aqui quién sea el verdadero poseedor de buena fe; y añad. l. penult. y Bart. allí donde dice ser aquel que se cree dueño de la cosa ó haberla adquirido del que lo era, l. 21. C. *de furt.* lo mismo que, segun el citado Bart., viene á declararse en d. l. penult. siendo de notar que para ser considerado como tal poseedor de buena fe basta que conste el título por el cual se posee, aunque no conste que el poseedor haya tenido noticia de él desde el principio de su posesion, segun el mismo Bart. á la l. 2. §. 2. D. *pro empt.* y V. Francisc. Balb. en su tratado *præscript.* charta 9. col. 4. versic. 9. *quæro.*

APÉNDICE.

Al tratar de las apelaciones ocurren algunas cuestiones importantes sobre las cuales guardan nuestras leyes de Part. absoluto silencio y de que tampoco se ha ocupado Gregor. Lopez; por cuyo motivo hemos preferido tratar de ellas separadamente. La primera es la de cuáles sean los diferentes efectos de la apelacion, segun la diferente naturaleza de los negocios en que recae; la segunda la de si es legalmente admisible el remedio conocido y adoptado en la práctica bajo el nombre de *adhesion* á la apelacion; la tercera consiste en saber si en algunos casos es necesario espresar los agravios al interponer la apelacion, y otras varias de las cuales nos ocuparémos por su órden.

El efecto natural é inmediato del recurso de apelacion es el de suspender todo ulterior procedimiento en el negocio sobre que hubiere recaido, y sobre todo la suspension de la misma providencia apelada hasta que esté decidido si esta es ó no gravatoria, y por consiguiente revocable. Pero algunos negocios hay en que serian mas graves los perjuicios que pudiera ocasionar aquella suspension, que los que pueden seguirse de que se ejecute la providencia apelada, sin embargo de la apelacion que contra la misma se hubiere interpuesto: y en este concepto ya las leyes romanas habian prevenido que en ciertos casos no debiese darse a aquel recurso el efecto suspensivo, *cum de possessione et ejus momento causa dicitur, etsi appellatio interposita sit, tamen lata sententia sortitur effectum*, l. unic. C. *si de moment. possess.* Esta teoría, que hubo de pasar desapercibida á los compiladores de las Partidas, habia sido ya adoptada en el Fuero Real (l. 11. tit. 15. lib. 2.) y de allí fue trasladada á la Nueva y despues á la Novísima Recopilacion, en la cual (ley 22. tit. 20. lib. 11.) se establece que en los pleitos en la misma espresados *no se otorgue apelacion*, pero que *pueda querellarse y proseguir su derecho aquel que entendiere que es agraviado por el alcalde;* lo que equivale a decir que no pueda admitirse la apelacion en el efecto *suspensivo*, pero sí en el *devolutivo*. Los pleitos o negocios que en dicha ley se espresan son los siguientes: 1º *si se alzare algun hombre de mandar que algun hombre que no era descomulgado o devedado que no sea sepultado;* con cuyas palabras, en nuestro concepto, hubo de significarse el caso en que la sentencia apelada consistiese en mandar que se diese sepultura el cadáver de un acusado de heregía o de quien se hubiese dicho que era escomulgado, pues lo contrario hubiera sido opuesto al objeto de la misma ley, por mas que parezca indicarlo su literal contexto; 2º *sobre cosa que no se pueda guardar como sobre uvas antes que el vino sea fecho de ellas, o sobre mieses que se han de segar, o sobre otra cosa semejante que peresce por tiempo*; 3º *si fuese sobre dar gobierno a niños pequeños*, lo cual entienden comunmente los intérpretes respecto del caso en que sean impúberes los menores á quienes se haya nombrado tutor en la providencia que se supone apelada. En la misma ley se da la razon de esceptuarse los espresados negocios de la regla general *porque en tales casos como estos, si se alongassen los pleitos para alzada, las cosas se perderian y nacerian dello muchos daños.* Pero, siendo esta razon mas ó menos directamente aplicable á varios otros casos á mas de los que en la misma ley se espresan, ¿deberá tambien aplicarse á ellos la propia escepcion de la regla y decirse que en todos cuantos ocurran con iguales ó parecidas circunstancias deberá admitirse la apelacion tan solo en el efecto *devolutivo?* Así lo han entendido comunmente nuestros Prácticos y así se observa de hecho por los tribunales, los cuales hacen estensiva la citada disposicion á las sentencias en que se manda dar alimentos ó pagar salarios de sirvientes, oficiales ó jornaleros (sin duda por equipararlos á los alimentos) y á otras varias que tal vez no pueden considerarse tan fácilmente comprendidas en la razon de la ley recopilada, como son las dadas en favor de causas pias, las en que se manda dar la posesion hereditaria, las favorables al fisco y á las iglesias en algunos negocios, etc. El Reglam. prov. para la admin. de just. que podia haber terminado la incertidumbre que reina en la materia en cuanto á los casos de que las leyes no han hablado espresamente nada mejoró en esta parte y antes bien hizo mas palpable la falta y la necesidad de una declaracion general y absoluta, por cuanto despues de establecer (art. 49.) que «en los juicios sumarísimos de posesion sea siempre eje-

»cutiva la sentencia sin embargo de apelacion» y de determinar la forma con que en ellos debe procederse á la remision de los autos á la superioridad, añadió literalmente en su art. 50. que «en los demas casos en que, conforme a »la ley, sea admisible en ambos efectos la apelacion, deba el juez admitir lisa y llanamente »la que se interpusiere» y remitir los autos originales á costa del apelante, sin poderse exigir derechos algunos con el nombre de compulsa. Lo mismo estaba dispuesto por la ley de 9 octubre de 1813, de la cual se ha tomado casi todo el Reglam. Pero ¿cuáles son en general, esos casos en que, conforme á la ley, es admisible la apelacion en ambos efectos? Hé aquí que venimos á quedar en la misma incertidumbre y reducidos á las doctrinas de los Prácticos que se han ocupado de la materia. ¿Deberán entenderse escluidos de la admision del recurso en un solo efecto todos aquellos negocios sobre los cuales no lo haya determinado así particularmente una ley espresa? ó ¿deberán comprenderse en la citada escepcion todos los demas casos á los cuales la estienden los Prácticos mas autorizados? Así parece opinarse comunmente y así se observa en nuestros tribunales, y es en efecto lo mas racional y equitativo, si bien hubiera sido preferible que estas cuestiones hubiesen sido esprecamente definidas por el legislador. Mas ya que esto no se ha verificado, veamos cuáles sean los negocios que la ley ha declarado especialmente que fuesen apelables tan solo en el efecto devolutivo, y cuáles las reglas de los Intérpretes con que se ha tratado de hacer estensiva dicha disposicion á otros casos diferentes. A mas de los negocios ó sentencias que antes se han enumerado y á que espresamente se refiere la citada l. 22. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop. y á mas de los juicios sumarísimos de posesion de que habla el art. 50. del Reglam. prov. para la admin. de just. son tambien declaradas ejecutivas las sentencias siguientes: 1º aquella por la cual se confirme y apruebe los pareceres conformes de los contadores, bien hayan sido nombrados por las partes ó de oficio en rebeldía de alguna de ellas, cuando habiéndosele notificado en persona que lo nombrase no haya querido hacerlo, l. 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Recop. 2º las que recaen sobre cosas pertenecientes á villas ó lugares acerca la gobernacion de las mismas, *porque por esto*, dice la ley, *se impide mucho la buena gobernacion de las dichas ciudades y es mucho perjuicio para las comunidades y causa de muchos gastos, y por la mayor parte la ejecucion de estas cosas es de menos perjuicio a las partes que de ellos se agravian.* A propósito de lo dispuesto en d. l. observan oportunamente algunos AA. modernos que con dificultad podrá hoy dia tener aplicacion, por cuanto los tribunales no entienden en asuntos de gobierno de los pueblos. No obstante, es bueno advertir, que algunos de los negocios verdaderamente judiciales pueden tener tan íntima relacion con la causa pública que todavía les sea aplicable la ley recopilada y convenga la pronta ejecucion de las sentencias que recayeren en los mismos para evitar mayores perjuicios á toda una poblacion. La l. 4. tit. 18. d. lib. 11. Nov. Recop. dispone que las sentencias proferidas por árbitros o arbitradores se hayan de *ejecutar libremente*, luego que la parte lo pidiere y aunque se hubiere apelado de las mismas; cuya disposicion, empero, creemos solamente aplicable al caso en que las partes compromitentes no se hayan reservado espresamente en el compromiso la facultad de apelar, en los términos que lo dejamos dicho en la nota 126 tit. 4. de esta Partida. Y finalmente es tambien ejecutiva sin embargo de apelacion la sentencia de remate en el juicio ejecutivo, á tenor de las ll. 2. y 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. Hasta aquí los casos espresamente determinados por las leyes; mas por la analogía ó paridad que se observa entre los mismos y algunos otros que aquellas han pasado en silencio, y por la circunstancia de ser igualmente aplicable á estos últimos la propia razon en que dichas leyes esplícitamente se han fundado para establecer que en los primeros no tuviese la apelacion fuerza suspensiva, se ha querido estender esa disposicion, como hemos indicado al principio, á otros negocios particulares; en lo cual están completamente unánimes nuestros tratadistas, y vemos aquella doctrina confirmada por la práctica constante y uniforme de los tribunales. En este concepto se consideran igualmente ejecutivas las sentencias en que se manda dar alimentos, cuando el que los ha de recibir es pobre y los necesita para mantenerse; las de embargo de nueva obra; las de restitucion de dote, siendo tambien pobre la parte á quien debe restituirse; bien que acerca de este último caso puede haber mayor dificultad, y creemos con los SS. Goyena y Aguirre que no dejaria en él de admitirse la apelacion en ambos efectos, mayormente considerando que la miserabilidad del que reclama la dote es un motivo mas para precaver la pérdida irreparable del capital y la imposibilidad que sea a su vez devuelto al que ha sido condenado á restituirlo, en el caso de revocarse la condena; y así en la práctica se acostumbra dar á semejante apelacion el efecto suspensivo. En tercer lugar, insiguiendo lo dispuesto por el derecho canónico y, «en espresion de los tratadistas, para no privar á los fieles de los alimentos espirituales, se consideran tambien ejecutivas las sentencias sobre provision, institucion y colacion de los beneficios

curados, y los mandamientos para que residan en las propias iglesias los obtentores de los mismos: en cuarto lugar las en que se manda pagar salarios á sirvientes, oficiales ó jornaleros; y en quinto lugar las favorables al fisco, ó á las iglesias en pleitos sobre diezmos (hoy estan abolidos), ó á causas pias y las en que se manda dar la posesion hereditaria, con otras diferentes que no enumeramos, porque, asi como respecto de las que últimamente hemos mencionado, no estan muy conformes los AA. en considerarlas verdaderamente como ejecutivas, ni en realidad hay motivo suficiente paraque se las califique, ni en la práctica se acostumbra calificarlas de tales. V. Elizondo práct. univ. for. tom. 1. pág. 158. núm. 4. Cur. Filip. Part. 2. §. 21. núm. 3. y §. 3. nº 9. y siguientes Juic. Execut. Dou, Derecho public. lib. 3. tit. 2. cap. 11. secc. 3. art. 3. núm. 42. y siguientes, Sr. Conde de la Cañada, Juicio civil Parte 2ª cap. 2º núm. 39. y siguientes, Febrero novis. por los SS. Goyena y Aguirre (2ª edicion) lib. 4. Part. 2ª tit. 20. secc. 4. D. Manuel Ortiz de Zúñiga Bibliot. jud. tom. 3. pág. 141. y D. Juan María Rodriguez Instituciones prácticas Part. 2ª tit. 10. secc. 2ª cap. 3. núm. 911. y siguientes.

Para evitar la incertidumbre ocasionada por la calificacion individualizada de tantos casos ó negocios diversos que no han previsto las leyes determinadamente, y en la cual á veces se hallan discordes los Intérpretes, han escojitado algunos de ellos el medio de generalizar las doctrinas que se encuentran esparcidas en los diferentes tratados y reducirlas á principios que pudiesen servir de norma para calificar en esta parte los casos que fueren ocurriendo. El señor Conde de la Cañada dice en el lugar antes citado núm. 46 que «para facilitar un conoci»miento sencillo de las causas que por su na»naturaleza ó por accidente no admiten apela»cion suspensiva es buena regla la de pesar el »agravio respectivo á las partes y al público; »y si fuese mayor el que padeceria la parte »apelante y el que trascenderia al mismo tiem»po al público si no se admitiese la apelacion »en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella »en los dos efectos; y si la parte á cuyo favor »está dada la sentencia se expusiese á mayor »perjuicio por la suspension, ó fuese trascen»dental á la causa pública, cesará en estos casos »la apelacion suspensiva, y tendrá lugar úni»camente en el efecto devolutivo.» Otros AA. han calificado esta comparacion de dificilísima é impracticable en muchos casos y considerando que daria ancha entrada á la arbitrariedad, pues cada Juez la haria á su modo en un mismo caso, segun su manera de ver las cosas, han creido evitar ese escollo fijando por regla en esta materia la de que deban admitirse en ambos efectos las apelaciones en negocios *no urgentes* que por lo mismo tienen una sustanciacion mas dilatada, esto es, los que se deciden en juicio *ordinario*; y solo en el devolutivo las que recaen en negocios *urgentes*, cuya tramitacion por tanto es mas rápida y que se deciden en juicio *sumario*, D. Joaquin Escriche Diccion. de legisl. y Jurispr. art. «Apelacion» §. que trata de los efectos de la misma. De este modo, dice D. Juan María Rodriguez (lugar antes citado) «la calificacion de la urgencia ó no ur»gencia del caso y del daño ó beneficio que »puede inferirse con la ejecucion ó suspension »está ya hecha por la ley» y se evita la arbitrariedad é incertidumbre, porque «el legis»lador tiene hecho de antemano el trabajo que »debiera hacer cada Juez siguiendo la doctrina »del Conde de la Cañada.» Por nuestra parte nos permitirémos añadir que una y otra de las reglas indicadas son adaptables, pero que no llenan cumplidamente el objeto que con ellas se propusieron sus autores. Muchos negocios hay cuya decision no interesa en manera alguna á la causa pública, ó que, si le interesan es de un modo tan remoto que no hay ni puede haber en ellos término de comparacion para aplicarles la regla del Conde de la Cañada: tales son, en su mayor parte, los juicios ejecutivos sobre pago de deudas en los que se trata de intereses meramente privados, y sin embargo no se admite en ellos la apelacion mas que en un solo efecto. Otros negocios se ofrecen que deben calificarse y se califican de urgentes y como tales se sustancian sumariamente, sin embargo de no estar asi declarado por las leyes: tales son, por ejemplo, los que versan sobre pago de alimentos, cuando no es un hijo el que los reclama de su padre, como lo observamos en la adicion á la nota 56 del tit. prox. antecedente; y por fin litigios hay en los que, apesar de procederse sumariamente deberia á tenor de las leyes admitirse en ambos efectos la apelacion, como en los juicios *sumarios* de posesion que no son de los espresamente esceptuados en materia de apelaciones, antes bien la ley parece disponer lo contrario, (d. art. 49. del Reglam. prov.) pues menciona únicamente los juicios *sumarísimos* al establecer que en ellos deba admitirse la apelacion en un solo efecto. Es evidente, por lo tanto, que en vano se pide á la ley escrita una regla fija y constante que directa ni indirectamente ha establecido, y que inútilmente se quiere, en esta parte, escapar de la arbitrariedad é incertidumbre que la imperfeccion de la misma ley ha hecho inevitable. Podrá ser cierto que las sentencias proferidas en juicios sumarios habrán de ser tales por su naturaleza que convenga llevarlas á cumplimiento sin embargo de apelacion, y aun tal vez por esto mismo se acos-

tumbra calificar de ejecutivas las dadas en los juicios posesorios, aun cuando no sean sumarísimos, contra el espíritu de dicho art. 49. del Reglam. Pero, en la mayor parte de los casos, ¿qué ley declara si un juicio se ha de sustanciar por la via sumaria ú ordinaria? Henos aqui otra vez en la incertidumbre y arbitrariedad. Es cierto tambien que en todos aquellos casos en que interesa á la causa pública la ejecucion de una sentencia, no conviene admitir en el efecto suspensivo la apelacion que de la misma se interponga: mas ¡cuántos negocios no ocurren casi diariamente que ninguna relacion tienen con el público, y en los cuales aconseja la conveniencia y equidad que se admitan las apelaciones en el efecto devolutivo! ¡Cuántas veces despues de sustanciado un juicio ocurre alguna circunstancia que le constituye en la clase de *urgente*, á pesar de no habérsele considerado ni podido considerársele como tal desde un principio! Hé aqui, pues, que en las leyes no está espresamente definido cuáles son los litigios que deben sustanciarse por la via *sumaria*; hé aqui tambien que los hay que sin embargo de no ser sumarios ni interesar á la causa pública, no admiten la apelacion suspensiva: y asi las reglas anteriormente esplicadas, si bien exactas y adaptables como dejamos dicho, no son, empero, de una aplicacion tan general que puedan resolverse por ellas todos los casos que en la práctica pueden y suelen ocurrir: conviniendo, por tanto, modificarlas y darlas mayor estension, como parece quiso hacerlo el mismo Sr. Conde de la Cañada, aunque tal vez no se espresó, en esta parte, con la debida claridad. En primer lugar puede sentarse por regla general que en todo negocio no comprendido en las leyes antes citadas y que por su urgencia ó por otra razon cualquiera se haya sustanciado y decidido en juicio sumario, no deberá admitirse el recurso de apelacion mas que en el solo efecto devolutivo; lo propio procederá, 2º en los negocios cuya pronta decision interese directamente á la causa pública, aunque se hayan sustanciado por la via ordinaria, 3º y último, en todos aquellos en que, sin interesar al público, haya de ser mas grave, inminente é irreparable el perjuicio que puede seguirse al que ha obtenido sentencia favorable de que se dilate ó suspenda la ejecucion de esta, que no el que puede causar al apelante el que se ejecute inmediatamente. Ademas podria tambien añadirse que la apelacion deberá necesariamente producir el efecto suspensivo, en todos aquellos casos en que estén suficientemente aseguradas las resultas del juicio por medio de una fianza ó embargo, á menos que este sea de cosas ó efectos que puedan perderse ó deteriorarse con el tiempo; y últimamente que, en caso de duda, deben siempre admitirse las apelaciones en los dos efectos, mas bien que en uno solo; por ser esta la regla general, y principio inconcuso el de que no debe desposeerse, sino en virtud de auto ó providencia que cause ejecutoria, á la parte que ha estado en posesion al principiarse el juicio; y, no siendo lícito separarse de dicho principio sino cuando lo aconsejen la conveniencia ó necesidad, es necesario que estas sean muy notorias para que pueda una apelacion calificarse de escepcional. La ley de enjuiciamiento para los negocios y causas de comercio ha determinado espresamente cuáles son los autos ó providencias cuyas apelaciones deben admitirse en uno ó en ambos efectos; y ha colocado en esta última clase 1º á todas las sentencias definitivas dadas por los tribunales de comercio en juicio ordinario, cuyo interes esceda de tres mil reales, y de las de los juzgados que conocen de negocios mercantiles cuando pase de dos mil; 2º las proferidas en juicios ejecutivos en que se deniegue el remate de los bienes ejecutados ó se revoque la ejecucion; 3º las interlocutorias en que se desestime la recusacion; 4º las en que se provea sobre la escepcion de incompetencia; 5º las en que se denegare la prueba ó el termino estraordinario para hacerla: y en la primera clase 1º las en que se admita la recusacion, 2º las en que se provea sobre cualquiera escepcion dilatoria, no siendo la de incompetencia, 3º las en que se declare contestada la demanda, 4º las en que se reciba el pleito á prueba, ó se conceda el término estraordinario, 5º las en que se deniegue la comunicacion de autos: y ademas algunas de las declaraciones que pueden y suelen ocurrir en los incidentes sobre quiebras; y en los juicios ejecutivos las sentencias de remate y providencias dadas para la venta y adjudicacion de los bienes ejecutados y pago del ejecutante; arts. 388 al 396 de d. ley.

Por los términos en que se espresan las leyes y los AA. al enumerar las sentencias que deben considerarse como ejecutivas sin embargo de apelacion, habrá podido echarse de ver que esa calificacion no es en ciertos casos absoluta, sino relativa; ó lo que es igual, que en un mismo y determinado negocio puede haberse de admitir la apelacion en dos efectos ó en uno solo, segun cual fuere la sentencia de que aquella se hubiere interpuesto. Asi no se ha dicho por ejemplo que fuese ejecutiva en general la sentencia proferida en un pleito sobre prestacion de alimentos, sino aquella en que se hubiese mandado pagarlos: mas no lo seria si fuese la sentencia absolutoria, porque entonces nada habria que pudiera ejecutarse; y tampoco cuando, siendo el alimentario el convenido, se hubiese fallado que cesasen los alimentos, en cuyo caso aconsejaria la suspension

la propia razon de conveniencia que en el caso contrario exige el pronto cumplimiento de lo juzgado. Mas esta distincion que, en el caso propuesto, tiene tan sencilla y necesaria aplicacion, y que está tambien espresamente adoptada por las leyes en algunos otros, como, por ej. en los de que habia la cit. l. 22. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec., no puede decidirse con tanta facilidad si puede ó no aplicarse á varios otros negocios, por la ambiguedad con que, respecto de ellos, se han espresado las mismas leyes. El art. 49. del Reglam. prov. para la admin. de just. establece, como hemos visto, que no pueda admitirse masque en el efecto devolutivo la apelacion que se interponga de *la sentencia dada en los juicios sumarísimos de posesion.* ¿Deberá, pues, esto entenderse literal y estrictamente y con la misma generalidad que viene espresado, ó en él sentido de que tan solo sea ejecutiva la sentencia que recaiga en un juicio sumarísimo en el caso de ser condenatoria, y no en el de ser absolutoria? Cuando por dicha sentencia se manda la reposicion de un despojo ó atentado, es justo y natural (como observan los SS. D. Juan Bravo Murillo, y D. J. Huet en sus respectivas observaciones al Reglam. prov.) que se lleve inmediatamente á ejecucion. Pero, cuando el juez hubiere fallado el juicio sumarísimo, declarando no haber lugar al interdicto propuesto ó á la reposicion pedida ¿en qué podrá consistir entonces la ejecucion de la sentencia, (como oportunamente observan los mismos AA. antes citados) y en qué términos deberá cumplimentarse la disposicion de la ley de que no se remitan los autos originales á la superioridad hasta despues de ejecutada la sentencia? Podria parecer que esta cuestion no tiene objeto, toda vez que una sentencia debe considerarse como plenamente ejecutada, desde el momento en que conste no mandarse nada en ella que sea susceptible de ejecucion. Pero ¿qué deberia decirse en el caso posible, aunque raro, en que, declarándose no haber lugar al interdicto, se hubiese condenado en costas al que lo propuso? Cuando esto sucediera, habria algo que ejecutar en la sentencia y, á tenor de d. art. del Reglam. no podria admitirse la apelacion mas que en un solo efecto, ni remitirse los autos originales hasta despues de satisfechas las costas ocasionadas; y asi, en efecto, deberia practicarse, en opinion del señor Bravo Murillo en sus citadas observaciones. Por nuestra parte, empero, dudamos mucho que esto hubiese entrado en la intencion de los AA. del Reglam. á pesar de haberse espresado con tanta generalidad; y parécenos que, en el caso propuesto, no vacilaríamos en prescindir de la letra de la ley, porque no concurre en él ni puede concurrir razon alguna de las que, segun hemos visto, aconsejan el que deje de darse á la apelacion la fuerza suspensíva que es inherente á la naturaleza de la misma.=Igual dificultad que en los juicios sumarísimos ocurre en los ejecutivos, si bien, respecto de estos últimos, han estado las leyes mas esplícitas y algo menos susceptibles de diversas y encontradas interpretaciones. En un juicio tan privilegiado, en que no se trata de declarar la legitimidad y procedencia del crédito reclamado, sino de hacerlo efectivo con la posible celeridad, justo es y laudable sin duda que se evite, por todos medios, el que, procurando dilaciones, pueda el deudor ejecutado neutralizar el privilegio ó ventajosa posicion adquirida por el acreedor; y justo es, por consiguiente, que, en semejantes procedimientos, no se admitan las apelaciones mas que en el solo efecto devolutivo. Pero ¿deberá esto entenderse indistintamente y asi respecto de las providencias de que apelare el acreedor, como de las que se hayan proferido contra el deudor ejecutado? ¿Se admitirá tambien en un solo efecto la apelacion que el primero interpusiere del auto en que tal vez se haya denegado el remate y declarado improcedente la traba de ejecucion? Si se llevase á efecto semejante providencia, deberia inmediatamente levantarse el embargo puesto en los bienes ejecutados; y asi el carácter privilegiado del procedimiento vendria á producir una consecuencia directamente contraria al objeto que la ley, al calificarle de tal, se ha propuesto. Para evitar ese absurdo ha declarado la ley de enjuiciamiento antes citada que, en los negocios mercantiles, la sobredicha sentencia de remate tenga tan solo fuerza ejecutiva, cuando sea favorable al acreedor y se mande por ella proceder á la adjudicacion y venta de los bienes embargados y pago del ejecutante. Mas en los negocios comunes no falta quien pretende que no debe procederse con esa distincion, sino que absolutamente debe calificarse la referida sentencia de ejecutiva ya se deniegue ó provea por ella el remate contra el ejecutado; opinion que el Autor de la Curia Filip. Part. 2ª del juicio ejecutivo §. 21. núm. 3. y 4. funda en el principio de que en todo juicio debe ser igual la condicion de entrambos litigantes, y de que no puede ser lícito al reo lo que no lo es al actor, ni al contrario; de donde infiere que «si »en favor del executante se quita la apelacion »y nulidad al executado, tambien se quita en »favor del executado al executante.» Lo propio pretende D. Joaquin Escriche en su Diccionario de Legislacion y Jurispr. art. «Juicio ejecutivo» §. «Sentencia de remate y su ejecucion, previo afianzamiento» donde espresa, sin dar de ello razon alguna, que si el actor apela de la sentencia absolutoria, debe admitírsele el recurso, sin que por eso se suspendan los

efectos de la misma sentencia, esto es, el desembargo y entrega de bienes al ejecutado y la condenacion del ejecutante en las costas. Mas á pesar de tan graves autoridades no sabemos persuadirnos de que asi sea, ni creemos que semejante opinion pueda encontrar apoyo en el texto ni en el espíritu de nuestras leyes, ni nos satisfacen las razones en que la funda el Autor de la Curia Filip. El principio cierto é irrecusable de que debe ser igual la condicion de ambos litigantes en todo juicio, no es de tan absoluta aplicacion que deban sacrificarse á su observancia las razones de conveniencia y necesidad que pueden aconsejar se prescinda de él en algunos casos: y las mismas leyes han prescindido estableciendo, como hemos visto, que sean ejecutivas sin embargo de apelacion las sentencias proferidas en determinados negocios nó indistintamente y sea cual fuere el contenido de las mismas, sino en un sentido tambien determinado. Asi, á tenor de la l. 5. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. que antes hemos citado, en un pleito sobre validez y aprobacion de los pareceres conformes de los contadores, será admisible en un solo efecto la apelacion que se interpusiere de la sentencia, cuando por ella se haya confirmado y aprobado el parecer de los contadores; y deberá, por el contrario, admitírsela en los dos efectos cuando la sentencia apelada haya sido favorable á la parte que impugnaba dicho parecer y revocatoria de este. ¿Por qué la ley no tuvo aqui presente la igualdad de condicion de entrambos litigantes, y por qué denegó á uno de ellos el privilegio que concedia al otro? Porque un privilegio ó escepcion, por lo mismo que lo es, no debe ni puede otorgarse sin una causa poderosa, ni mas allá de lo que esta misma causa lo exigiere ó aconsejare; porque en la mayor parte de los casos ó negocios en que, segun las leyes y doctrinas de los prácticos, se admite la apelacion en un solo efecto, es por demandarlo asi ciertas razones especiales, que no concurren indistinta y absolutamente, sino en la hipótesis de decidirse aquellos negocios en cierto y determinado sentido; porque generalmente en esos mismos negocios en que es conveniente considerar como ejecutiva la sentencia cuando se la haya proferido en un sentido, suelen concurrir tambien razones especiales para no calificarla de tal, caso de haberse proferido en sentido contrario (*a*); y finalmente porque la verdadera igualdad de condicion y la única que, de justicia, se debe á los litigantes consiste en que no se prive á uno de ellos de los medios de defensa que se conceden al otro; nó en que por circunstancias especiales no se puedan proveer á favor del actor ó del reo ciertas garantías y dispensarle ciertas consideraciones que no hayan de influir en el éxito substancial y definitivo del negocio, sino en asegurar las resultas del juicio, cuando de otra suerte pudiesen hacerse ilusorias en perjuicio de una de las partes. Fuera de esto, es lo mas digno de notarse que las mismas leyes recopiladas en las que hemos dicho prescribirse que en los juicios ejecutivos haya de llevarse á cumplimiento lo fallado sin embargo de apelacion, estan muy distantes de establecerlo asi absolutamente y sin distincion alguna entre el caso de ser el fallo favorable al ejecutante y el de serle á este contrario y favorable al ejecutado. La l. 2. tit. 28. lib. 11. previene que si dentro de los diez dias del encargado no probare el deudor alguna escepcion legítima, *se haga el remate sin embargo de qualquier apelacion que dello se interpusiese; dando el acreedor fianzas*, etc. y luego continua «sin embargo que » la tal apelacion se interponga para ante Nos, ó » para ante los Oidores de las nuestras Audiencias, » ó para ante otros qualesquier Jueces, ó de » cualquier nulidad que *contra la dicha execu-* » *cion y remate se alegue.*» La l. 12. del tit. y lib. establece espresamente lo mismo en estos literales términos «y no haciendo la oposicion » dentro de los dichos tres dias, mande el Juez » *hacer remate y pago* á la parte dando las fian- » zas..... y *haga el remate y pago* sin embar- » go de cualquiera apelacion.» No puede ser mas evidente que estas leyes, únicas que dan á la sentencia llamada de remate el carácter de ejecutiva, se refieren esclusivamente al caso en que por aquella se mande en realidad proceder al remate por no haber el deudor opuesto ó probado sus escepciones; y que no solo no lo establecen en el caso de revocarse la ejecucion, sino que *à sensu contrario* revelan la intencion de que se observe en él la regla general, pues ni hay motivo para separarse de ella, como hemos visto antes, ni, á entenderlo de otro modo, es concebible que el legis-

(*a*) Supóngase una demanda de alimentos intentada por uno que, sin haber obtenido legalmente el tratamiento de pobreza, ha justificado no obstante que le son indispensables aquellos para mantenerse con decencia. En este caso si el fallo es condenatorio, deberá ejecutarse sin embargo de apelacion, por ser este uno de los casos escepcionales, como antes se ha dicho: mas si fuese absolutorio, y se condenase en él al pago de las costas al actor alimentario, á este mas que á otro alguno se le causaria una vejacion intolerable si se le privara de seguir la apelacion hasta despues de estar pagadas aquellas costas ó los derechos de compulsa que tal vez no podria satisfacer; y asi no solo cesaria en tal caso el motivo de separarse de la regla general, sino que lo habria para establecer una escepcion aun cuando la regla fuese de ejecutarse las sentencias. Supóngase, que hecha la provision de un beneficio curado, se reclama la nulidad de aquel acto. Si se declara no haber lugar á la nulidad reclamada, será ejecutiva la sentencia, y se pondrá al beneficiado en posesion, para no tener privados á los fieles de los alimentos espirituales. Mas si por el contrario, estando ya el obtentor del beneficio en posesion de él, se declarare nula la colacion del mismo ¿cómo puede racionalmente dudarse de que la apelacion que de ese auto se interpusiere deberá admitirse en ambos efectos y suspender la ejecucion, por las mismas razones que en el caso anterior aconsejan lo contrario?

lador se hubiese espresado en los términos en que lo hizo. Fundado sin duda en las espuestas razones opina D. Manuel Ortiz de Zúñiga Bibliot. jud. Parte 1ª Secc. 4ª cap. 12. que, siendo absolutoria la sentencia proferida en el juicio ejecutivo, y apelando de ella la parte actora, debe admitírsele el recurso libremente y en ambos efectos, como si se tratara de un pleito ordinario: opinion que creemos ser la única admisible, á pesar de haber pretendido lo contrario los autorizados Prácticos que antes hemos citado y otros no menos respetables: siendo muy digno de notarse que el Sr. Conde de la Cañada tan estenso y razonado por lo comun en todas las materias de procedimientos que dilucidó con su conocida maestría no solo no se hizo cargo de la cuestion que acaba de ocuparnos, sino que, el enumerar prolijamente las apelaciones admisibles en un solo efecto, dejó de continuar entre ellas la de la sentencia de remate en el juicio ejecutivo, siquiera refiriéndose al caso en que fuese condenatoria, que es el de que hablan las leyes espresamente.

Antes de pasar á otro punto conviene decir algunas palabras sobre las fianzas que exige la ley, en ciertos casos, de que se restituirá todo lo percibido por la ejecucion de la sentencia cuya apelacion se haya admitido en el solo efecto devolutivo. No conocemos mas que las llamadas de la *ley de Madrid* y de la *ley de Toledo*, tomando nombre de los puntos en donde dd. leyes fueron promulgadas: y tiene lugar la primera al ejecutarse sin embargo de apelacion una sentencia arbitral ó la que se haya proferido aprobando el parecer de los contadores nombrados por las partes ó en rebeldía de las mismas, dd. ll. 4. y 5. con su nota tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.; y la segunda al ejecutarse la sentencia de remate en el juicio ejecutivo en los términos antes esplicados, ll. 1. y 12. tit. 28. d. lib. 11. Por la fianza de Madrid promete el que insta la ejecucion devolver todo lo que percibiere con los frutos y rentas en el caso de revocarse la sentencia apelada; por la de Toledo se obliga á restituir lo cobrado *con el doblo por pena en nombre de interese;* bien que esto último ha dejado de observarse, y no se comprende ya la promesa del duplo en la mencionada fianza, sin que tampoco sea justo, empero, dejar de abonar al ejecutado en caso de revocacion los intereses correspondientes á la cantidad que resulte haber indebidamente satisfecho. En los tres casos espresados no se provee la ejecucion, antes debe darse á la apelacion interpuesta la fuerza y efecto suspensivo, lo mismo que en los casos no esceptuados, ínterin el que ha obtenido sentencia favorable no haya prestado la respectiva fianza: y, aunque parece á primera vista que debiera haberse establecido lo propio en todos los demas casos en que la apelacion es únicamente admisible en un efecto, con todo no lo han prescrito asi las leyes, antes han dejado de exigir la fianza para la ejecucion de las sentencias sobre nombramiento de tutores ó sobre cosas que no puedan conservarse y demas casos antes espresados, y tampoco hacen mencion de aquel requisito los AA. que, como hemos visto, estienden á otros casos no espresados en las leyes la limitacion del efecto suspensivo: sin que, todo bien considerado, deje de haber alguna razon de diferencia; por cuanto en los juicios de alimentos, por ej. en que solo se tiene por ejecutiva la sentencia, cuando es muy pobre el alimentario á cuyo favor se ha proferido, equivaldria á privar á este del mismo beneficio que se le dispensa el exigirle para poder instar la ejecucion que prestase una fianza; y asimismo, tratándose de cosas que puedan perecer con el tiempo ó de negocios que no sufren dilacion, seria contrariar el objeto de la ley el sujetar la ejecucion á los retardos que de exigirse la fianza podrian originarse, ya sobre el modo de prestarse aquella, ya sobre la idoneidad del fiador propuesto, ú otras dificultades que en semejantes casos pueden y suelen ocurrir.

En órden á las diferentes fórmulas con que en la práctica se suelen admitir las apelaciones, y la fuerza y valor de cada una de ellas nada tenemos que añadir á lo que puede verse en los Auts. antes citados y señaladamente en Febrero por los SS. Goyena y Aguirre d. lib. 4. parte 2ª tit. 20. secc. 6ª

Semejante en sus efectos al recurso de apelacion es el remedio de *adherirse* á ella, introducido para que puedan impugnar la sentencia, los que, habiéndola obtenido favorable en el punto principal, mas no en los secundarios como en el de costas ó restitucion de frutos, no han apelado sin embargo de ella, prefiriendo sufrir aquel pequeño gravámen que no haber de provocar y sostener por este solo motivo una nueva instancia. Cuando de todos modos se ven precisados á seguirla por haber apelado la parte contraria, fuera injusto el hacerles pasar por una providencia que solo condicionalmente han consentido; y por esta razon se ha adoptado universalmente en la práctica el sobredicho remedio, por el cual la apelacion legítimamente interpuesta por la parte que ha sucumbido aprovecha tambien á la parte vencedora, aunque esta no haya intentado igual recurso dentro el término de la ley, y para el efecto de poder pedir la mejora de la sentencia en que no se le ha concedido ó adjudicado todo lo que pedia ó esperaba. Las leyes romanas que habian prohibido terminantemente á la parte vencedora intentar el recurso de apelacion á pretesto de no haberse condenado al vencido en las costas ó en los per-

juicios (*pro hoc tantum modo quod nihil capere pro sumptibus litis vel detrimentis vel minus quam oportuerat jussa est.*) concedieron facultad al juez para enmendar en esta parte la sentencia aun sin necesidad de intentarse apelacion, *sine provocationis auxilio*, l. ult. C. *quand. provoc. non est necess.* y l. 39. C. *de appell.* porque mal podia decirse que hubiese consentido una sentencia y renunciado á impugnarla aquel á quien la misma ley habia prohibido apelar de ella: y en dd. ll. se ha creido encontrar el orígen del remedio á que se ha dado el nombre de *adhesion*, y que no han conocido las leyes españolas ni directa ni indirectamente autorizado. Creemos, empero, que no se han estudiado bastante las causas de semejante silencio, que, sin embargo, era muy fácil encontrar, toda vez que por derecho de Partidas se permite espresamente á los litigantes intentar el recurso de apelacion aun de las sentencias que les sean favorables, ya porque crean que no lo son tanto como lo habian esperado, ya por no haberse en ellas condenado al vencido en las costas ó á la restitucion de frutos l. 9. del presente tít; y en consecuencia puede decirse que ha variado la cuestion de aspecto, porque no es lo mismo conceder la facultad de impugnar la sentencia, cuando el contrario, ha apelado de ella, al que legalmente no ha podido hacer otro tanto, aunque no la haya consentido, que concederla al que pudiendo apelar, no lo ha verificado y ha dado á entender con su silencio que queria consentir el fallo. Es verdad que todavía en este supuesto obra la presuncion que al principio hemos indicado, de que la parte vencedora no ha consentido sino condicionalmente y al solo objeto de evitar una nueva instancia para conseguir las costas ó los frutos que no se le han abonado ó mandado restituir: es verdad tambien que, apelando el vencido, fuera muy duro obligar al vencedor á aceptar la sentencia tal como ha sido proferida y denegarle el derecho de pedir la mejora de la misma, cuando de todos modos, se ha de ver el negocio en segunda instancia. Pero ¿está acaso privado aquel de interponer oportunamente una apelacion condicional? ¿Puede privarse á la parte vencida del derecho que adquirió de que no se mejorase en su perjuicio la sentencia desde el momento en que ha espirado el término legal sin que el vencedor haya apelado por su parte? *ca pues el que se podiera alçar e non quiso, semeja que l plugo de la sentencia que dieron contra el*, dice la l. 5. del tit. próximo siguiente. Mas como quiera que sea de esto, ha prevalecido la opinion del Sr. Conde de la Cañada y demas escritores que han tratado posteriormente de esta materia, y conforme con ella la práctica general y constante de nuestros tribunales ha autorizado el uso del remedio de *adherirse* á la apelacion: cuyo orígen ha creido encontrarse en la citada l. 39. del Código Romano y que se ha considerado igualmente admisible y equitativo entre nosotros, á pesar de no haberlo adoptado nuestras leyes. Al espresarnos en estos términos no pretendemos repudiar las doctrinas de los citados AA., ni desconocemos absolutamente el fondo de equidad que en las mismas se encierra y que ha demostrado dicho Sr. Conde de la Cañada en su citada obra Parte 2ª arts. 6. y 7.; pero hemos creido conveniente emitir las anteriores reflexiones, para que se vea que la legalidad de esa práctica universalmente admitida no es tan incuestionable como, al parecer, se habrá creido, ni debe atribuirse á omision el que dejasen de autorizarla nuestros legisladores, mayormente los que formaron las Partidas, antes bien es de creer que estos últimos tan servilmente imitadores por punto general del derecho romano, no se separaron de él en esta parte sin un motivo, cual pudo serlo el que, al alzar la prohibicion de apelar la parte vencedora, hubiesen considerado deber privarle del remedio, que ya para nada necesitaba, de *adherirse* á la apelacion contraria. Tampoco discurrirémos sobre la conveniencia de esta disposicion, ni sobre la exactitud del raciocinio en que, á nuestro entender, se funda: baste observar, empero, que, no fue aquella dictada sin alguna deliberacion y conocimiento de causa.

= Pasando ahora al tiempo en que puede intentarse útilmente el mencionado remedio, pretenden algunos AA. que no hay término señalado á dicho efecto; y en realidad ya se deja entender qué los cinco dias concedidos para apelar, no corren al que quiera adherirse á la apelacion contraria; que si corrieran, tendríamos, sin necesidad de nuevos nombres, dos verdaderas apelaciones, aun cuando la una fuera condicional. El Sr. Conde de la Cañada cree, y asi fundadamente se observa, que solo puede la parte vencedora utilizar el derecho de adherirse, antes ó al tiempo de contestar el escrito de agravios del apelante ante el tribunal superior, «porque si en dicha contestacion se redujese á pedir que se confirme la sentencia sin oponerse á ella en parte alguna, estinguiria el derecho de adherirse y todos sus efectos» es decir, que, estando la parte apelada, al contestar el escrito de agravios, obligada á formalizar su peticion en la segunda instancia, ó bien deberá pretender la revocacion ó mejora en alguna parte de la sentencia, y con esto mismo quedará formalizada tambien su adhesion, ó bien deberá pedir simple y absolutamente la confirmacion, y entonces habrá consentido en términos bien esplícitos la sentencia y cesará por consiguiente la pre-

suncion, en la que el remedio de la adhesion se funda, de no haberla consentido sino condicionalmente. Estamos tambien conformes con esta doctrina, aunque, atendida la práctica constantemente observada por nuestros tribunales, de conferir traslado de todas las apelaciones á la parte en cuyo perjuicio se las interpone, bien podria haberse considerado á esta misma parte vencedora obligada á manifestar si se adhiere ó no al recurso interpuesto al tiempo de evacuar dicho traslado; y asi se evitara por este medio la anomalía que se observa con frecuencia de adherirse á una apelacion la misma parte que se ha opuesto absolutamente á que fuese esta admitida y pedido que la sentencia se declarase ejecutoria, diciendo que lo ha hecho tambien bajo condicion y con reserva del derecho de adhesion para el caso de que su oposicion no fuese atendida. Por lo demas, bien escusado es advertir que solo puede adherirse á la apelacion aquella parte en cuyo perjuicio se la haya interpuesto: pues los que hayan gestionado en los autos coadyuvando la pretension del apelante, ó tendrán con él un interes comun é indivisible habiéndose fundado en el propio título, y serán tales, en una palabra, que, á tenor de la l. 5. de este tit., puedan aprovecharse de la apelacion intentada por su litis-socio, en cuyo caso no necesitarán de la adhesion; ó no se encontrarán en dicho caso y entonces no obrará á favor de los mismos la presuncion de que solo hayan dejado de apelar condicionalmente y para evitar una segunda instancia en el caso de que sus contrarios no la promovieran; antes bien, por el mero hecho de no haberla provocado, debe entenderse que por su parte han renunciado á ella. Mas, puesto que el derecho de adherirse se funda esclusivamente en una presuncion ¿qué deberia decirse cuando esa presuncion estuviese escluida por las circunstancias y naturaleza del negocio? Si en una sentencia se ha condenado al convenido á lo que de él reclamaba el actor, aunque sin pago de costas ó intereses, á pesar de haberlos tambien pedido, se concibe muy bien que con el único objeto de conseguir esta condena no haya querido el actor sujetarse á los gastos y dilaciones consiguientes á una segunda instancia; y lo mismo podrá tener lugar, por ejemplo, si, habiéndose reclamado un crédito como exigible y, habiéndolo negado el convenido, se hubiere condenado á este á pagarlo, pero dentro de un corto plazo. Si en un pleito sobre vindicacion de bienes se hubiere condenado al reo á la dimision de ellos, aunque sin la restitucion de frutos, ya podrá suceder que sean estos de tanta consideracion y cuantía, que no pueda presumirse el que haya preferido el demandante perderlos á haber de seguir una segunda instancia. Mas, si, habiéndose reclamado un crédito puramente constituido, se le declarare legítimo, aunque sujeto á una condicion, ó si se condenare al demandado al pago de una mitad tan solamente ó una tercera parte de la cantidad reclamada, ¿como podrá admitirse la presuncion de que el actor que no ha apelado, haya dejado de hacerlo solo por creer que no lo verificaria el convenido? ¿Cómo podrá creerse que ha consentido la sentencia únicamente bajo condicion y que ha sujetado su derecho de impugnarla á la eventualidad de que apelase ó no de ella la parte contraria, cuando él tenia igual interes que esta última en verificarlo?

En tales casos, pues, y otros semejantes, creemos que no deberia admitirse la adhesion, y que prevaleceria á las presunciones en que esta se funda la de que la parte que no ha apelado de la sentencia dentro el término legal, se entiende que ha querido consentirla.

Otra cuestion hemos anunciado al principio de este apéndice, y es la de si debe en algunos casos el que intenta una apelacion espresar los agravios en que la funda, y cuáles sean aquellos. Por lo que hace á las apelaciones de las sentencias definitivas estan conformes todos los prácticos y espresamente establecen las leyes que no hay necesidad de semejante formalidad, ll. 2. y 22. del presente tit. Pero el autor de la Cur. Filip. citando á Paz y el Sr. Conde de la Cañada Parte 3ª cap. 3. num. 17 señalan entre la sentencia definitiva y la interlocutoria *la diferencia de que en aquella basta espresar el agravio en generalidad y es necesario espresarlo en esta.* Ninguno de los espresados escritores indica las razones en que se funda semejante doctrina: pero puede creerse que la han fundado en que, no siendo apelables todos los actos interlocutorios, sino tan solo aquellos en que concurren las particulares circunstancias espresadas en las ll. 23. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. y 13. del presente tit. y Partida, es necesario por lo tanto que el juez proceda con conocimiento de causa al declarar si es ó no admisible la apelacion que de ellos se interponga, lo cual supone que esta ha de ser motivada. Mas es notable á este propósito el que las mismas leyes de Partida que autorizaron la apelacion de algunas sentencias interlocutorias, establecieron una fórmula general para la interposicion de todas las apelaciones indistintamente y sin prescribir que hubiesen de espresarse los agravios, antes al contrario dispensaron formalmente de hacerlo á los que las interpusieran por aquellas palabras que se leen en la l. 22. de este tit. y Part. *Yo fulan sintiendome por agrauiado de la sentencia que distes vos don fulano contra mi por tal ome mi contendor sobre tal cosa, nombran-*

dola señaladamente, *alzome al Rey*, *o a los Judgadores* etc. De otra parte, las leyes recopiladas tampoco han establecido directa ni indirectamente la necesidad de que se motivaran las apelaciones de los autos interlocutorios, y su silencio en este punto no puede suponerse que sea casual é indeliberado, cuando, al tratar de las suplicaciones, han declarado no ser bastante el que se suplique, sino que deban tambien *esprimirse* los ágravios, ll. 1. y 2. tit. 21. d. lib. 11 N. R.: por cuyas razones consideramos mas admisible y fundada en las leyes, la opinion de los SS. Escriche, del reformador de Febrero y SS. Goyena y Aguirre que contradicen la de los citados Hevia Bolaños, Paz y el Sr. Conde de la Cañada.

Finalmente y antes de concluir debemos advertir que en algunas notas del presente titulo lo hemos ofrecido equivocadamente tratar en este apéndice de los recursos de nulidad; debiendo hacerlo en el que se pondrá á continuacion del tit. 26.

TITULO XXIV.

COMO LOS JUYZIOS SE PUEDEN REUOCAR, E OYR DE CABO, QUANDO EL REY QUISIERE FAZER MERCED A ALGUNA DE LAS PARTES, MAGUER NON SE OUIESSN ALÇADO DELLOS.

Merced, (*a*) e justicia (1), son dos cosas granadas que señaladamente deue auer todo ome en si, e mayormente los Reyes (2), e los grandes Señores, obrando por cada vna dellas assi como conuiene. E pues que en el Titulo ante deste fablamos de las Alçadas, que se han de librar por justicia, e por derecho; queremos aqui mostrar de la merced que demandan los omes a los Reyes, sobre los juyzios que les dan de que ninguno non se puede alçar, e sobre otras cosas que los omes non pueden, ni deuen auer, si non pidiendo merced á los Señores. E porende queremos aqui mostrar, que cosa es merced. E a que tiene pro. E quien son aquellos que pueden pedir esta merced. E en que manera, e a quien. E sobre que cosas. E en que tiempo la deuen e pueden demandar.

(*a*) et juicio Acad.

LEY 1. *Que cosa es Merced, e que pro nace della.*

Templamiento de la reziedumbre de la justicia es la merced (3), e nace gran pro della. Ca ella mueue a los Reyes a piedad, contra aquellos que la han menester, e la piden en tiempo, e en sazon que lo deuen fazer.

LEY 2. *Quien son aquellos que pueden pedir merced.*

Pedir puede merced todo ome que fuere libre. Ca los sieruos (4) non son omes para parecer ante los Reyes para pedirla. Fueras ende, para vengar muerte de su señor, o por aquellas razones, que diximos en el Titulo (5) de los demandadores, que los sieruos pueden estar en juyzio. Otrosi los del Pueblo pueden pedir merced al Rey, que les tuelga los agrauiamentos que ouiessen recebido por sus Oficiales (6), e que los saque de aquellos oficios, e los escarmiente, e ponga y otros en sus lugares.

LEY 3. *En que manera se deue pedir merced, e a quien.*

(1) *Tacere misericordiam, et judicium, magis placet domino, quam victimæ.* Proverb. cap. 21. versic. 3. *Et misericordia portio justitiæ est.* S. Ambros. *super Psalm.* 118. Serm. 8. versic. 2.

(2) *Misericordia et veritas custodiunt Regem, et roboratur clementia thronus illius.* Proverb. cap. 20. versic. 28. y Demóstenes *ad Alexandrum: Nulla de virtutibus tuis generosior misericordia, vel admirabilior clementia, neque per aliud Deo propior accedere potes; quam ut salutem conferas hominibus, vel dando, si egerint, vel parcendo si delinquerint, vel indulgendo si supplicaverint.* V. l. 23. C. *de nupt.* y l. unic. §. 13. C. *de caduc. toll.*: y Séneca lib. 1. *de clementia*, donde espresa que ánadie conviene tanto esta virtud, como al Príncipe; y añad. l. ult. C. *de donat. int. vir. et uxor.*, el versic. *imperialis clementiæ*, *de pace Constantiæ* y Bald. allí, y lo que, segun refiere Oldrald. consil. 47., se decia en alabanza de Octaviano, que era naturalmente clementе para todos y para pocos severo.

(3) *Superexaltat enim misericordia judicium* Jacob. cap. 2. versic. 13.

(4) Conc. l. 1. C. *de precib. Imper. offerend.*

(5) Ll. 8. y 9. tit. 2. de esta Part.

(6) Conc. *Novell.* 8. cap. 8. §. 1. *collat.* 2. y lo anotado por Azon *in summa* C. *de prec. Imper. offer.*

Omildosamente fincados los ynojos (7), e con pocas palabras (8) deuen pedir merced al Rey los que la han menester. E si por auentura han de fazer peticion sobre tal razon como esta, deuen y poner aquellas palabras que fazen al fecho; porque los Reyes, e los otros grandes Señores, que an de ver muchas cosas e granadas, non sean detenidos por alongamiento de oyr muchas razones, o de ver grandes escritos.

LEY 4. *Sobre que cosa pueden pedir merced.*

Vna de las cosas por que mas señaladamente los omes pueden pedir merced al Rey, es, quando son judgados por el, o del Adelantado mayor de su Corte de que non se pueden alçar, que sean oydos otra vez sobre aquel juyzio, e quel mejore si fallare razon por que lo aya de fazer. Pero esto se entiende de aquel juyzio, que el Rey, o el Adelantado (9) diesse, conociendo del pleyto principalmente en començandose antel. Ca si el pleyto fuesse librado por juyzio del Alcalde de alguna Cibdad, o de alguna Villa, e fuesse tomada alçada del para el Adelantado mayor de la Prouincia, e confirmasse la primera sentencia, e se alçasse otra vez la parte deste juyzio a la Corte del Rey; si el Rey, o el Adelantado ma-

(7) Añad. ll. 18. tit. 13. y 26. tit. 9. Part. 2.

(8) Conc. l. ult. C. *de precib. Imper. offerend.* * Es de advertir aqui que, sin perjuicio de intentar el recurso de suplicacion *en pocas palabras*, como en esta ley se previene, deben con todo en el mismo escrito de suplicacion espresarse los agravios que hayan dado motivo para suplicar de la sentencia, ya sea esta definitiva, ya interlocutoria, sin cuyo requisito no es admisible la suplicacion, ll. 1. y 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec. bien que en el dia no se observa muy rigurosamente la indicada disposicion. V. apéndice á este tit.

(9) Acerca de las atribuciones de este magistrado, V. ll. 17. y 19. tit. 1. l. 19. tit. 9. Part. 2. y l. 8. tit. 18. Part. 4. En el dia le han sucedido los Señores del Consejo y los Oidores de la Chancillería, sin que pueda decirse que estén en lugar del mismo los jueces de la Corte llamados *Alcaldes del Rastro*, porque de los fallos de estos en lo civil no hay apelacion, antes al contrario de las sentencias que dieren puede apelarse á los SS. del Consejo Real, segun la l. 7. tit. 17. lib. 3. *Ordenam. Real*; y he visto en un caso árduo suscitarse cuestion sobre si de la sentencia proferida por uno de dichos Alcaldes *de Corte ó de rastro*, podia interponerse suplicacion á lo menos sujetándose á la pena y prestando la caucion prevenidas en la ley de Segovia, que es la 8. tit. 4. lib. 2. *Ordenam Real*; pareciendo que no podia haber lugar á dicho recurso, porque habiéndose empezado el pleito ante el mismo Alcalde, y habiéndose apelado de él al Consejo, habia venido á este *de grado en grado*, en cuyo caso no procede la citada ley de Segovia [l. 2. tit. 21. l. 1. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.] segun en la misma se espresa. Ademas por el cap. 30. de las *Ordenanzas de Madrid* [l. 4. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.] está prevenido que el recurso de segunda suplicacion de que habla d. l. de Segovia (y lo propio se establecia en esta) puede admitirse tan solo de las sentencias de revista dadas en aquellos pleytos que hubieren comenzado por nueva demanda ante la Chancillería ó Consejo Real y no en los demas. Pero lo contrario puede deducirse de la presente ley en la cual se permite suplicar al Rey de la sentencia del Adelantado substituido hoy, como he dicho, por los SS. del Consejo: y tambien parece ser este el espíritu de d. ley de Segovia, al establecer que en los pleytos arduos haya de admitirse no solo la primera ú ordinaria, sino tambien la segunda suplicacion hasta de dos sentencias conformes proferidas por todo el Consejo; y asi con mayoría de razon deberia aquella admitirse cuando solo se hubiese proferido una sentencia. Lo mismo se infiere tambien del cap. 3. *Ordenanza de Medina* [l. 10. tit. 1. lib. 5. y l. 13. tit. 2. lib. 11. Nov. Recop.] en el cual se declara que las apelaciones de las sentencias dadas por los Alcaldes de Corte vayan á los SS. del Consejo; y que la primera sentencia que por estos se profiera se considere ser la de revista, como si las de dichos Alcaldes se quisiesen considerar en el mismo grado que las proferidas por el Consejo, y por consiguiente en grado de revista la segunda que se profiriera por apelacion interpuesta de los mismos; pero es asi que aun cuando real y efectivamente se hayan proferido dos sentencias por el Consejo, se da lugar contra ellas al recurso de segunda suplicacion bien que mediante la pena y fianza exigida por la ley de *Segovia*, luego lo mismo deberia decirse en el caso á que se refiere *la Ordenanza de Medina*. Y nada importa el que, por punto general, no tenga lugar para los casos presuntos ó fingidos, lo que para los reales y verdaderos está establecido, l. 3. §. 6. *de negot. gest.* pues esto debe entenderse, tan solo cuando no obran las mismas razones respecto de los primeros casos que de los segundos, cap. *ad audientiam* 15 *de cleric. non resid.* y l. 29. §§. 5. y 7. D. *de liber. et*

yor confirmasse los juyzios sobredichos (10), dende adelante non puede pedir merced al Rey, que oya de cabo aquel pleyto. Fueras ende, si el Rey le quisiesse fazer merced, como Se-

posthum. y notablemente Juan de Imol. allí, donde espresa que la mencionada regla es aplicable tambien á las concesiones ó privilegios exorbitantes, los cuales no deben hacerse estensivos á otros casos fuera de aquellos para los que se hubieren espresamente otorgado. Parece tambien confirmarse lo dicho por la l. 1. §. 1. D. *ad leg. falcid.* en la que se declara que la ley Falcidia es aplicable á los testamentos confirmados por la ficcion de la ley Cornelia: y asi tambien puede decirse que la ley de *Segovia* es aplicable á todas aquellas sentencias que, á pesar de no serlo verdaderamente, se consideran ser de revista: pues por mas que lo establecido contra el derecho comun no pueda, en general, estenderse por interpretacion á otros casos que los espresamente privilegiados, pero puede al contrario estenderse el mismo derecho comun á otros casos especiales, segun d. l. 1. §. 1. y Bart. y DD. allí. A mas de que, siendo, como es, favorable la materia de la suplicacion interpuesta por ante el Rey, sobre todo cuando se trata de la primera ú ordinaria, segun se espresa en nuestra ley aqui, en el sumario del presente tit. y l. unic. C. *de sentent. Præf. Præt.*, debe mas bien ampliarse que restringirse, en caso de duda, lo dispuesto en dd. ll. de *Segovia* y de *Medina*, á tenor de d. l. 29. §. 5. D *de liber. et posth.* Fuera de esto, las leyes del Reino tienden en gran manera á que en todos los negocios se puedan llegar á proferir tres sentencias, y á que solo mediando estas, se escluya el recurso de suplicacion. Asi se infiere de d. ley de *Segovia* y del cap. 26 de las Ordenanzas de Madrid. [l. 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Recop.] Pero en el caso en cuestion no habria mas que dos instancias, y por lo tanto no debe escluirse de él el mencionado recurso: y asi lo indica tambien claramente nuestra misma ley aqui, declarando que cuando el fallo del Adelantado es confirmatorio de otros dos proferidos por los jueces inferiores, no hay del mismo suplicacion, pero otramente sí. Otra razon hay, y es que la disposicion contenida en las *Ordenanzas de Medina*, siendo correctiva ó derogatoria del derecho comun, debe mas bien restringirse y limitarse, de suerte que se entienda aplicable tan solo á los pleitos no muy árduos el que hayan de quedar terminados con dos sentencias, sin esperar la tercera, contra lo que disponia el derecho comun l. unic. C. *ne lic. tertiò provoc.* l. 25. del tit. prox. antecedente; mas de ninguna manera debe entendérsela aplicable á los negocios árduos que tambien por derecho comun y por el del Reino, podian elevarse al conocimiento del Príncipe por via de suplicacion: porque, en caso de duda debe siempre adoptarse la decision mas favorable á aquel recurso, Glos. y Ang. á la l. 68. D. *de reivindic.* Finalmente, si á lo dicho se objetare que la citada *Ordenanza de Madrid* escluye espresamente la segunda suplicacion de todos los pleitos que no hayan empezado por nueva demanda en el mismo Consejo Real ó Chancillería, y por consiguiente tambien en el caso de que se trata; puede responderse que este último no se halla espresamente escluido, sino omitido, y en este concepto debe considerársele mas bien comprendido en el derecho comun, que no en la prohibicion, l. 10. D. *de liber. et post.* l. 64 §. 9. D. *solut. matr.* porque una disposicion ó estatuto escepcional no debe hacerse estensivo á los casos no comprendidos literalmente en él, segun Bald. á la l. 19. C. *de collat.* y á la l. 14. D. *de legib.* Mas, á pesar de que esto parece lo mas conforme al derecho y equidad, lo contrario se ha declarado en la práctica insiguiendo la rigurosa letra de dd. ll. de *Segovia* y de *Madrid*. —* Sobre la categoría y atribuciones del *Adelantado, de los Alcaldes de Corte y de Rastro*, y demas antiguos magistrados ó tribunales de que se hace mencion en la presente nota, V. el apéndice al tit. 4. de esta Partida. En el dia han desaparecido aquellos por la nueva organizacion de los tribunales, y han dejado de tener objeto y aplicacion las cuestiones y doctrinas de que se ocupa nuestro Glosador aqui, habiéndose abolido el recurso de segunda suplicacion, Real Decreto de 4 Noviembre de 1838; y estando espresamente declarado que contra tres sentencias aunque no sean conformes no se admite recurso alguno, art. 285 de la Constitucion de 1812: y cuáles sean los casos especiales en que se admite ó deja de admitirse la suplicacion ordinaria de los autos ó sentencias proferidas por los tribunales superiores, véanse los apéndices á este tit. y al tit. 26. de esta Partida.

(10) Esto es, las dos anteriores sentencias conformes: y lo mismo, que aqui, se dispone en las *Ordenanzas de Madrid*, vers. *Porque los pleitos* [l. 2. tit. 21. lib. 11. Nov. Recop.] Pero si no hubiese precedido mas que una sentencia, y esta hubiese sido confirmada por la Corte ó Real Audiencia, ¿se admitiria la suplicacion de la confirmatoria de vista? Nada sobre el particular la presente ley declara y tampoco bien esplicítamente la de D. Juan I en Segovia [d. l. 2] bien que parece escluir de dicho caso la suplicacion. Pero generalmente se opina que puede tambien suplicarse, y en la prática se suplica. Pero ¿podrá la espresada sentencia confirmatoria llevarse á eje-

ñor (11). Otrosi pueden pedir (*b*) merced los omes, que les aluengue los plazos de las debdas que deuen. Mas non lo pueden fazer, que les quite el debdo del todo (12). Otrosi non pueden pedir merced al Rey sobre cosa que sea dañosa al Rey (13) o al Reyno. E si por auentura la cupiesse el Rey, non deue valer aquella gracia; fueras, si le fuesse otorgada otra vez de cabo. Otrosi non deuen pedir merced al Rey que perdone a ome que fuesse judgado por traydor (14), o por aleuoso.

LEY 5. *Como non pueden pedir merced de sentencia que fuesse dada contra alguno, de que se pudiera alçar, e non quiso.*

Sentencia diffinitiua seyendo dada contra alguno que fuesse mayor de veynte e cinco años, de tal Judgador de quien se podria alçar si quisiesse; si non se alçasse della en el tiempo que lo podia fazer, maguer viniesse despues desso a pedir merced al Rey, que mandasse oyr otra vez el pleyto, non deue ser oydo, nin gela deue caber (15). Ca pues que el se pudiera alçar, e non quiso, semeja que le plugo de la sentencia que dieron contra el. E aun dezimos, que si los omes supiessen que serian oydos sobre tal razon como esta, siempre se trabajarian de demandar, e pedir merced, que los oyessen; e nunca los pleytos se podrian encimar, nin acabar.

LEY 6. *En que tiempo pueden, e deuen pedir merced.*

Desde que la sentencia fuere dada por el Rey, o por el Adelantado mayor de la Corte, fasta diez dias puede pedir merced (16), la parte que se tuuiere por agrauiada, que le oya sobre ella. E si estonce le fuere otorga-

(*b*) merced al rey Acád.

cucion, prestándose al efecto las fianzas de que hablan la autent. *quæ supplicatio* C. *de precib. Imper. offer.* y la l. 6. de este tit.? Tampoco hallo este punto espresamente decidido por nuestras leyes: porque la citada l. de *Segovia* prohibe la ejecucion de la primera sentencia proferida por la audiencia, cuando el pleito se hubiere comenzado ante la misma, nó cuando haya venido á ella de *grado en grado*, por lo que tal vez rigurosamente deberia decirse que en dicho caso, por no estar espresamente prohibido, habria de observarse lo dispuesto en las citadas autent. y l. 6. En la práctica, no obstante, ha prevalecido la opinion de no ejecutarse lo juzgado sino cuando lo ha sido por tres sentencias conformes. Es verdad que tampoco he visto en tales casos ofrecerse las fianzas y pedirse la observancia de la citada autent. y l. 6. pero, tal vez si se alegasen no dejarian de cumplimentarse aquellas, sobre todo cuando constase notoriamente la malicia del suplicante y su intencion de prolongar el pleito y cuando se pidiese por parte del mismo la concesion del término ultramarino para probar. Pero digno es este punto de mas detenida reflexion y no deja de ser conducente para decidirlo lo dispuesto por nuestro Rey D. Cárlos en las *Ordenanzas de Indias* cap. 13. vers. *y para escusar.* — * Lo mismo que hemos dicho en la adicion á la nota que antecede se aplicable á la presente.

(11) Nótese esto, á propósito de lo que se ha dicho á la l. 25. del tit. prox. antecedente y V. Bald. al cap. *studuisti*, *de offic. legat.*

(12) Añad. ll. 32. y 33. tit. 18. de esta Part. y lo anotado allí.

(13) Añad. l. 29. tit. 18. de esta Part. y lo anotado allí.

(14) Añad. l. 12. d. tit. 18. siendo de notar lo que aqui se dispone, y con razon; porque el traidor es indigno de estar en la presencia del Príncipe y demas Señores, y de que se le admita en la corte. V. Bald. al cap. unic. *an ille qui inter. frat. dom. sui.* Y asi cuando el Príncipe indulta el crímen de traicion ó alevosía debe hacerlo con la cláusula de *en nada obstante*: bien que tambien sería válido sin ella el indulto, cuando el Príncipe *motu propio* lo hubiese concedido, l. 1. C. *de petit. bonor. subl.* — * Conc. con lo dispuesto aqui el art. 1º y el 32. de la l. de 17. Abril de 1821. y V. á este propósito lo anotado á la l. 16. del tit. prox. antecedente.

(15) Conc. l. ult. C. *sent. rescind. non poss.* y V. cap. *exposita* 12 *de arbitris* y l. 16 C. *de transact.* y entiéndase que tendria lugar lo dispuesto aqui, aunque en la suplicacion elevada al Príncipe se pusiese la cláusula de *no obstante la tal sentencia*; pues aun entonces debería continuarse en el rescripto la misma cláusula. Asi lo opina Alex., citando cierta decision de la Rota, consil. 136. vol. 2. col. 1. versic. *et dato*: y deberia espresarse en él: *no obstante la tal sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada*, segun el mismo Alex. consil. 94. vol. 2. pr. y Dec. consil. 295. col. 2. y consil. 198. col. 2. y añad. la Glos. notabl. á la Clementin. *dudum*, *de sepult.* vers. *pacta.*

(16) Conc. l. 5. y autent. *quæ supplicatio* C. *de precib. imper. offer.* y *Novell.* 119. cap. 5. *collat.* 9. y lo que sobre este particular está dispuesto por derecho de los *Ordenamientos*, puede verse en dd. ll. de *Segovia* y de *Madrid* con lo que acerca de ellas se ha dicho en las notas 9. y 10. de este tit. ¿qué deberia empe-

da esta merced, puedese mandar cumplir el juyzio, si es dado sobre cosa mueble, o rayz; dando fiadores el vencedor, que tornara todo aquello de que fue entregado, si el Rey touiere por derecho, de desfazer aquella sentencia que era dada por el. E si por auentura non se acordasse de pedir merced fasta este tiempo sobredicho, puedelo fazer aun fasta dos años (17). Pero en tal caso como este el juyzio deue ser cumplido, e non ha por que dar fiadores, como de suso diximos, aquel por quien es dado. E sobre todo dezimos, que el Adelantado, o el Rey que otorgare esta merced, deue oyr el mismo el pleyto de cabo, porque pueda mejor entender, si es de mejorar.

ro, decirse tratándose de la sentencia proferida por algun Rey ó Príncipe de los que estan sujetos al Emperador? Bald. á la l. 1. §. 1. hácia el fin D. *de offic. Præf. Præt.* pretende que de dicha sentencia podria suplicarse al César: y añade que del mismo modo en el órden ó gerarquía eclesiástica, podria suplicarse al Apostólico. —* V. el apéndice á este tit.

(17) Conc. l. 1. C. *de sentent. Præf. Præt.* —* V. el apéndice.

APÉNDICE.

El recurso de suplicacion conocido ya entre los Romanos, como es de ver en la *Novell.* 119. cap. 5. *collat.* 9., recibió por las leyes de este tit. y Part. el nombre de *merced,* y tomó, al parecer, un carácter distinto del que antes habia tenido, confundiéndosele con las peticiones estraordinarias que podian elevarse al Rey solicitando de él alguna gracia mas que un acto de rigurosa justicia, como, por ej. la de conceder á un deudor una espera ó plazo para que no pudiesen sus acreedores molestarle hasta despues de cierto tiempo, segun se infiere de la l. 4. de este mismo tit. *pueden pedir merced al Rey los omes que les aluengue los plazos de las debdas que deuen* y tambien de las palabras contenidas en el epígrafe del tit. prox. sig. en donde, al esplicarse la diferencia que hay entre el recurso de apelacion y el de súplica, ó sea entre la *alçada y la merced*, se dice que *el que apela, fázelo porque entiende quel fizieron tuerto en el juyzio que dieron contra el. Mas el que pide merced sobre algun juyzio, non se querella de tuerto, mas quiere decir que es bueno, e se puede mejorar.* En el dia, administrándose la justicia, bien que en nombre del Rey, pero independiente y esclusivamente por los tribunales y bajo la inmediata responsabilidad de los mismos, nada de lo que se pide á estos tiene el carácter de pura gracia, ni en calidad de tales, tienen facultad de otorgarlas de ninguna clase. La suplicacion, pues, en los casos en que, segun las leyes, puede y debe admitírsela, es un recurso ordinario en toda la estension de la palabra, y puede considerársele como una segunda apelacion, aunque con distinto nombre y con la circunstancia de haberlo de proponer en términos mas modestos y reverentes, porque asi lo exige el mayor respeto debido á los tribunales superiores de cuyos fallos dicho recurso se interpone. Por lo demas, empero, si bien por un resabio de lo dispuesto en las antiguas leyes, se conserva la fórmula de pedir que *se mejoren, se suplan, enmienden ó conmuten en mejor* los fallos suplicados, en lugar de pedir que sean *revocados*, como se hace con aquellos de que se ha interpuesto apelacion, mas no es por considerarse dichos fallos como *buenos*, segun la espresion de la ley de Partida, sino por pretender el suplicante que con ellos no se le ha hecho justicia ó se ha desatendido su buen derecho, y en una palabra por creerse *agraviado*, que esta es la espresion que usan las leyes recopiladas indistintamente, asi al hablar de las suplicaciones, como de las apelaciones ó alzadas.

Las leyes de Partida lo mismo que las recopiladas contienen varias disposiciones especiales respecto del recurso de suplicacion para los casos en que aquel se hubiese interpuesto de algun auto ó providencia dictada por un tribunal superior en primera instancia. Mas, como en el dia no puedan dichos tribunales superiores conocer en primera instancia de negocio alguno, claro es que habrán dejado de tener aplicacion y objeto las disposiciones referidas y que no podrá tener lugar el recurso de suplicacion de las sentencias de vista, sino interponiéndosele de las proferidas en grado de apelacion de las que hubieren dictado en primera instancia los jueces inferiores ú ordinarios; porque en el único caso en que los tribunales superiores pueden conocer y proceder en primera instancia, no se admite de la sentencia de vista dicho recurso de suplicacion, art. 58. y disposicion 5ª del art. 73. del Reglam. prov. para la admin. de just.

La obligacion que, como hemos visto en

la adicion á la nota 8. de este tit., imponen las leyes recopiladas al que suplica de una sentencia de espresar los agravios en el acto mismo de intentar el recurso, pretenden algunos AA. haber sido establecida para que el tribunal que ha de admitir ó desestimar la suplicacion pueda hacerlo y declararlo con conocimiento de causa, suponiendo con esto y aun afirmándolo, como lo hacen algunos, espresamente, que puede dejarse de admitir la súplica por frívola y maliciosa, siempre que el tribunal se convenza de la justicia de la sentencia suplicada y de la improcedencia y ningun fundamento de los agravios alegados, habiéndose llegado hasta á decir que solo podia admitirse aquel recurso cuando los agravios fuesen probables y se les fundase en nuevas alegaciones y probanzas, mas nó cuando se impugnase directamente la sentencia y se pretendiese su revocacion ó conmutacion en mejor por los mismos méritos con que habia sido proferida. Asi lo esplican el Sr. Conde de la Cañada (*Juicio civil*, Part. 2. cap. 4. nums. 12. y 13.) y otros, y asi debió tal vez entenderse atendida la letra y espíritu de las leyes de Partidas y aun el de las Recopiladas, las cuales, al exigir que se espresasen los agravios al intentar la suplicacion, hubieron de establecerlo con algun objeto, y este no pudo ser otro sino el de que se tuviese en consideracion la procedencia ó probabilidad de los supuestos agravios para admitir ó desechar el recurso: de lo contrario hubiera sido inútil el que aquellos se espresaran. Mas habiéndose en nuestros dias convertido la suplicacion en un recurso puramente ordinario, y estando, como está, espresa y circunstanciadamente determinado por las leyes cuáles sean los autos ó sentencias de las que puede interponerse la suplicacion, no solo habrán dejado de poderse desestimar las que acaso se interpusieren por agravios notoriamente infundados ó imaginarios, sino que, á tenor de lo dicho, puede calificarse de rigurosamente legal la práctica de admitirse las suplicaciones, aunque al interponerlas, no se haya espresado agravio alguno, y considerarse suprimida la necesidad de verificarlo que prescribian las leyes recopiladas. Por punto general y tratándose de recursos ordinarios es preferible que se admitan los que pueden interponerse sin fundamento y temerariamente, que no el que los jueces ó tribunales se crean con facultades para calificar de motivados ó inmotivados los recursos interpuestos, lo que equivaldria á prejuzgar prematuramente la cuestion misma que con la interposicion del recurso se propone, y daria ancha entrada á la arbitrariedad, hoy sobre todo que las apelaciones y súplicas se interponen ante el mismo juez ó tribunal, que ha proferido la sentencia, el cual ha de declarar si son aquellas ó no legalmente admisibles. Para declararlo, pues, no se deben tener en cuenta la justicia de la sentencia, aunque sea notoria, ni el mayor ó menor fundamento con que se haya suplicado dela misma, sino la naturaleza del negocio sobre que se haya proferido, á tenor de las reglas y disposiciones que vamos á esplicar.

Son suplicables, por punto general, todas las sentencias definitivas de vista, dadas en juicios ordinarios de propiedad, escepto en los siguientes casos: 1º En los pleitos cuya cuantía no esceda de mil duros en la Península é islas adyacentes ó de dos mil en Ultramar, en los cuales causa ejecutoria la sentenca de vista siendo enteramente conforme con la de primera instancia, y solo podrá interponerse de la misma el recurso de suplicacion cuando sea total ó parcialmente revocatoria de esta última: 2º En los pleitos cuya cuantía no pasa de dos cientos cincuenta duros en la Península é islas adyacentes y de quinientos en Ultramar, en los cuales siempre será insuplicable la sentencia de vista que confirme ó revoque la del inferior; á menos que dicha sentencia haya recaido en un pleito de los llamados de *menor cuantía*, de los cuales hablarémos mas adelante, ó que la suplicacion se fundare en el hahallazgo ó produccion de nuevos documentos jurando el suplicante que antes no pudo obtenerlos ó no tuvo de ellos noticia; en cuyo último caso será indistintamente admisible dicho recurso, sea cual fuere la cuantía del negocio y los términos en que la sentencia se haya proferido; de suerte que, mediando la produccion de nuevos documentos en los términos espresados, tan solo quedará escluida la suplicacion de los negocios sobre propiedad de que se haya conocido en juicio verbal, porque, no admitiéndose en ellos el recurso de apelacion de lo fallado por el ordinario, tampoco podrá haber sentencia de vista de que suplicarse; y aqui nos ofrecen nuestras leyes modernas un singular y lamentable ejemplo de cuán peligroso es y á cuán grandes anomalías puede conducir el hacer, como en España se ha verificado, reformas parciales en un ramo cualquiera de legislacion sin abarcar todo su conjunto, y arreglar sucesiva y aisladamente algunas de sus partes, sin tomar en consideracion las íntimas relaciones que tienen entre sí. Por la ley de 10 de Enero de 1838 se calificaron de *menor cuantía* los negocios cuya entidad fuese mayor de veinte y cinco duros y menor de ciento, se establecieron los trámites breves, sencillos y estraordinarios que en la sustanciacion de los mismos deben observarse, y se dispuso en el art. 18. de d. l. que de la sentencia de vista que recayese en ellos pudiese interponerse el recurso de suplicacion, siempre que, siendo revocatoria de la de primera instancia, hubiese sido proferida solo por mayoría y no

por unanimidad ó por todos los votos conformes de los magistrados que hubiesen visto el pleito: de lo que vino á resultar el absurdo de admitirse la suplicacion en el caso espresado de la sentencia proferida en un juicio de menor cuantía, y no podérsela admitir por el contrario en un juicio ordinario y de mayor cuantía, siempre que esta no esceda de los doscientos cincuenta duros, á tenor del citado art. 67. del Reglam. Algunos escritores han creido salvar este contrasentido pretendiendo que d. art. del Reglam. como contrario al art. 18. de la ley de 10 de Enero debia considerarse derogado por esta última publicada con posterioridad: pero semejante interpretacion está resistida por dos poderosas razones, una de las cuales no tiene, en nuestro concepto, cómoda ni posible solucion. Por una parte han observado ya todos cuantos se han ocupado de esta materia que, siendo una ley especial la de 10 de Enero, nada de lo dispuesto en ella es aplicable á los negocios ordinarios y de mayor cuantía, aunque la de los mismos no pase de los doscientos cincuenta duros. Y ademas hay que atender á la circunstancia de que en el citado art. 18. no solo se dispuso que fuesen suplicables las sentencias de vista revocatorias en caso de ser proferidas por los votos conformes de todos los magistrados, sino que se previno á estos especialmente y al efecto de que dicha disposicion fuese practicable, que en las indicadas sentencias hubiesen de espresar si lo fallado ó resuelto lo era por unanimidad ó por mayoría absoluta: formalidad que no se les exige, ni está en uso en los negocios ordinarios y de mayor cuantía; y por lo tanto faltarian los términos hábiles para aplicar á estos últimos la disposicion de la ley de 10 de Enero, aun cuando se la considerase derogatoria del art. 67. del Reglam. respecto de los negocios ordinarios comprehendidos en el mismo. —Hay ademas algunas sentencias de las cuales no se puede interponer suplicacion, á pesar de haber sido dictadas en méritos de propiedad, mas nó por consideracion á la cuantía de los negocios sobre que hubiesen recaido, sino por la naturaleza de los mismos: tales son las confirmatorias en vista de un laudo ó fallo arbitral, cuando sean proferidas por un tribunal superior, y las que lo sean de las proferidas en primera instancia en pleitos sobre rentas ó propios de los pueblos, l. 4. tit. 17. lib. 11. y l. 5. tit. 5. libr. 7. Nov. Rec. = Por lo que hace á los juicios posesorios, está espresamente declarado que nunca haya de admitirse en ellos el recurso de suplicacion, cuando sean sumarísimos; y tampoco en los plenarios, á menos que la sentencia de vista no sea enteramente conforme á la de primera instancia y la entidad del negocio esceda de quinientos duros, en la Península é islas adyacentes y de mil en Ultramar, art. 66. del Reglam. prov. Pero nada se ha dispuesto relativamente á los posesorios *sumarios*, ni es fácil determinar siquiera si nuestras leyes han conocido y autorizado en realidad esa tercera especie de juicios de posesion distintos de los *plenarios* en los que se observan las mismas formalidades de tramitacion que en el ordinario de propiedad, y de los *sumarísimos* en los que se prescinde casi de todas, inclusa la mas importante, cual es la citacion ó emplazamiento. Atendido el silencio que, en esta parte, observaron los AA. del Reglam. y tomando por norma el principio de que en los casos dudosos debe siempre abrazarse la opinion que mas favorezca á la defensa, parece que los posesorios sumarios deberian equipararse en este particular á los plenarios mas bien que á los sumarísimos, y admitirse por consiguiente en ellos el recurso de suplicacion, lo mismo que en los segundos en los casos espresados en d. art. 66. Pero tenemos por mas plausible y fundada la opinion contraria, porque es mas fácil concebir que el legislador haya confundido los juicios sumarios con los sumarísimos con los cuales convienen en la circunstancia de ser entrambos estraordinarios y privilegiados, que no con los plenarios con los que no tienen otro punto de contacto que el de ser unos y otros posesorios: y principalmente porque en los sumarios lo propio que en los sumarísimos concurre, fuera de las otras que la ley puede haber tenido presentes, una razon particular para que no se admita en ellos el recurso de suplicacion, y es la de que (á mas de no poderse causar en un juicio posesorio un gravámen irreparable, pues siempre lo fallado en él debe entenderse y se entiende sin perjuicio de lo que se fallare en méritos de propiedad) en los posesorios sumarísimos y sumarios ni aun la cuestion de simple posesion se decide de un modo definitivo é irrevocable, sino momentáneamente y con el carácter de pura interinidad, ó con reserva de lo que resulte del plenario qué puede despues promoverse sin perjuicio.

No sabemos si será esta consideracion de proferirse las sentencias en los posesorios sumarios con la cláusula de *sin perjuicio* la que habrá inducido á algunos tribunales á calificarlas, como las califican, de interlocutorias, y á sustanciar las instancias de apelacion á que las mismas dan lugar por los trámites prevenidos en el art. 69. del Reglam. prov. para la admin. de just. Mas sea de esto lo que fuere, es digno de observarse que la referida práctica, si llegase á generalizarse, prejuzgaria la cuestion de que aqui nos hemos ocupado; porque con ella serian notoriamente insuplicables las sentencias de vista que recayesen en aquellos juicios de posesion, no ya por ser sumarios, sino por serlo de autos interlocutorios, á te-

por de lo espresamente dispuesto en d. art. 69. y en el Real Decreto de 8 de octubre de 1835.

Otros negocios hay, á mas de los que quedan espresados, en los cuales, en opinion de algunos Prácticos, no se admite el recurso de suplicacion de la sentencia definitiva que en los mismos recayere. Tales son los negocios eclesiásticos llevados á las audiencias por via de fuerza, en los cuales se pretende que tampoco puede interponerse el espresado recurso, ya se haya declarado la fuerza y mandado al juez de la iglesia que la alce ó reponga, ya se haya fallado no haberla, y devuelto los autos á dicho juez para su continuacion. Asi lo opinan el Sr. Conde de la Cañada y, citando á este, Febrero y otros, fundándose en que el procedimiento á que dan lugar los recursos de fuerza es puramente informativo, y estrajudicial la facultad que compete á las audiencias para conocer de ellos, y en que el alzamiento de la fuerza viene á ser el reintegro de un despojo cometido por el juez eclesiástico en el hecho de usurpar la jurisdiccion Real. Mas, en el dia difícilmente puede sostenerse que sea estrajudicial el conocimiento que compete á los tribunales superiores sobre los recursos de fuerza; por ser esta otra de las facultades que las leyes les tribuyen espresamente, aun despues de haber quedado deslindadas las dos potestades judicial y administrativa, art. 58. del Reglam. prov.: fuera de que ya antes de esto era muy dudoso y cuestionable si en realidad debia considerarse como estrajudicial el espresado conocimiento; sosteniendo la opinion contraria Covarrubias en sus máximas sobre recursos de fuerza, y demostrando allí tit. 6. §. 8. y tit. 31. §§. 5. y sigs. con muchas y sólidas razones que deben considerarse como suplicables los fallos que en méritos de aquellos se profieran, á lo menos en la mayor parte de los casos. La comparacion que se ha hecho entre las fuerzas de los jueces eclesiásticos y los despojos haria, todo lo mas, que no fuesen suplicables los autos en que se declarase que verdaderamente ha habido fuerza y se mandase alzarla ó reponerla; y aun es necesario observar que en los juicios de despojo, á pesar de ser, como son, tan privilegiados y sumarísimos, no deja de admitirse, bien que solo en el efecto devolutivo, el recurso de apelacion, ni se da el negocio por terminado hasta que hayan recaido en el mismo dos sentencias: mas en los recursos de fuerza de que conocen originariamente los tribunales superiores, equivale á decir que la primera sentencia causa ejecutoria el pretender que no debe en ellos admitirse el recurso de suplicacion, lo que fuera darles un carácter todavía mas privilegiado que á los mismos juicios de despojo.

Todos los escritores que se han ocupado de esta materia se detienen principalmente en discutir y examinar si el tribunal Real, al conocer de los recursos de fuerza y al declarar la procedencia de los mismos, decide sobre lo espiritual, ó si lo hace limitadamente en cuanto á lo temporal: y á este propósito observan los SS. Goyena y Aguirre, (Febrero lib. 3. tit. 107. secc. 1ª nums. 6524. y sigs.) sosteniendo la opinion del Sr. Conde de la Cañada, que si bien se consideran las providencias de cada uno de los tribunales, se verá que estos nunca *deciden* ni *sentencian*, sino que se limitan á *impedir la fuerza*, en el recurso en conocer y proceder remitiendo al juez Real el proceso para que conozca de él como autoridad competente, y en el recurso en no otorgar contrayéndose á mandar al juez eclesiástico que admita la apelacion que habia denegado, pero sin entrometerse en el fondo del negocio: de donde infieren los citados escritores que en realidad el conocimiento de los recursos de fuerza es meramente informativo y estrajudicial. Pero ¿se dirá tambien que es estrajudicial el procedimiento á que dan lugar las competencias suscitadas entre dos ó mas jueces ordinarios de primera instancia, cuando son llamados á dirimirlas los tribunales superiores ó audiencias respectivas? Parece no cabe duda en que, al ejercer estas la facultad de dirimir las espresadas competencias que les está concedida tambien por d. art. 58. del Reglam., lo hacen en fuerza de la *jurisdiccion* ordinaria que las leyes les han cometido, y obran *judicialmente*: y menos puede dudarse todavía que es tambien *judicial* el conocimiento que compete á las mismas audiencias de los recursos de nulidad interpuestos de las providencias de los jueces inferiores por defectos en la tramitacion ó procedimiento: y sin embargo ni en uno ni en otro caso deciden ó sentencian las audiencias sobre el fondo del negocio en que se ha entablado la competencia ó reclamado la nulidad, ni declaran la justicia ó injusticia de las providencias proferidas en él, limitándose á proveer y declarar si se ha faltado ó no al órden de los procedimientos, ó si es competente el juez que ha empezado á conocer del pleito, ó lo son por el contrario los que le han reclamado su conocimiento. Por lo demas, es verdad que no hay ley alguna que autorice especialmente la suplicacion en los recursos de fuerza: pero de ese silencio observado por nuestros legisladores en una materia tan importante podria quizás inferirse una consecuencia contraria á la que de él infieren los mismos SS. Goyena y Aguirre en el lugar antes citado: porque la regla general en las providencias dictadas por los tribunales superiores, no siendo meramente interlocutorias, es la de poderse suplicar de las mismas; y de esto ha nacido el principio que, siguiendo al au-

tor de la Curia Filípica, han adoptado tambien los nuevos reformadores del Febrero (lib. 4. §. 2. tit. 24. secc. 2. num. 657.) de que *el recurso de suplicacion se debe admitir en todos los casos en que no está especialmente prohibido*; siendo consiguiente que deba admitirse tambien en los recursos de fuerza, por lo mismo que no lo prohibe ley alguna de las muchas que tratan de estos últimos. Podria objetarse aun que, siendo, como es, algo estraordinario, aunque judicial, el procedimiento á que dan lugar dichos recursos de fuerza y proteccion, y habiéndolo las leyes regularizado especialmente y con separacion de los negocios comunes, ha de ser por lo menos dudoso si deberá aplicárseles la regla general antes espresada, ó si esta se entenderá limitadamente para los negocios ordinarios: pero hasta esa duda queda casi del todo desvanecida si se atiende á que tambien en un caso particular está prohibido el reclamar contra lo decidido en méritos de los recursos de fuerza por la ley 7. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec. en la cual se previene que «los pleitos eclesiásticos y negocios que los alcaldes mayores del reino de »Galicia mandaren traer ante sí por via de »fuerza sobre otorgar, reponer ó remitir, si »de lo que en ellos ó en cada uno de ellos de»terminaren se apelare por alguna de las par»tes para la Real audiencia de Valladolid, que »el presidente y oidores de la dicha audiencia »no se entrometan á conocer ni conozcan de »las tales causas por apelacion ni en otra ma»nera alguna, ni den provisiones para que los »tales pleitos vengan á la dicha audiencia.» Sabido es que la antigua audiencia de Galicia, al mismo tiempo que era tribunal de apelacion con respecto á los jueces inferiores ú ordinarios de aquel reino ó territorio, estaba, empero, subordinada á la audiencia ó Chancillería de Valladolid, la cual conocia en grado de revista de los fallos dados por la primera, con la notable circunstancia de que el recurso que de estos últimos podian intentar las partes se calificaba de apelacion y nó de súplica, como los demas recursos interpuestos de las sentencias de vista, l. 3. tit. 2. lib. 5. Nov. Rec. De aqui se infiere que el citado recurso de *apelacion* para ante la Chancillería era el recurso ordinario concedido por las leyes para obtener la revision de las sentencias de vista proferidas por la audiencia de Galicia. Si, pues, las leyes recopiladas, al guardar silencio sobre la suplicacion en los recursos de fuerza, hubiesen entendido prohibir en general que aquella fuese admitida, ¿qué necesidad habia de establecer especialmente que tampoco pudiese admitírsela en los recursos de fuerza de que conociese la audiencia de Galicia? Ninguna: porque lo que en general estuviese establecido acerca de la suplicacion en los negocios de fuerza, debia necesariamente aplicarse á la apelacion de los fallos de dicha audiencia para ante la Chancillería que no era otra cosa que una verdadera suplicacion, aunque con distinto nombre. Ademas de esto, es muy dudoso que la citada ley 7. hubiese prohibido absolutamente la suplicacion ó revista de los recursos de fuerza, aunque hubiese conocido de ellos la audiencia de Galicia: porque otros negocios hubo en que, por razon de su urgencia ó por no ser susceptibles de dilacion, se dispuso tambien que no se admitiera en ellos la apelacion para ante la Chancillería: mas no por esto se suprimió la instancia de revista, antes se estableció espresamente que hubiese suplicacion para ante los mismos Regente y Alcaldes mayores de Galicia. Asi se verificó respecto de las causas criminales y tambien de las beneficiales sobre tenuta ó posesion, ll. 32. y 33. de d. tit. 2. lib. 5. fundándose, en cuanto á las primeras, la citada disposicion en que, observándose las antiguas ordenanzas y admitiéndose las apelaciones para ante la Chancillería, *habia mucha dilacion en el castigo de los delitos, y otros inconvenientes.* Es notable que esta consideracion nacida de la *urgencia* de las causas criminales y de las posesorias beneficiales que motivó las citadas disposiciones es tambien aplicable á los recursos de fuerza, si es exacto que estos hayan de equipararse á los interdictos de despojo; y asi la misma razon que se ha invocado para escluir la súplica de los espresados negocios, prueba, en nuestro concepto, lo contrario, ó sea, que por la ley 7. ya citada solo se quiso establecer y se estableció que los negocios llevados á la audiencia de Galicia por via de fuerza no saliesen de ella para la de Valladolid, aunque se interpusiese apelacion ó suplicacion de lo fallado en ellos, sino que hubiesen de reverse en la misma audiencia para evitar las dilaciones consiguientes á la remision y devolucion de los autos. Asi debió entenderlo el Sr. Covarrubias aunque no se hizo cargo de dicha ley recopilada ni de las demas que tratan de los recursos de fuerza sin autorizar en ellos espresamente la suplicacion, cuando afirmó que habia «ejemplares de haberse vuelto á rever en »el Consejo, y declarado fuerzas perdidas en »las Chancillerías y Audiencias» y sostuvo en el lugar citado que dicha suplicacion debia admitirse, aunque solo sentó dicha doctrina absolutamente con respecto á los recursos en el *conocer y proceder*; y en los recursos en el *modo* y en el *no otorgar* tan solo cuando se declarase en méritos de estos últimos que el juez eclesiástico no *hace fuerza*: pues en el caso contrario pretende el mismo escritor que no deberia admitirse la súplica, porque, segun él, «nadie ignora que toda providencia á fa»vor de la libertad y contra la opresion *debe*

»*ejecutarse inmediatamente*: á mas de que» añade, «la fuerza en el modo es una transgre-»sion espresa de la ley, y una injusticia noto-»ria: y asi aludiendo á esto sienta sabiamen-»te el Sr. Salgado que las determinaciones que »se dan mandando la observancia de una ley »son inapelables.» Con mucha desconfianza nos atrevemos á separarnos, en esta parte, de las opiniones de un respetable jurisconsulto, cuya autoridad nos ha animado á impugnar las del Sr. Conde de la Cañada. Pero, al paso que nos inspiran el mas firme convencimiento las razones en que el primero se funda para demostrar que el conocimiento de los recursos de fuerza no es estrajudicial y que no debe, en este concepto, dejar de admitirse la suplicacion que en ellos se interponga, creemos tambien que no pueden sostenerse las distinciones por él mismo establecidas entre una y otra especie de recursos para el efecto de considerar ó nó suplicables las providencias que recaigan en los mismos. El propio Sr. Covarrubias lo dice espresamente al contestar al argumento de comparacion entre los recursos de fuerza y los interdictos de despojo; «al paso que es »justo, y conforme á la ley del reintegro, que »se socorra al oprimido sin pérdida de tiempo, »tambien es justo que se ocurra á la pasion, »al error ó á la malicia de los jueces igual-»mente.» Esta observacion es aplicable á los recursos *en el modo* y en el *no otorgar* lo mismo que á los recursos en *conocer* y *proceder*, porque si de despojo se califica la infraccion de las leyes de procedimiento, del propio modo y aun con mayor motivo deberá calificarse la usurpacion de la jurisdiccion Real: y si esta calificacion no impide el que se suplique del auto llamado de *legos*, ó sea del en que se declara que el juez eclesiástico es incompetente, tampoco puede impedir que sean suplicables las declaraciones de la fuerza en el *modo* y en el *no otorgar*. Pretende el Sr. Covarrubias encontrar una razon de diferencia, diciendo que la jurisdiccion es una *Regalía*, y contra las regalías nunca se prescribe, ni valen ejecutorias. Pero á esto han observado muy oportunamente los SS. Goyena y Aguirre que el argumento probaba demasiado, pues el ser las regalías imprescriptibles haria no solo que fuese suplicable la primera sentencia en que se declarase la fuerza por incompetencia del juez eclesiástico, sino tambien la que se profiriese en revista y todas las que pudiesen proferirse hasta el infinito. No comprendemos, de otra parte, cómo las providencias dadas á favor de una regalía ó para el reintegro de un despojo ú proteccion de un oprimido han de considerarse, por el hecho de ser tales, como absolutamente inapelables. El Sr. Covarrubias dice con mucha razon que deben ejecutarse inmediatamente; pero de esto á inferir la consecuencia que él infiere con el Sr. Salgado va una distancia inmensa. La determinacion que se da mandando la observancia de una ley, es inapelable: nada mas justo. Pero, al decidirse un recurso de fuerza ó un interdicto de despojo, no solo se provee el mandato de que se observen las leyes ó de que se respete la Regalía ó jurisdiccion, sino que se declara tambien que esta se ha usurpado ó que aquellas se han infringido: y el que reclama contra semejantes providencias, no lo hace jamas en el sentido de resistirse á observar las leyes y respetar las Regalías, sino en el concepto de que, obrando como ha obrado, ni ha atentado contra estas últimas, ni ha infringido las primeras; no impugna el mandato de reintegro consiguiente á la suposicion ó declaracion de que ha habido un atentado, sino que contradice la declaracion misma, faltando la cual, tampoco debe haber reintegro. Si tan sagrado es el derecho de proteccion que tienen los verdaderamente oprimidos, no debe serlo menos el que de justificarse tiene el supuesto opresor, y de reclamar contra la providencia en que se le ha declarado tal: y por esto en los juicios sumarísimos de despojo, aunque por la naturaleza del negocio y por la presuncion de verdad que lleva consigo toda sentencia, se consideran como ejecutivas las que se profieren á favor del que se pretende despojado, pero son tambien apelables sin perjuicio, y se oye en una nueva instancia al pretendido despojador que recurre contra ellas. ¿Que inconveniente puede haber en que la providencia dada en méritos de un recurso de fuerza, aunque sea en *el modo* y en el *no otorgar*, y aunque por ellas se declare la fuerza y se mande la reposicion, se considere como ejecutiva sin embargo de suplicacion?

Infiérese de lo dicho hasta aqui y de otras razones que pudiéramos esponer, si fuera de nuestro instituto el detenernos en consideraciones mas elevadas y mas especialmente relativas á esta materia; 1º Que en los recursos de fuerza no debe hacerse ninguna diferencia ni en cuanto á su objeto, ni en cuanto á su decision ó resultado, para el efecto de decidir si son ó no suplicables las providencias que recaigan en los mismos: ó, lo que es lo mismo, que no hay razon para que en unos casos se admita la suplicacion y en otros deje de admitirse, aunque sí puede haberla para que en ciertos casos se proceda al cumplimiento de dichas providencias sin embargo de ser suplicadas y en otras se suspenda la ejecucion: 2º Que el conocimiento que compete á las audiencias sobre los espresados recursos no es meramente informativo y estrajudicial, sino judicial en toda la estension de la palabra, aunque estraordinario, lo mismo que el de las competencias suscitadas entre los jueces inferiores ordinarios, y el de los recursos de nulidad con-

tra las providencias de estos últimos: 3º Que la calificacion de estrajudicial que se ha dado á semejantes procedimientos, siendo inexacta, no puede ser un motivo para que deje de admitirse en ellos el recurso de suplicacion: 4º Que asi mismo no puede serlo la circunstancia de deberse equiparar los recursos de fuerza á los interdictos de despojo, toda vez que tampoco en estos causa ejecutoria la primera sentencia, sino que se admite contra ella la apelacion, aunque en el solo efecto devolutivo: 5º Que el silencio que guardan las leyes recopiladas acerca de la suplicacion en los recursos de fuerza mas bien ha de significar, en buenos principios, que quisieron comprender aquellos en la regla general, que nó el que hayan querido esceptuarlos, pues, á ser asi, era natural y necesario que lo hubiesen espresado: 6º Que la l. 7. tit. 2. lib. 2. Nov. Rec. es á lo menos muy dudoso que escluya ó prohiba la suplicacion ó revista de lo fallado por via de fuerza por la audiencia de Galicia; siendo lo mas probable que solo trató de escluir en dicho caso la apelacion ordinaria para ante la Chancillería de Valladolid: 7º Que si la citada ley fuese verdaderamente prohibitiva de la suplicacion, lo seria para un caso especial y por via de escepcion, y confirmaria la regla en contrario, lejos de poderse hacer estensiva á todos los demas casos y tribunales que al tiempo de promulgarse dicha ley se hallaban en situacion muy diferente que la audiencia de Galicia. Añádase á lo dicho que en los arts. 66. y 67. del Reglam. provis. se continuaron circunstanciadamente todos los casos de escepcion en los que se dispuso no pudiese admitirse el recurso de súplica contra lo fallado por las audiencias, sin que se continuasen entre ellos los recursos de fuerza, á pesar de que se tuvieron estos presentes al continuarlos entre los negocios de que debian conocer las audiencias, en el art. 58. del mismo Reglam. y añádase finalmente que los recursos llamados de *retencion de bulas* y de *nuevos diezmos* recursos de fuerza son, y con todo se admite en ellos y está espresamente declarado que deba admitirse la suplicacion, l. 7. tit. 3. lib 2. Nov. Recop. sin que hasta ahora se haya señalado entre unos y otros una satisfactoria razon de esta diferencia.

Todo esto, empero, no obstante, todos los tribunales del reino han adoptado la práctica conforme de no admitir la suplicacion en los recursos de fuerza, ya sean estos en *conocer y proceder*, en el *modo*, ó en el *no otorgar*, y sean cuales fueren las decisiones que en los mismos hubieren recaido; sin que hayan prevalecido contra esa práctica las razones que dejamos espuestas, y pudiendo mas que ellas, en espresion del Sr. Covarrubias, «la natural resistencia del hombre en retractar su dictámen» resistencia que espera aquel respetable escritor habrá de ceder algun dia, porque «los Magistrados verdaderamente sabios desprecian semejantes flaquezas del amor propio, y se acuerdan que *sapientis est mutare consilium in melius.*»

Semejantes á los recursos de fuerza, hay algunos otros negocios, cuyas decisiones, por no ser verdaderas sentencias de vista dadas en juicio ordinario, es dudoso si deben ó no considerarse como suplicables. Tales son las de graduacion de acreedores proferidas en juicio general de concurso, las en que se dirime una competencia entre dos ó mas jueces ordinarios y otras semejantes. En órden á las primeras es digno de notarse que las enumeran generalmente los Prácticos entre las sentencias insuplicables, al mismo tiempo que, citando una ley recopilada que asi lo dispone espresamente, dicen que es ejecutiva sin embargo de suplicacion. Esta contradiccion no puede esplicarse sino atendiendo á la costumbre adoptada por nuestros escritores y que ya hemos tenido ocasion de observar al tratar de los recursos de fuerza, de confundir las sentencias de vista ejecutivas con las que son ejecutorias é insuplicables. Lo que en la citada ley, que es la l. 10. tit. 32. lib. 11. Nov. Recop. se previene es que en los pleitos de acreedores, despues de fallados en primera y segunda instancia y confirmado ó revocado el fallo del ordinario, «sin esperar tercera sentencia de graduacion y »sin embargo de suplicacion que de ellas se »interpusiere, sean pagados los acreedores por »su antelacion dando fianzas depositarias de »restituir lo que asi cobraren, si la tal sentencia »se revocare en grado de revista»; por manera que, lejos de estar prohibida en dicho caso la interposicion de la súplica, es al contrario este uno de los pocos en que está espresamente declarado deba aquella admitirse, bien que en el solo efecto devolutivo.

Por lo que hace á los fallos dados por las audiencias dirimiendo las competencias de jurisdiccion no hay en nuestros códigos ley alguna que prohiba la admision de la suplicacion que de ellos se interponga: y tan solo en el art. 12. del Decreto de Córtes de 19 de Abril de 1813, restablecido por Real Decreto de 30 de Agosto de 1836, se lee una disposicion que manifiesta cuán conveniente y necesaria se ha considerado la brevedad y pronta terminacion de semejantes procedimientos, toda vez que hasta quedar decididos ha de estar suspenso y paralizado el negocio principal. Tal es la de que las competencias hayan de quedar decididas dentro el preciso término de ocho dias á contar desde que hayan espuesto respectivamente sus razones los jueces que las hayan promovido. A esta celeridad tan justa y eficazmente re-

comendada se opondria directamente la admision de la súplica, bien fuese interpuesta por alguno de los jueces competidores, ó por alguna de las partes interesadas á quienes se oye á veces en semejantes cuestiones, bien que sin entregarles los autos ni admitirles escritos que puedan dar lugar á nuevas actuaciones. De otra parte la l. 7. tit. 21. lib. 11. Nov. Recop. declara espresamente que no se admite suplicacion ni nulidad, ni otro remedio ni recurso alguno de las providencias en que los tribunales superiores ó audiencias se declaren competentes ó incompetentes para conocer de algun negocio. Con mayor motivo, pues, deberia haberse declarado que causasen ejecutoria los fallos en que dichos tribunales superiores decidiesen nó su propia competencia ó incompetencia, sino la de alguno de sus subalternos los jueces ordinarios. Y de aqui, ha nacido sin duda la práctica generalmente observada de no admitirse suplicacion de los autos en que se hayan dirimido semejantes competencias; á pesar de que podria parecer que estos no debieran formar estado, asi como hemos visto que no lo forman y que al contrario son apelables, por los perjuicios que pueden ocasionar á las partes, las sentencias interlocutorias en que los jueces inferiores deciden que ha ó no lugar á la escepcion declinatoria que acaso se les haya opuesto y se declaran competentes ó incompetentes. La razon de diferencia por la cual se habrán adoptado en dichos casos contrarias disposiciones no solo podrá haber consistido en la mayor garantía de acierto y de justicia que tienen por lo general, los fallos de los tribunales superiores comparados con los de los inferiores, sino tambien en que á un juez á quien se disputa el conocimiento de un negocio de que ya ha empezado á conocer es posible que le preocupe el amor propio y la tendencia natural que cada uno tiene á ampliar el círculo de sus atribuciones: pero una audiencia, cuando dirime una competencia (que necesariamente ha de haberse suscitado entre sus subalternos, art. 6 de d. Decreto de 1813) no tiene, ni puede tener interes en dirimirla en este ú en otro sentido, pues de todos modos ha de corresponderle á ella el conocimiento del negocio, en caso de apelacion: es un verdadero tercero en discordia; y por consiguiente no puede casi dudarse que el fallo que dictare habrá querido la ley que fuese insuplicable, cuando ha querido que lo sean las providencias en que se declare una audiencia á sí misma competente, ó incompetente, d. l. 7.; en cuyo caso podria esta declaracion no ser tan desapasionada, como en el de que nos estamos ocupando. Nótese, ademas, que, al dirimir un tribunal superior una competencia suscitada entre dos ó mas jueces inferiores, ha de hacerlo necesariamente en favor de uno ú otro de ellos, y confirmar asi la providencia en que este se haya declarado competente; de suerte que siempre ha de resultar aquella decidida por dos sentencias (que causan estado cuando son interlocutorias, como verémos luego), porque dichos jueces inferiores cuando entablan la competencia obran judicialmente y no pueden hacerlo sin haber formalmente declarado que les corresponde el conocimiento del negocio que reclaman; y esta es otra razon para que lo decidido por el superior haya de causar ejecutoria; porque si la cuestion se hubiese ventilado entre las partes ó entre una de estas y el juez por via de artículo ó escepcion declinatoria, no podria haber mas que dos instancias; y no puede variar la naturaleza de dicha cuestion el que haya tomado parte en ella el otro juez á favor del cual se ha declinado la jurisdiccion, lo que es muy eventual y sucede con muchísima frecuencia.

Al espresarnos en estos términos, no creemos contradecirnos con lo que dejamos dicho en este mismo apéndice cuando, al tratar de los recursos de fuerza y de si en ellos habia ó nó lugar á la súplica, hemos tomado por punto de compararacion la facultad que tienen las audiencias para dirimir las competencias entre los jueces inferiores. Allí solo hemos querido contestar al argumento de ser estrajudicial é informativo el conocimiento de los recursos de fuerza, de donde, como hemos visto, quieren algunos inferir que la decision que en ellos recaiga ha de ser insuplicable: y á este propósito deciamos que el procedimiento en las competencias es *judicial*, sin embargo de concurrir en él las propias razones por las cuales se pretende lo contrario respecto de los recursos de fuerza: y no varía el estado de la cuestion el que en las competencias no haya lugar á la súplica, ni de esto puede inferirse que tampoco haya de admitirse aquella en los recursos de fuerza. Estos convienen con las competencias en que unas y otros las decide el mismo tribunal y lo hace por medio de unos trámites ó procedimientos, si no idénticos, muy parecidos, sin admitir pruebas y oyendo simplemente á las partes, al fiscal y al juez ó jueces interesados en el negocio. Si este modo de proceder (que es igual en entrambos casos) fuese razon bastante para que se le calificase de *estrajudicial*, deberia serlo en las competencias, lo mismo que en los recursos de fuerza: y sin embargo nadie hasta ahora lo ha pretendido respecto de las primeras, ni podria seriamente sostenerse; porque ¿es acaso *estrajudicial* la instancia de apelacion de un auto en que se haya declarado competente un juez á quien alguna de las partes ha declinado la jurisdiccion? Si no lo es, ¿cómo

puede concebirse que llegue á serlo, y que cambie repentinamente de naturaleza por el mero hecho de convertirse en una competencia, cuando la parte que ha opuesto la declinatoria haya implorado y obtenido la intervencion de otro juez que reclame el conocimiento del negocio? Este y no otro ha sido nuestro argumento, y creemos que nada pierde de su fuerza, á pesar de que en las competencias no se admita el recurso de suplicacion; pues esto procede de causas muy distintas que no concurren en los recursos de fuerza, como son de una parte el ningun interes que tiene el tribunal superior en que una competencia se decida á favor de uno ú otro de sus subalternos, lo que es de suyo una inapreciable garantía de imparcialidad y acierto; y de otra parte los insignificantes perjuicios que puede causar á las partes aquella decision, si de todos modos debe ser un juez ordinario el que ha de fallar la cuestion que entre los mismos se ventila: á diferencia de los recursos de fuerza en los que, siendo en el *conocer*, viene á entablarse una competencia entre dos potestades independientes é igualmente interesadas en su decision, y siendo en el *modo* ó en el *no otorgar*, se trata nada menos que de declarar si un juez eclesiástico ha obrado ó no arbitrariamente. Ya que en el primer caso es el poder temporal juez en causa propia, ya que está en posesion del derecho de dirimir por via de fuerza las competencias que se susciten entre él mismo y el poder espiritual, ¿no es hasta repugnante el que se arrogue la prerogativa de dirimirlas con un solo fallo y que niegue á la Iglesia el remedio de la revision que se concede á un simple particular cuando se ha fallado en su perjuicio una cuestion de insignificante interés? Si de un negocio ordinario y sujeto de todos modos á la jurisdiccion Real ha conocido un juez tambien ordinario, á pesar de competer á otro juez, aun cuando se decida la competencia en contra del primero, no se le hace injuria por declarársele incompetente; pero si esto mismo se verifica respecto de un juez eclesiástico, equivale á declararse que este último ha invadido ó usurpado la jurisdiccion Real, que ha cometido una *fuerza*: y no parece justo que, al declarársele reo de este atentado ó de haber obrado contra derecho, se le cierre la puerta á toda reclamacion, como tampoco lo fuera el negar la suplicacion á las partes interesadas ó al fiscal secular, defensor nato de la jurisdiccion temporal, cuando se hubiese desestimado el recurso de fuerza y declarádose competente al juez eclesiástico, ó justos y arreglados los procedimientos practicados por el mismo.

De lo fallado por las audiencias en méritos de los recursos de nulidad que ante ellas se interpongan de los procedimientos de los jueces inferiores, está espresamente declarado que no ha lugar á súplica, art. 69. del Reglam. prov. para la admin. de just., sin duda porque, tratándose en ellos, nó de decidir una cuestion legal suceptible de resolverse en diversos sentidos, sino de declarar si el juez inferior ha infringido ó no directamente las leyes de sustanciacion, se considera bastante autorizado el primer fallo que acerca de ello profiera un tribunal colegiado. Tambien los recursos de nulidad nos han servido de término de comparacion para probar que el conocimiento en los recursos de fuerza era verdaderamente judicial por serlo los primeros indudablemente, á pesar de concurrir en ellos la razon de decidirse sin nuevas pruebas y sin entrar en el fondo del negocio principal: si pues en estos últimos tampoco se admite la suplicacion, ¿podrá de aqui inferirse que esta no debe tener lugar en los recursos de fuerza en el *modo de proceder* ya que son tan análogos á los de nulidad, ó mejor que son iguales, aunque con distinto nombre? Confesamos de buen grado que no es esta objecion despreciable, y que hay en el dia algun motivo para dudar si la disposicion del citado art. 69. debe considerarse aplicable por igualdad de razon á los espresados recursos de fuerza *en el modo*: á pesar de esto, empero, nos inclinamos mas á la opinion contraria, y aun por esto mismo hemos sentado antes en términos absolutos y sin distincion, que en los recursos de fuerza debe admitirse la súplica, por cuanto, aunque pueden en algunos casos compararse á los recursos ordinarios de nulidad, pero ni en el art. del Reglam. puede suponerse la intencion de comprender á los primeros en las disposiciones dictadas respecto de estos últimos, ni la prohibicion de suplicar en un caso determinado debe, por ser odiosa, interpretarse estensivamente, ni deja de haber una diferencia muy esencial entre unos y otros recursos, por el distinto carácter con que procede en uno y otro caso el tribunal que conoce de ellos y los decide. Las audiencias, al conocer de un recurso de nulidad, obran como un superior respecto de su inferior ó subalterno, el juez de 1ª instancia; al conocer, empero, de los recursos de fuerza, aunque sean *en el modo*, obran como un poder protector respecto de otro poder independiente, aunque le esté subordinado en cuanto al modo de ordenar sus procedimientos.

Hasta aqui hemos tratado de la suplicacion respecto de los autos ó sentencias definitivas, dictadas por las audiencias en instancia de vista, ó en aquellos espedientes que empiezan ante el mismo tribunal superior y que, á pesar de ser judiciales, no pueden calificarse de verdaderos juicios. En el art. 58. del Reglam. prov. se previene que las mismas audiencias

conozcan en primera y segunda instancia de las causas criminales contra jueces inferiores de su territorio por culpas ó delitos relativos al ejercicio del ministerio judicial, comprendiéndose en esta disposicion los jueces inferiores eclesiásticos, cuando por tales delitos hubiere de juzgarlos la jurisdiccion Real. De lo que en semejantes causas se fallare en primera instancia se puede interponer y debe admitirse el recurso de suplicacion, que equivale en tales casos á la apelacion; pero nó de las sentencias de revista, que lo son en dichas causas las que se profieren en segunda instancia (disposicion 5. del art. 73. del Reglam. prov.). En las demas causas criminales tampoco ha lugar á súplica de las sentencias definitivas de vista, esto es, de las proferidas en grado de apelacion, sino en el caso de no ser aquellas conformes de toda conformidad con las de primera instancia (art. 72. de d. Reglam.); siendo, empero, de advertir, que por una benigna y piadosa interpretacion se ha adoptado la práctica de considerar que no es conforme y de consiguiente que es suplicable por todos los procesados en una causa la sentencia de vista, aunque sea confirmatoria respecto de alguno ó algunos de ellos, mientras respecto de uno solo haya sido revocatoria, y aunque la condena impuesta á los unos no tenga relacion alguna con la de los demas.

Lo que acaba de decirse respecto de las causas criminales debe entenderse como regla general y salvas las escepciones que la ley ha establecido para algunas causas, por ej. en las de vagancia y las comprendidas en la l. de 17 abril de 1821., en las que nunca puede admitirse suplicacion de la sentencia de vista, aunque sea revocatoria de la de 1ª instancia.

¿Puede suplicarse de los autos interlocutorios proferidos por las audiencias? Debe distinguirse en primer lugar entre interlocutorios de vista confirmatorios ó revocatorios de los de igual clase que hayan proferido los jueces inferiores, y de que se haya interpuesto apelacion, y los que se hayan proferido por las mismas audiencias para ordenar y sustanciar las instancias de vista definitivas, y para decidir los artículos que en ellas se hayan formado ó promovido. De los primeros no puede interponerse suplicacion, porque por el Real Decreto de 8 octubre de 1835. se previno que en las apelaciones de autos interlocutorios se observase lo establecido para los recursos de nulidad en el art. 69. del Reglam. prov., en el cual se declara que de lo fallado en aquellos en grado de vista no ha lugar á súplica. Por lo que hace, empero, á las providencias interlocutorias que recaigan sobre artículos ó incidentes promovidos ante el mismo tribunal superior, deben tenerse presentes las mismas reglas que en el tit. de las apelaciones hemos dado para conocer si son ó no apelables los proferidos en primera instancia; en cuyo sentido deberán considerarse suplicables, por punto general, todas las que sean perjudiciales en definitiva, ó puedan causar gravámen que en definitiva sea irreparable. De esta regla, empero, deben esceptuarse algunos casos en que, á pesar de tratarse de autos interlocutorios con fuerza de definitivos, no puede interponerse de los mismos el recurso de suplicacion por estar especialmente prohibido. Tales son, 1º, aquellos en que el tribunal superior se declare competente ó incompetente en méritos de la escepcion declinatoria que al mismo se hubiere opuesto, á tenor de lo prevenido en la l. 7. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec., la cual, empero, debe en esta parte entenderse sin perjuicio de poderse intentar despues el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva que profiriere el mismo tribunal superior que, siendo incompetente, no haya querido declararse tal, art. 4. del Real Decreto de 4 noviembre de 1838., y V. lo que sobre esto se dirá en el apéndice al tit. 26. de esta Part.; 2º, son tambien insuplicables los autos interlocutorios en que se haya declarado la admisibilidad ó inadmisibilidad de los documentos que se presenten en segunda ó tercera instancia con el juramento de nueva noticia por no haberlos podido presentar mas oportunamente, l. 6. de dd. tit. y lib.: 3º, lo son tambien los en que se declare confeso al litigante que, al absolver las posiciones presentadas por su adversario, no lo haya hecho en los términos que la ley previene, ó con la precisa fórmula de *confieso ó niego*, *creo ó no creo*, l. 2. tit. 9. d. lib. 11., la cual habla en general de las posiciones, y no se refiere particularmente al juramento de calumnia, como parece creerlo Febrero y con él los SS. Goyena y Aguirre, diciendo que es insuplicable «el auto en que se manda jurar »de calumnia bajo la pena de confeso.» 4º, tampoco puede interponerse suplicacion de las providencias en que se impone á un abogado la multa conminada en la l. 6. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec. por haber presentado interrogatorios sobre los mismos hechos articulados en primera instancia ú otros directamente contrarios. Dicha ley 6. previene en efecto que no haya suplicacion de lo que las audiencias determinen sobre lo prevenido en la misma, esto es, que en segunda y tercera instancia no pueda admitirse prueba testimonial sobre hechos idénticos ó directamente contrarios á los que hayan sido objeto de ella en la instancia ó instancias anteriores; que la prueba de testigos que acaso se admitiere sobre semejantes estremos sea nula y de ningun efecto, y que el letrado que los articulare incurra por ello

en la pena de mil maravedís. Algunos AA., entre los cuales se cuentan Febrero y los SS. Goyena y Aguirre, pretenden que es tambien insuplicable en general, el auto en que se recibe el pleito á prueba en segunda instancia, sin que sepamos en qué ha podido fundarse semejante doctrina que ha prevalecido en la práctica de algunos tribunales, porque no hay ley alguna que la autorice, y sin que tampoco hayamos podido darnos razon de la práctica contraria y tambien muy recibida, segun hemos visto, de admitir la suplicacion de las providencias en que se deniega la prueba, sea cual fuere el motivo en que esta denegacion se funde. En nuestro concepto, los autos en que se decide el artículo de prueba en segunda y tercera instancia son verdaderos autos interlocutorios, lo mismo que los proferidos en primera, pero con fuerza de definitivos, como creemos haberlo demostrado en el tit. prox. antecedente; por cuya razon opinamos que de ellos debe admitirse la suplicacion, cuando son proferidos por un tribunal superior, del mismo modo que los calificamos de apelables cuando lo son por un juez ordinario. Pero esta regla general está limitada por una escepcion, por cuanto en el artículo de prueba en las instancias de vista ó revista puede haberse promovido la cuestion de si los hechos ofrecidos á prueba eran ó no admisibles, nó por ser conducentes ó inconducentes al punto principal, sino por ser idénticos ó contrarios á los articulados en la anterior instancia: y cuando esto se verifique, no podrá admitirse suplicacion de la providencia en que dicha cuestion se hubiere decidido, á tenor de d. l. 6.; por manera, que las providencias sobre admision ó denegacion de prueba en grado de vista y revista serán ejecutorias é insuplicables tan solo cuando la prueba se haya admitido ó denegado en el concepto de ser ó no ser idénticos ó contrarios á los anteriormente articulados los hechos que se hayan alegado, y para cuya justificacion se haya pedido el término probatorio: 6º, son tambien insuplicables las providencias en que se declare si son ó nó bastantes las fianzas ofrecidas para obtener la ejecucion de las sentencias arbitrales en los casos en que estas últimas son ejecutivas sin embargo de los recursos que contra ellas se hayan interpuesto, l. 4. tit. 17. d. lib. 11. 7º, en los incidentes sobre recusacion de los ministros de las audiencias han dicho tambien Febrero y los SS. Goyena y Aguirre, que no puede interponerse súplica de los autos en que se mande al recusante hacer el depósito prevenido por la ley, de la declaracion sobre ser ó no ser bastantes las causas de la recusacion, ni de la sentencia ó auto dándose por recusado el que lo haya sido: sobre lo cual creemos oportuno hacer algunas observaciones. La l. 5. tit. 2. d. lib. 11. Nov. Rec. establecia que, al intentarse la recusacion de un ministro, viesen los no recusados y declarasen si las causas en que aquella se fundaba, eran ó nó tales, que probadas, hubiesen de dar lugar á la misma, y que, no siendo tales, la desechasen sin admitir prueba sobre dichas causas, imponiendo al recusante la pena de tres mil maravedís (que despues fue aumentada hasta treinta y sesenta mil maravedís), y concluia luego con estas notables palabras: «y de la condenacion y ejecucion »de esta pena no haya lugar á suplicacion:» y como podia suceder muy bien que la parte recusante consintiese el auto en que se hubiesen declarado insuficientes las causas de recusacion alegadas, y suplicase de la condena ó multa que se le hubiese impuesto, puede dudarse con fundamento si la citada ley debe entenderse en su estricto y literal sentido, y prohibida tan solo la suplicacion en dicho caso, mas nó en el de que se hubiese suplicado de la condena y de la declaracion que la habia motivado. Como quiera que sea de esto, por la l. 10. de dd. tit. y lib. se declaró espresa y terminantemente que hubiese lugar á suplicacion del auto en que «el recusado se pronun»ciare por no recusado,» de lo que *à contrario sensu* se infiere lógicamente, como lo hacen los AA. antes citados, que no podrá suplicarse del auto en que se haya admitido la recusacion. Por lo que hace á las providencias en que se mande al recusante hacer el depósito prevenido por la ley, debe tenerse presente que son tambien insuplicables, lo mismo que aquellas las en que se declare que son ó nó bastantes y admisibles las fianzas que en subsidio del espresado depósito se hayan tal vez ofrecido, l. 6. de dd. tit. y lib. 8º, tampoco puede interponerse suplicacion de las providencias que se dictaren en las visitas de cárceles, que pueden considerarse como interlocutorias respecto de las causas ó procesados á quienes se refieran, l. 20. tit. 39. lib. 12. Nov. Rec. 9º, y finalmente, pretenden algunos AA., sin dar tampoco de ello razon alguna, que son asimismo insuplicables las providencias en que se mandan llevar á la sala los pleitos en definitiva. A ser cierta esta doctrina, formaria tambien otra escepcion de la regla general de poderse suplicar de todos los autos interlocutorios con fuerza de definitivos, en cuya clase deben indudablemente contarse los en que se dé el pleito por concluso y se manda traer para sentencia, pues esta declaracion equivale á cerrar la puerta á nuevas pruebas y alegaciones, con lo cual, proveyéndose prematura é indebidamente, pueden causarse perjuicios irreparables y de consideracion: por lo qué y por no estar, como cree-

mos no está, especialmente prohibido, deberá en nuestro concepto, admitirse la súplica que se interponga del auto de conclusion para sentencia.

En los juicios ejecutivos no declaran las leyes si puede ó nó admitirse la suplicacion que se interponga de la sentencia de vista confirmatoria ó revocatoria de la que hubiese proferido el ordinario mandando proceder al remate, ó declarando no haber lugar á él: y es ciertamente lamentable que en el Reglam. prov. no se haya llenado ese vacío que tanto ha dado que disputar á nuestros prácticos. A tenor de la regla general de poderse suplicar de todas las providencias, respecto de las cuales no esté especialmente prohibido, parece no deberia dudarse que en los juicios ejecutivos ha de darse lugar en todos casos al recurso de suplicacion, considerando sobre todo que dicha regla ha sido tácitamente confirmada por el Reglam. en el cual se enumeran circunstanciadamente los casos en que dicho recurso está prohibido, y se viene á establecer con esto que debe admitírsele en todos los demas. De otra parte, el juicio ejecutivo, si bien es estraordinario y privilegiado, no puede, empero, calificarse de sumario, ni aunque lo fuera, podria deducirse de esto que hubiese de terminarse con dos instancias; toda vez que esto se halla esclusivamente establecido para los sumarios *posesorios;* y el juicio ejecutivo no puede ser sino de *propiedad*, en cuyo concepto tan solo deberá atenderse en él á su cuantía ó entidad, como en lo demas de la misma clase para determinar si es ó nó susceptible de suplicacion, art. 66. y 67. de d. Reglam. Generalmente estan conformes los intérpretes en que es suplicable la sentencia de vista, cuando por ella se haya revocado la del juez inferior, y en esta se hubiese mandado llevar adelante la ejecucion: pero añaden, que no lo es en el caso contrario, es decir, en el de haberse revocado la sentencia en que el inferior hubiese declarado sin efecto la ejecucion y no haber lugar al remate, y de haberse mandado por consiguiente el remate y venta de los bienes ejecutados, «por ser» añaden, »una prerogativa de la sentencia de remate la »de llevarse á cumplimiento inmediatamente.» Desde luego se observa que no es completa esta distincion de casos, porque, á mas de los espresados, puede tambien ocurrir el de confirmarse la sentencia apelada, cuando por ella se hubiese mandado proseguir la apelacion, y al contrario. ¿Deberia asimismo decirse que entonces seria admisible ó inadmisible la súplica segun que la sentencia confirmada hubiese sido ó nó favorable al ejecutante, ó tal que hubiese de llevarse inmediatamente á cumplimiento? Asi creemos que por igual razon lo habrán entendido los AA. á quienes nos referimos. D. Manuel Ortiz de Zúñiga Bibliot. jud. Part. 3. tit. 3. secc. 1. cap. 4. D. F. M. Huet nuevas observaciones al Reglam. prov. para la admin. de just. (art. 66), Curia Filip. Part. 5. §. 4. n. 8. y 9. y Febrero por los SS. Goyena y Aguirre, lib. 4. parte 2ª tit. 24. secc. 2ª núms. 659 y 660 (2ª edicion). Pero ni la razon en que se fundan lo convence, ni menos creemos que, al espresarse en los términos referidos, hubiese sido la intencion de tan ilustrados prácticos la de escluir absolutamente en el juicio ejecutivo el recurso de suplicacion de la sentencia de vista, aunque fuese esta condenatoria y favorable al ejecutante. Asi nos lo convence 1º el que el ser una sentencia tan privilegiada que deba llevarse inmediatamente á cumplimiento sin embargo de cualquier recurso, no prueba que sea insuplicable, sino que habrá de ejecutarse á pesar de ser suplicada; 2º el que, en las leyes recopiladas se encuentra autorizada á cada paso la práctica de admitir dicho recurso de suplicacion lo mismo que el de apelacion en el solo efecto devolutivo, l. 10. tit. 32. lib. 11. Nov. Recop. y otras varias; 3º y finalmente el ser muy comun en nuestros intérpretes y aun en los compiladores de nuestras leyes el confundir los casos en que la suplicacion no es admisible con aquellos en que lo es solo en un efecto. Asi el mismo autor de la Cur. Filip. que en el lugar antes citado escluye aquel recurso del juicio ejecutivo en el caso de ser la sentencia de vista condenatoria, fundándolo, como hemos visto, en que es una prerogativa de dicha sentencia el ejecutarse no obstante apelacion ó súplica, se espresa allí mismo Part. 5ª §. 4. n. 2. en estos notables términos: «regularmente en todos los »casos en que tiene lugar la apelacion y con efecto »suspensivo, le tiene tambien la apelacion, y al »contrario en los casos en que no ha lugar á la »apelacion ni tiene ella efecto suspensivo, tampo»co le tiene la suplicacion.» Asi tambien hemos tenido ocasion de observar en este mismo apéndice que en algunos tratadistas se leian en diferentes pasages las ideas encontradas de haber de ejecutarse las sentencias de graduacion de acreedores sin embargo del recurso de súplica, y de no poderse admitir la súplica que de ellas se interpusiese, Febrero Novis. lib. 3. tit. 3. cap. 4. n. 28 y d. lib. 3. tit. 2. cap. 19. n. 8. en lo cual le han seguido tambien los SS. Goyena y Aguirre; y asi por último hasta en el Código de la Novis. Recop. se leen continuados muchos epígrafes que estan abiertamente en disonancia con las disposiciones que en aquellas se contienen, por efecto del modo de espresarse vicioso é irregular que, al parecer, se habia adoptado en esta materia. Sirvan de ejemplo las ll. 8. y 10. tit. 21. lib. 11.: en la primera se lee

este epígrafe: *La sentencia de Oidores, confirmando ó revocando la del Juez inferior dentro de las ocho leguas y en pleyto de seis mil maravedis, se ejecute sin embargo de suplicacion*: y en el cuerpo de la ley se establece que la tal sentencia *sea habida por sentencia de revista, para que de ella no se pueda suplicar*. La segunda de dichas ll. dispone espresamente que en los juicios de residencia sea apelable pero solo en un efecto la sentencia del Juez inferior, y que no pueda suplicarse de la que diere el Consejo confirmando ó revocando la primera, salvo en algunos casos esceptuados; y tambien en el epígrafe se confunden y equiparan los dos casos con estas palabras: *Se execute la sentencia del Consejo en residencias sin embargo de suplicacion y la del Juez de residencia en pleyto de hasta tres mil maravedis*. Conviene, pues, tener presente esta falta tan notable de exactitud en una materia tan importante; y es necesario al propio tiempo reconocer que, segun el verdadero espíritu y la letra de las ll. recopiladas no es lo mismo el ser una sentencia ejecutiva ó ser insuplicable y ejecutoria, y que esta distincion es aplicable del mismo modo á las sentencias de vista que á las de primera instancia. Mas adelante nos ocuparémos de esto detenidamente al tratar de los efectos de la suplicacion: y volviendo ahora á las sentencias de vista en los juicios ejecutivos, no tenemos reparo en afirmar que son suplicables en todos los casos, á menos que lo impida la cuantía de la demanda, y salvo el haber de admitirse la suplicacion en uno solo ó en ambos efectos, segun que sea dicha sentencia favorable ó contraria al ejecutante, en iguales términos y respectivamente bajo las mismas reglas que dimos en el apéndice al tit. antecedente sobre la admision de la apelacion interpuesta de dichas sentencias de remate en primera instancia.

En los negocios mercantiles es necesario para que pueda admitirse la suplicacion que concurran las tres circunstancias siguientes: 1ª que la sentencia de vista sea revocatoria en todo ó en parte de la de primera instancia; 2ª que haya recaido sobre apelacion de sentencia definitiva; 3ª que el interes del pleito esceda de diez mil reales vellon, (arts. 427 y 428 de la ley de enjuiciamiento); de suerte que no solo son ejecutorias é insuplicables las sentencias de vista confirmando ó revocando las interlocutorias de primera instancia que hayan sido apeladas, como hemos visto se verifica en los negocios comunes, sino tambien las interlocutorias proferidas por el tribunal superior en la instancia de vista ó apelacion de una definitiva. Tampoco en dicha ley de enjuiciamiento se hace diferencia, para el efecto de poder admitirse la suplicacion, entre los juicios ordinarios y ejecutivos; de donde puede inferirse que en estos últimos podrá admitirse aquel recurso en los mismos casos y circunstancias que en los primeros, y que será admitido en uno solo ó en ambos efectos, segun que haya debido serlo en el propio negocio el de apelacion, á tenor de lo que dejamos dicho en el apéndice al título anterior y de lo que se dirá en el presente.

Por punto general, el término que las leyes conceden para suplicar de una sentencia es el de diez dias, si aquella es definitiva, y de tres, si es interlocutoria: siendo digno de notarse que de no haberse establecido esa misma diferencia en cuanto al término concedido para apelar, ha resultado la anomalía de ser mas corto el término señalado para suplicar de un auto interlocutorio proferido por un tribunal superior, que el que lo está para apelar del que se hubiere proferido por un juez de primera instancia, lo cual puede hacerse dentro de los cinco dias, lo mismo que si el auto apelable fuese definitivo. Por lo que hace al modo de computarse el término de la suplicacion, debe observarse que la l. 1. tít. 21. lib. 11. Nov. Rec. previene que ha de contarse *desde el dia de la data*, si las partes hubieren estado presentes á ella; y *desde el de la notificacion*, si hubieren estado ausentes: distincion originada de la importancia que daban las leyes recopiladas, lo mismo que las de Partidas, al acto de la citacion para sentencia, y á la circunstancia de haber las partes comparecido ó dejado de comparecer á oir como aquella se profería. Pero, habiendo dejado hoy de atenderse á la espresada circunstancia, como dijimos en las adiciones á las notas 31 y 33 del tít. 22 de esta Partida, y no haciéndose constar siquiera en los autos la presencia ó ausencia de las partes, se considera siempre que estas han estado ausentes, y se cuentan los diez ó tres dias para suplicar desde el dia de la notificacion esclusive, por no estar declarado que aquel deba tambien contarse.

Por lo demas, puede el litigante que ha vencido en la instancia de vista adherirse á la suplicacion que interpusiere la parte contraria en la misma forma y en iguales términos que hemos visto poder admitirse respectivamente la adhesion á la apelacion.

Asimismo convienen los recursos de apelacion y los de súplica en sus efectos: y siempre que la sentencia de vista de que se haya suplicado sea tal que si se hubiese proferido en primera instancia y apeládose de ella, se hubiera debido admitir la apelacion en el solo efecto devolutivo, del mismo modo deberá admitirse la suplicacion que de ella se interpusiere, y al contrario. Mas conviene advertir que el averiguar cuáles sean los efectos de la

súplica, ó, en otros términos, si esta suspende ó no la ejecucion de la sentencia suplicada, es enteramente inútil relativamente á los casos en que por esta sentencia se haya confirmado la de primera instancia, pues permaneciendo entonces las cosas en el mismo estado, subsisten siempre los efectos primitivos de la apelacion hasta que haya recaido una sentencia ejecutoria. No puede, empero, decirse lo mismo en el caso de haberse revocado la sentencia apelada y de haberse suplicado de la revocatoria de vista, en cuyo caso pueden y deberán ser distintos los efectos de entrámbos recursos, por ser tambien discrepantes las sentencias de que respectivamente se han interpuesto, y porque, como esplicamos en el apéndice al tít. anterior, para determinar si una apelacion produce ó no el efecto suspensivo no solamente debe atenderse á la naturaleza del negocio en que haya recaido la sentencia apelada, sino tambien á los términos en que dicha sentencia hubiese sido proferida. Así en un juicio de alimentos puede haberse desatendido en primera instancia la demanda del alimentario, en cuyo caso la sentencia nada tiene de privilegiada, ni hay en ella cosa alguna que deba ó pueda ejecutarse sin embargo de apelacion; y puede despues revocarse aquella en grado de vista, condenándose al demandado á prestar los alimentos reclamados; y entonces esta condena será tal, que si se hubiese proferido en primera instancia, hubiera debido llevarse inmediatamente á ejecucion, y admitirse en el solo efecto devolutivo la apelacion interpuesta de la misma (*a*). Lo propio se puede verificar en el juicio ejecutivo, si, habiendo el juez inferior declarado no haber lugar al remate, se apelare de esta declaracion, y la revocare el tribunal superior, mandando rematar los bienes ejecutados y hacer pago con ellos al acreedor demandante. Creemos que, si se suplicare de semejantes sentencias de vista, deberá admitirse la suplicacion en el solo efecto devolutivo, por obrar respecto de ellas las mismas idénticas razones por las cuales se ejecutan inmediatamente y sin embargo de apelacion las que en iguales términos se profieren por los jueces inferiores, y porque, como dice muy bien el Sr. Dou, »cuanto es mayor la autoridad del magistrado »contra cuya sentencia se ha reclamado, tan»to menor, ó por lo menos no mayor debe ser »el efecto de la solicitud con que se procura »su revocacion.» Pero ¿por quién y cómo deberá procederse en tales casos á la ejecucion de las sentencias suplicadas? ¿Será el tribunal superior, en poder del cual han de quedar los autos para seguir y sustanciar la instancia de revista? Mas los tribunales de apelacion no tienen facultades para ejecutar sus sentencias. ¿Será el juez inferior que ha conocido del negocio en primera instancia, y único á quien compete de derecho la ejecucion? Mas dicho juez nada podrá hacer sin tener los autos á la vista, lo que, segun acaba de observarse, será impracticable en el estado de los mismos. ¿Se aplicará á las suplicaciones admitidas en un solo efecto lo que para casos análogos está prevenido respecto de las apelaciones en el art. 49 del Reglam. provisional? Esta dificultad les ha parecido á algunos prácticos de tanta monta, que los SS. Goyena y Aguirre (lib. 4. tít. 24. secc. 2ª nº 660, 2ª edicion) hasta han llegado á calificar de imposible la ejecucion de semejantes sentencias de vista, cuando se admitiese de ellas el recurso de suplicacion; y este tal vez habrá sido el motivo de considerar como han considerado en la clase de *ejecutorias* é insuplicables á todas las que están por las leyes declaradas *ejecutivas*. Pretenden que los inconvenientes de gastos y dilaciones resisten la aplicacion de d. art. 49. á los casos de que nos estamos ocupando, ó sea la remision de los autos originales al juez de primera instancia y la saca de una compulsa para seguir en méritos de ella la instancia de revista ante el tribunal superior. No vemos, empero, que estos gastos y dilaciones hayan de ser mayores que los que aquellas mismas diligencias ocasionan

(*a*) Al proponer aquí el juicio de alimentos por via de ejemplo de los en que no se debe admitir la suplicacion mas que en un efecto, no podemos dispensarnos de hacer una observacion, sin la cual podria quizás calificársenos de poco exactos. Vemos que generalmente en semejantes negocios se ha adoptado la práctica de sustanciarlos y decidirlos por la via ordinaria y con toda la solemnidad de derecho, prévia, empero, la asignacion interina ó provisional de los alimentos que se conceptúa pueden corresponder al alimentario demandante, visto el resultado de las sumarias informaciones que á ese efecto se le reciben, sin perjuicio y con reserva de aumentarlos despues ó disminuirlos al proveer el señalamiento definitivo. Cuando esto se verifica, nada de lo que acabamos de decir en la presente nota puede tener aplicacion; porque semejantes señalamientos interinos vienen á ser unos autos de posesion ó interlocutorios, y si bien son apelables, pero no se puede admitir ni se admite suplicacion siquiera en un solo efecto del en que se hayan confirmado ó revocado (art.s 66 y 69 del Reglam. provis. con el real Decreto de 8 de octubre de 1835). Y de otra parte, cuando por aquel medio se ha proveido desde un principio la urgente necesidad de ser alimentado que puede alegar el demandante, ya no hay ni puede haber motivo para considerar el negocio en definitiva como sumario ó privilegiado: por cual razon, sin duda, se admiten entonces en él respectivamente la apelacion y suplicacion en los dos efectos devolutivo y suspensivo. Entiéndase, pues, que hemos querido hablar aquí solamente del juicio sumario de alimentos, ó sea de aquel, en que ni se ha hecho señalamiento preventivo y provisional por la via sumarísima y sin perjuicio de variarlo en definitiva, ni ha podido, de consiguiente, procederse despues por la via ordinaria, sino que se ha tratado desde el principio de sustanciar y decidir el negocio en un juicio breve pero definitivo y sin reserva; en cuyo caso la sentencia en que se mande pagar los alimentos será siempre ejecutiva á tenor de las reglas sentadas, y no podrán admitirse mas que en el efecto devolutivo la apelacion ó suplicacion que en primera ó segunda instancia se interponga de la misma.

en el caso de admitirse una apelacion en el efecto devolutivo: y debe considerarse sobre todo que, por muy grandes que fuesen aquellos inconvenientes, nunca podrian ser motivo para dejar de admitir una suplicacion legalmente admisible ó para admitirla en ambos efectos, cuando solo hubiese de producir el devolutivo; toda vez que los referidos gastos y dilaciones nadie es obligado á soportarlos contra su voluntad, antes bien, aun á tenor de lo literalmente prevenido en el mismo citado art. 49, queda siempre á eleccion de la misma parte interesada el utilizar desde luego el recurso que tiene interpuesto por medio de la compulsa, ó esperar para hacerlo á que esté plenamente ejecutada la sentencia, contra la cual haya recurrido. Ademas, y pues que de todos modos el art. del Reglam. solo por una razon de analogía puede tener aplicacion á los recursos de súplica, creemos que en semejantes casos será mas adaptable que en otros algunos el medio que para evitar gastos y dilaciones aconseja D. Juan Bravo Murillo en sus observaciones á d. art., espresando haberlo visto practicado por algunos tribunales, de sacar, en lugar de la compulsa de todo el procedimiento, un testimonio ó certificacion de la sentencia que deba ejecutarse sin perjuicio de los recursos contra ella interpuestos, y remitir dicho testimonio al juez de primera instancia para la ejecucion, quedando en poder del tribunal superior los autos originales: con esto es fácil reducir considerablemente los gastos, y evitar casi del todo las dilaciones. De todos modos, empero, no podemos convenir en la pretendida imposibilidad legal de que se ejecute una sentencia de vista suplicada: pues á ser asi, careceria enteramente de sentido y aplicacion todas las leyes recopiladas que en ciertos casos particulares previenen espresamente que se admita la suplicacion en el solo efecto devolutivo: de lo cual se infiere que ha de haber términos hábiles para que á lo menos en dichos casos se lleven á ejecucion las sentencias de vista sin embargo de ser suplicadas: pues las leyes no pueden haber entendido establecer un imposible; y por necesidad han de haber impuesto á los litigantes la obligacion de soportar los gastos y dilaciones consiguientes á la compulsa del procedimiento, ó deben haber partido del principio de que habia otros medios análogos y menos dispendiosos é igualmente legales de cumplir con lo que en ellas terminantemente se disponia.

Ya que de los efectos de la suplicacion nos ocupamos y de cuáles sean las sentencias de vista ejecutorias, cuáles simplemente ejecutivas y cuáles suplicables en ambos efectos, dirémos antes de concluir este apéndice dos palabras sobre la práctica antiguamente muy generalizada en los tribunales superiores de continuar en dichas sentencias la cláusula de *ejecútese*. Dábase á entender con semejante fórmula, no solo que el fallo con ella proferido debia llevarse inmediatamente á cumplimiento, sino tambien que causaba ejecutoria; de suerte que no se permitia suplicar de ella, sino obteniendo la *venia* ó *licencia* que especialmente debia pedirse é impetrarse á dicho efecto (V. D. Manuel Ortiz de Zúñiga Bibliot. jud. cap. 4. secc. 1. tít. 3º Parte 3ª). En el dia, empero, consideramos del todo inútil y de mal ejemplo la insercion de la sobredicha cláusula, por cuanto el ser la sentencia de vista ejecutoria ó suplicable y el poderse admitir en uno ó en ambos efectos la suplicacion que de la misma se interponga, no depende de lo que á ese propósito se haya declarado por el tribunal, sino de lo especialmente establecido por las leyes ó de lo que se resuelva, oyendo previamente á las partes, en los casos por aquellas no previstos. A mas de que, no siendo hoy la suplicacion un recurso de pura gracia sino de rigurosa justicia, ni las partes necesitan de especial licencia para interponerlo, cuando sea de derecho procedente, ni aun que la hubiesen solicitado y obtenido se les podria admitir en los casos en que su interposicion está por las leyes prohibida.

Del mismo modo y por análogas razones creemos que, atendida la nueva organizacion de los tribunales y las limitadas facultades que se ha declarado competer á cada uno de ellos, no se puede hacer distincion entre unas y otras sentencias de vista para el efecto de determinar si puede ó no reiterarse el recurso de suplicacion que de ellas se hubiere interpuesto, ó, en otros términos, si en un mismo negocio puede haber dos sucesivas instancias de revista. En dos casos parece se consideraba esto permitido, esto es, 1º, siempre que en la sentencia de revista hubiese declaracion ó condenacion acerca de hecho ó caso nuevo omitido en las anteriores y sobre el que en estas nada se habia decidido; y entonces se daba ejecutoria por lo que se habia juzgado en las tres instancias, mas se permitia suplicar segunda vez de la sentencia limitadamente en cuanto á la nueva declaracion: 2º, cuando en tercera instancia se hubiese opuesto alguno ó se le hubiese hecho saber el estado del pleito: en cuyo caso á este y aun á los demas se les permitia suplicar de la sentencia de revista, por no ser tal, sino de vista, ó si se quiere, de primera instancia, en cuanto afectaba ó se referia al interes de los nuevamente comparecidos, Curia Filip. parte 5ª §. 4. num. 6. Señor Elizondo, Pract. univ. for. tom. 6. part. 1. cap. 14. num. 9. y, citando á estos, dd. SS.

Goyena y Aguirre lugar antes citado n. 662., los cuales aun añaden mas, citando al mismo Sr. Elizondo, á saber, «que es tambien dispensable la súplica de las sentencias de vista »ó revista que tengan nueva calidad de que el »juez ordinario no conoció ... y cuando sobre »la novedad no hubiese habido anterior dispu»ta tácita ó espresamente.» No sabemos ver cómo semejante teoría, muy lógica y razonable en otros tiempos, puede tener en la actualidad aplicacion alguna, toda vez que los tribunales superiores reducidos como estan, (fuera de los casos espresamente esceptuados) á conocer de los negocios que se les remitan en méritos de apelacion ó se retengan en grado de súplica, carecen enteramente de jurisdiccion para entender de negocio alguno en primera instancia y nada pueden decidir, como no sea confirmando ó revocando lo fallado por los jueces ordinarios, ó declarando nulos los procedimientos que estos hayan practicado. Si en segunda ó tercera instancia comparece en el pleito alguno que no ha formado parte en él, es obligacion del tribunal superior el repelerle y remitirle al juez de primera instancia para que use de su derecho, bien sea en juicio separado si trata de entrar en el punto principal, ó esperando á que los autos se devuelvan al inferior, si trata de oponerse á la ejecucion de lo que en los mismos se fallare ó ya se hubiere fallado. Si las mismas partes que promovieron el juicio piden al tribunal de apelacion que declare sobre algun punto no declarado por el ordinario, ó habian deducido esa pretension oportunamente en primera instancia ó no: si lo segundo, debe reservárseles su derecho para que lo deduzcan en juicio separado: si lo primero, podian haber intentado el competente recurso de nulidad contra el fallo del inferior por la falta de declaracion sobre alguno de los puntos controvertidos; y, no habiéndolo interpuesto, deben imputarse á sí mismos semejante omision, y resignarse á sus consecuencias, que consistirán á lo mas en reservarles el derecho para entablar nuevamente aquella pretension no decidida, y pedir al mismo ordinario que pronuncie su fallo acerca de ella. Y si, habiendo intentado el recurso de apelacion, alegaren como agravio, aquella omision padecida (que es lo que sucede con mas frecuencia), y pidieren al tribunal de apelacion que la subsane declarando aquel capítulo que habia quedado sin decidir, creemos que, en todo rigor, no deberia accederse á semejante pretension; pero ya que se accediere á ella, como suele practicarse, parécenos que esto debe entenderse en el concepto de que las partes han renunciado á una ó á dos de las tres instancias ordinarias, por el hecho de haber reclamado contra la omision padecida en la sentencia del ordinario, ó en la de vista, por medio del recurso de apelacion ó súplica, y nó por medio del recurso de nulidad que en dicho caso y con mas propiedad que aquellos podian haber interpuesto: por manera que de todos modos y hasta en los casos especiales á que se refieren los citados SS. Goyena y Aguirre, creemos que deberá estarse á la regla general de que no puede suplicarse segunda vez, y de que en ningun negocio puede haber mas que tres instancias ó sentencias definitivas.

Es digno de notarse que, á tenor de lo prevenido en el art. 264. de la Constitucion de 1812. «los magistrados que han fallado en se»gunda instancia, no pueden asistir á la vista »del mismo pleito en la tercera.» D. Manuel Ortiz de Zúñiga, Bibliot. judic: cap. 5. secc. unic. tit. 1. y cap. 4. secc. 1. tit. 3. Parte 5ª dice que «para llenar cumplidamente el espí»ritu de la ley, no basta que se admita la »súplica por la misma sala y que despues pa»sen los autos á otra para la sustanciacion y »fallo, sino que aun la admision ó denegacion »del recurso es preciso se decida por otra sa»la.» Pero no se observa asi en la práctica; y lejos de esto, los demas AA. que han escrito en vista del citado art. de la Constitucion, han opinado que la súplica debe interponerse ante la misma sala que haya fallado en vista; sin que podamos persuadirnos de que semejante opinion esté resistida por el espíritu de la ley, ya por ser tan parca la letra de la misma que, á tenor de ella, hasta podria sostenerse que los magistrados que han proferido la sentencia suplicada pueden votar los proveidos de sustanciacion en la tercera instancia, pues solo de la vista del pleito en ella, esto es, de la definitiva, estan espresamente escluidos, ya porque si tal fuese el espíritu de dicha prohibicion, igual motivo habria para negar á los jueces inferiores la facultad de admitir las apelaciones de sus providencias, dado que tampoco pueden concurrir á fallarlos en grado de vista; y sin embargo nadie ha pensado en que dicha facultad no les compitiese privativamente, á pesar de que, si se supone que la disposicion de d. art. 264. es emanada del deseo de que la admision ó denegacion de los recursos sea proveida por magistrados exentos de toda sospecha, menos que de los jueces ordinarios podria haberse temido de los miembros de un tribunal superior, el que por amor propio ó por la natural repugnancia á ver revisados sus fallos, propendiesen á denegar los recursos que de ellos se interpusieran.

En los negocios de menor cuantía y en los casos en que, segun se ha dicho, es admisible en ellos el recurso de suplicacion, se falla el pleito en tercera instancia por los mismos ma-

gistrados que lo fallaron en segunda y dos mas que se les reunen á dicho efecto, art. 20. de la ley de 10 enero de 1838.

Sobre los trámites que en la instancia de suplicacion deben observarse, baste decir que, por punto general, son iguales en los negocios ordinarios á los prescritos para la instancia de vista, é iguales las limitaciones con que en ellas puede ministrarse la prueba de testigos, á tenor de la l. 6. tit. 10. lib. 11. Nov. Recop. Y lo mismo tiene lugar respectivamente en los negocios mercantiles, en los cuales en instancia de revista, lo propio que en la de vista, no puede admitirse absolutamente otra prueba que la documental, y esta tan solo refiriéndose á actos posteriores á la contestacion de la demanda, ó que, siendo de fecha anterior, jure la parte que los produzca no haber llegado antes á su noticia, ó que no se los pudó proporcionar en tiempo oportuno para producirlos en la anterior instancia, art. 431. de la l. de enjuiciamiento, pudiendo verse tambien los arts. 430. y 432. de la misma; y con respecto á las instancias de súplica en los pleitos de menor cuantía, V. d. art. 20. de la l. de 10 de enero de 1838.

TITULO XXV.

DE COMO SE PUEDEN QUEBRANTAR LOS JUICIOS QUE FUESSEN DADOS CONTRA LOS MENORES DE VEINTE E CINCO AÑOS, O CONTRA SUS GUARDADORES, MAGUER NON FUESSE Y TOMADA ALÇADA.

Gran departimiento (1) fizieron los Sabios que fallaron los derechos, sobre tomar alçada de los juyzios, o pedir merced a los Reyes en razon dellos, o de demandar que se oya de cabo el juyzio que fuesse dado contra los menores, maguer non se alçassen dello. Ca dixeron (2), que el que apela, fazelo, porque tiene que le fizieron tuerto, en el juyzio que dieron contra el. Mas el que pide merced sobre algun juyzio, non se querella de tuerto. Mas quiere dezir, que es bueno, e se puede mejorar. E el otro que faze demanda por los otros menores en manera de entregamiento contra algun juyzio, non ha querella del Alcalde quel judgo. Mas pide que sea oydo de cabo porque los que razonaron su pleyto, non lo fizieron cumplidamente, o porque razonando erraron, conosciendo, o negando lo que non deuian. E pues que en los Títulos ante deste fablamos de las Alçadas, e de la Merced que puede ome pedir de los juyzios de los Señores; queremos aqui fablar, como las sentencias

(1) Esto prueba que, si bien en algunos casos se deniega la apelacion, puede con todo, siendo menor el que ha apelado, pedir la restitucion por entero, Glos. á la l. 1. C. *si de momen. poss. fuer. appell.* * V. l. 5. tít. 13. lib. 11. Nov. Recop. en la cual se declara que de las sentencias contra las cuales no ha lugar á los recursos de nulidad y suplicacion, tampoco pueda pedirse restitucion por entero, aunque se aleguen justas causas para ello, antes bien por dichas sentencias se entiendan ser acabados y fenecidos los pleitos sobre que hayan recaido, *sin que se puedan tornar á mover, ni suscitar ni tratar en manera alguna.* En vista de esta disposicion puede fundadamente creerse que tampoco podrá intentarse el remedio de restitucion contra las sentencias que aunque proferidas en primera instancia causan ejecutoria ó de las cuales no puede interponerse apelacion, ya por concurrir las mismas razones, ya tambien porque semejantes fallos son todavía mas privilegiados que aquellos de los cuales puede apelarse pero nó suplicarse, y con mayor motivo, de consiguiente, debe entenderse prohibida respecto de ellos la restitucion. No tendrá, pues, esta lugar contra las sentencias que causan ejecutoria, nó por haber dejado las partes pasar sin utilizarlo el término concedido para entablar los recursos competentes contra ellas, sino por espresa disposicion de la ley; y aun en el caso de haber obtenido una sentencia autoridad de cosa juzgada por el lapso del término para apelar ó suplicar, mas bien que de la misma sentencia podrá pedirse restitucion del término transcurrido. Y en este concepto, lejos de poder decirse, como lo hace el Glosador aqui, que en algunos casos en que se deniega la apelacion, se concede sin embargo la restitucion, se verificará por el contrario que no podrá tener lugar la una sin que lo tenga tambien la otra; y el menor ó privilegiado podrá escoger entre dichos dos remedios igualmente procedentes, calculando cuál de ellos ha de reportarle mas ventajas, atendidos los distintos efectos de uno y otro, segun se esplican en la nota 5. de este tit. y á los cuales alude la presente ley al decir que hay *gran departimiento* entre los recursos de apelacion ó súplica y la restitucion.

(2) V. l. 17. D. *de minor.* *

que fuessen dadas contra los de menor edad, se pueden desatar por entrega, a que dizen en latin restitutio. E porende queremos aqui mostrar, que quiere dezir Restitucion. E que pro nace della. E quien la puede demandar. E en que manera. E de quales Juezes. E a quien, e quando. E por que razones.

LEY 1. *Que quiere dezir Restitucion, e que pro nace della, quando es otorgada para desatar algun Juyzio.*

Restitutio (3) en latin tanto quiere dezir en romance, como tornar las cosas en aquel estado en que eran, en ante que fuesse dado el juyzio sobre ellas. E nasce della muy gran pro: ca quebranta los juiçios (4) que son dados contra los menores, maguer non fuesse tomada alçada dellos (5), e pueden sus Guardadores, e sus Bozeros razonar el pleyto como de primero, e reuocar los yerros que fuessen fechos en los pleytos sobre que eran dados los juyzios. E esto pueden fazer, non tan solamente en los pleytos que fuessen judgados contra los menores estando sus Guardadores delante; mas aun (6) en los otros que los Guar-

(3) Añad. Specul. en el mismo tit. y 2. quest. 3. §. *notandum* hácia el fin, l. 1. C. *de sentent. pass.* y cap. *ex litteris. 4. de in integr. restit.*

(4) Conc. l. 1. y sigs. C. *si advers. rem judic.* d. cap. *ex litteris 4.* y caps. 5. y 6. *de in integr. restit.*

(5) Y, como se añade luego, puede pedirse la restitucion, no solo del término señalado para apelar, sino de todo lo obrado en el pleito: diferenciándose en los efectos, la primera de la segunda, en que, por aquella, no se consigue reparar lesion alguna que se haya padecido en los autos, sino que, admitida la apelacion, se procede ante el juez ó tribunal *ad quem* segun los méritos resultantes de los mismos autos, y se siguen los trámites establecidos para las instancias de apelacion y no los que lo estan para los casos de restitucion por entero; y asi el que la hubiere impetrado para apelar no podrá ministrar nuevos testigos sobre los mismos capítulos deducidos en primera instancia, Clementina 2. *de testib.* y cap. *coram 7. de in integr. restit.* Cuando, pues, el menor no quiera litigar ante el mismo juez que ya ha conocido del negocio, le bastará pedir la restitucion para apelar; pero cuando pretenda obtener la revision del negocio ante el propio juez que ya ha conocido de él y lo ha fallado, le convendrá pedirla de todo lo obrado en los autos, l. 17. D. *de minor.* y entonces se hará dicha restitucion estensiva á la lesion que le hubiere causado no solo la sentencia, sino tambien todos los demas procedimientos, Bald. á la l. 4. col. 2. C. *si advers. rem judic.* Pero, para obtener la restitucion al solo efecto de apelar ¿será necesario que previamente se justifique la lesion? Sobre esto hay varias opiniones: Bart. á la l. últ. C. *in quib. caus. in integr. restit. non est necess.* pretende que no es indispensable aquella justificacion: mas el mismo á la l. 9. §. 4. D. *de jurejur.* sostiene lo contrario, esto es, que debe acreditarse la lesion, ó sea, que el menor tiene algun otro medio para triunfar en la instancia de apelacion; y lo propio opina Bald. á d. l. últ. y V. á Paul. de Castr. allí despues de Fulgos. donde concilia las dos encontradas opiniones, diciendo que la primera tendrá lugar respecto del reo, el cual se presume haber sufrido lesion por el hecho mismo de haber dejado de apelar; y la segunda respecto del actor, el cual solo justificando la lesion deberá ser restituido: y esta doctrina es la mas equitativa, segun Alex á d. l. 9. §. 4 y consil. 115. vol. 5. que empieza *attentis narratis in themate.*—* En el dia ha prevalecido la opinion de Bart. y sin necesidad de justificar la lesion ó perjuicio, se concede la restitucion del término para apelar indistintamente, ya sea el actor ó el reo el que pide ser restituido. Por nuestra parte creemos que esto es en efecto lo mas legal y conforme á los principios, no solo porque no sabemos ver la razon de diferencia que los citados Paul. de Castr. y Fulgosio pretendian hacer entre el demandante y el demandado, sino tambien y principalmente porque si el acreditar la lesion padecida hubiése de consistir en manifestar que se tiene algun nuevo medio de defensa no aducido en la primera instancia, ¿cómo podria pedirse restitucion de una sentencia que aun con los mismos méritos ya aducidos se quisiese impugnar como injusta? Estaria, pues, entonces reducida la restitucion para apelar al caso en que el menor ó privilegiado tratase de hacerlo para suplir en segunda instancia las omisiones que él hubiese padecido en la primera; y nunca podria tener lugar, cuando, despues de transcurrido el término, quisiese intentarse la apelacion con ánimo de conseguir que se revocase la sentencia sin probar ni alegar nuevos méritos; lo cual nadie hasta ahora ha pretendido, ni podria sériamente pretenderse, por ser evidente que tanto puede perjudicar á un menor el haber dejado de intentar la apelacion en el último caso, como en el primero.

(6) Son las mismas palabras de Azon *in summa C. si advers. rem judic.* pr. y tambien las de la l. próx. sig.

dadores por si ouiessen seguido en nome dellos, maguer los menores non ouiessen estado presentes. Pero si los menores por si començassen pleyto, o fuesse dado juyzio contra ellos, non estando sus Guardadores delante, non valdria la sentencia (7) que fuesse dada a daño dellos. E porende non seria menester de desatarla por restitucion: porque tal sentencia, e lo que assi fue hecho en el pleyto, non vale nada; bien assi como si del començamiento non fuesse fecha ninguna cosa.

LEY 2. *Quien puede demandar restitucion, e en que manera, e de quales Juyzios.*

Demandar pueden los Guardadores entrega, del juyzio que fuesse dado contra los menores, o ellos mismos (8) estando sus Guardadores delante. Esso mismo puede fazer su Personero, auiendo señalado mandado (9) para esto. E la demanda deue ser fecha en esta manera; estando delante (10) su contendor, o seyendo aplazado aquel contra quien demandan la restitucion. E otrosi, quando la restitucion otorgaren al menor, o a su Guardador, o a su Personero, sobre alguna cosa del pleyto, o sobre todo el juyzio; essa misma (11) deuen fazer, e otorgar a su contendor, e tornar el pleyto en aquel estado que ante era. Ca derecho, e guisado es, pues que el menor non se paga (12) del juyzio, que sean oydas las razones de su contendor de cabo, assi como el quier que sean oydas. Otrosi dezimos, que mientra durare el pleyto de la restitucion, que

(7) Conc. l. 4. C. *si advers. rem judic.* en cuya Glos. se hace mérito de otras concordancias; y añad. que lo mismo tendria lugar respecto de una república ó universidad indefensa, contra la cual seria nula la sentencia que se pronunciase, segun la sing. especie de la l. 1. C. *de jur. reipubl.* Entiéndase, empero, segun espresa Bart. allí notablemente, que lo dicho procederia cuando el juez no hubiese mandado á la universidad que nombrara un defensor; pues, si, habiéndosele mandado, no hubiese querido hacerlo ó hubiese sido contumaz, seria válida la sentencia que contra ella se pronunciase: y da la razon de ello Bart., diciendo que de otra manera se incurriria en el absurdo de dejar siempre al arbitrio de las universidades el hacer ilusorio todo procedimiento, dejando de comparecer y no nombrando síndico ni procurador para los pleitos, arg. l. 2. D. *de eo quod certo loco*; y recomienda á ese mismo propósito las palabras *Neque ut crearentur placuit* de d. l. 1.; concluyendo por observar que no obsta á lo dicho el que no pueda aplicarse á los menores, los cuales por necesidad han de tener defensor, por ser clara la razon de diferencia; esto es, la de que á los menores aun contra su voluntad puede nombrárseles defensor, l. 3. D. *de tutel.*, pero nó á las universidades; lo que dice ser muy notable. Corrobora la espresada opinion de Bart. lo que está dispuesto respecto de las Iglesias, las cuales, si tienen prelado, y no comparecen, siendo legitimamente citadas, son válidos los procedimientos que se hubieren practicado contra ellas, aunque hayan quedado indefensas, cap. *tum ex litteris.* Glos. y DD. allí *de in integr. restit.* y cap. últ. *de sede vacante* y Glos. á la l. 6. C. *quom. et quand. jud.*; siendo de notar que, por lo comun, las universidades se equiparan á las Iglesias, l. últ. C. *de sacros. Eccles.* Y, á mas de la espresada limitacion de Bart., puede colegirse otra, de lo anotado por la Glos. á d. l. 1., esto es, que lo dispuesto aqui haya de entenderse para el caso en que el defensor no haya absolutamente comparecido: mas nó si aquel hubiese comparecido y abandonado despues la defensa; pues entonces seria válido el procedimiento; cuya opinion, por mas que la contradiga Juan de Plat. allí fundándose en lo anotado acerca de los menores indefensos á d. l. 4. C. *si advers. rem judic.*, parece, sin embargo, la mas verdadera, atendido lo que espresa Bart. señalando la razon de diferencia entre los menores y las universidades.

(8) Añad. ll. 1. y 2. C. *qui legit. pers.* y l. 3. tit. 5. de esta Part.

(9) Conc. l. 15. tit. 5. de esta Part. y V. lo anotado allí, y l. 25. §. 1. D. *de minor.*

(10) Conc. l. 11. §. 3. l. 13. vers. *causa* y l. 29. §. últ. D. *de minor.* y V. Bald. á la l. 1. C. *si advers. dot.*

(11) Conc. l. 24. §. 4. vers. *restitutio* D. *de minor.* l. únic. C. *de reput.* ll. 1. y 2. C. *si advers. transact.* y l. últ. D. *de minor.* infiriéndose de las palabras *cosa misma* con que se espresa nuestra ley aqui, que la propia restitucion que se concede á un menor aprovecha á su adversario, aunque este, por su parte, no la haya pedido: y lo propio opinaba Bald. á d. l. 2. C. *si advers. transact.* y á d. l. únic. C. *de reput.* y añad. l. 28. l. 29. §. 1. y l. 47. §. 1. D. *de minor.* debiendo limitarse dicha doctrina en los términos que lo hace la l. 98. §. 2. y Bart. allí D. *de solut.*

(12) Y ¿si el menor no quisiese utilizar el beneficio de restitucion despues de habérsele concedido? Entonces tampoco aprovecharia aquel á su adversario, l. 41. D. *de minor.*, y Ang. á d. l. unic. C. *de reput.*

non deue ser fecho en el ninguna cosa nueua (13): e aun dezimos, que de aquellos juyzios pueden demandar los menores entrega, que fuessen dados contra ellos, o contra sus Guardadores, en tiempo, que fuessen de menor edad. Ca maguer el pleyto fuesse començado a la sazon que ellos eran menores, si el juyzio diessen despues (14) en tiempo que ellos fuessen de edad cumplida, estonce el juyzio non se puede desatar por manera de restitucion, como quier que se puedan alçar del, si quisieren.

LEY 3. *Ante qual Juez pueden pedir restitucion.*

Delante aquel mismo (15) Judgador que dio el juyzio contra los menores, o delante su Mayoral (16) puede ser fecha demanda, que se desate, por manera de restitucion: e pueden demandar los menores esta restitucion en todo el tiempo de la menor edad, que es fasta que ayan veynte e cinco años (17) cumplidamente: e deuenla otorgar los Jueces quando

(13) Conc. l. unic. C. *in integr. restit. post nil novi fiat*, y V. lo anotado al cap. *suscitata* 6. *de in integr. restit.*, y Bald. á la rubr. C. *de vindict. libert.*

(14) Conc. l. 3. §. 1. D. *de minor.* y l. 1. *si advers. rem jud.* * Sobre lo que se dispone en la presente ley, V. la adic. á la nota 8. tit. 19. Part. 6.

(15) Conc. ll. 17. y 42. D. *de minor.*

(16) Hé aqui espresamente declarado que la restitucion contra una sentencia puede pedirse no solo ante el juez *à quo*, sino tambien ante el juez *ad quem;* lo cual, por derecho comun, no estaba tan esplícitamente establecido, aunque parecia inferirse de la l. 1. *si sæpiùs in integr. restit. postul.* y lo mismo pretenden Azon *in summa* pr. C. *ubi et apud quem*, y Specul. tit. *de in integr. restit.* §. *videndum;* observando Ang. á d. l. 1. que asi como la restitucion contra la sentencia puede pedirse ante el superior, segun la l. 16. hácia el fin, y l. 17. D. *de minor.* (bien que esta no lo prueba asi concluyentemente), asi tambien puede pedirse ante el mismo la restitucion para apelacion ante el juez *à quo.* Paul. de Castr., empero, pretende allí mismo que no hay razon para entenderlo en los términos que se acaban de espresar; y añade Bald. que, del hecho mismo de no haberse intentado la apelacion, se infiere que no ha llegado el negocio á sujetarse al conocimiento y jurisdiccion del juez superior, y que por este motivo no debe acudirse á este, sino al juez *à quo* para impetrar la restitucion; á diferencia del caso en que se hubiese abandonado la apelacion despues de intentada, pues entonces podria acudirse para dicho efecto al juez ó tribunal superior. Mas, todo bien considerado, es mas admisible la opinion de Bart. y Ang., sobre todo atendido lo dispuesto en la presente ley, que declara poderse pedir la restitucion indistintamente al juez *à quo* ó al juez *ad quem*, en lo que es mas esplícita que d. l. 1. porque esta se referia al caso en que la restitucion fuese concedida por el mismo Príncipe; siendo muy de notar que lo establecido aqui se ha de entender para el caso en que la restitucion se pidiere para apelar, lo mismo que si se pidiere contra la sentencia. — * A pesar de no estar espresamente derogado por otra ley posterior lo que de un modo tan terminante se establece en la presente, esto es, que pueda pedirse la restitucion indistintamente al juez ó tribunal inferior ó superior, creemos, con todo, que en el dia no se observaria asi en la práctica, ni podria tal vez observarse despues que las audiencias ó tribunales superiores ordinarios han dejado de poder conocer de todo negocio que no les vaya remitido por un juez inferior en méritos de apelacion ó recurso de nulidad legítimamente interpuestos y admitidos, fuera de los casos espresamente esceptuados, entre los cuales no se cuenta el de pedirse la restitucion por entero; antes bien los recursos en queja de los procedimientos de los jueces de primera instancia que se interponen directamente ante el tribunal *ad quem* suponen siempre que sobre aquellos mismos procedimientos de que se queja el recurrente ha intentado con oportunidad alguno de los recursos ordinarios y el juez se ha denegado á admitirlos ó á hacerlo del modo que legalmente correspondia, cuya denegacion precisamente es la que da lugar á la queja y el tribunal superior se limita á conocer de ella declarando en su caso admitida la apelacion que se hubiese ilegalmente denegado, ó admitida en ambos efectos cuando sin justo motivo se le hubiese admitido en el solo devolutivo. Ademas, en ninguna de las diez facultades *únicas* que, segun el art. 58. del Reglam. prov. competen á las audiencias, está espresa ni tácitamente comprendida la de conocer en primera instancia de las demandas de restitucion: lo cual, en cierto modo y á pesar de lo que antes hemos dicho, puede considerarse como una verdadera derogacion de la presente ley en la parte de que acabamos de ocuparnos.

(17) Y por la lesion que hayan padecido durante ese tiempo, pueden pedirla durante todo el quadrienio siguiente al primer dia del año 26º l. últ. C. *de temp. integr. restit.* y ll. 8. y 9. tit. últ. Part. 6ª

los menores muestran, o prueuan (18), que les fue fecho engaño en el pleyto, o en el juyçio; ó que por liuiandad (19), o por yerro, conoscio, o nego (20) el menor alguna cosa que fuesse á su daño: o si por auentura sus Abogados non mostraron las razones tan cumplidamente como deuieran, o han algunas cartas, o testigos, que fallaron de nueuo, con que pueden mejorar su pleyto; o quieren mostrar leyes, o fueros, o costumbres, que son á su pro, e son contrarias (21) al juyzio de que han querella. Ca si ninguna destas razones non mostrassen los menores, o sus Guardadores, non se pueden desatar los juyzios (22) que fuessen dados contra ellos.

(18) Conc. l. 11. §. 3. D. *de minor*. l. 3. D. *de in integr. restit.* y l. 9. §. 4. D. *de jurejur.* Y si el menor ha empleado toda la diligencia que ha podido para justificar el crédito reclamado, mas no lo ha podido conseguir, ó, si, habiéndolo justificado, un juez ignorante ha absuelto á su adversario, ¿deberá concedérsele la restitucion si la pidiere? Asi lo afirma Alberic. á la l. 17 D. *de minor.*—*Contra lo què sienta nuestro Glosador aqui citando á Alberic., dejamos dicho en la nota 8. tit. 19. Part. 6ª que no puede concederse á los menores la restitucion de las sentencias proferidas contra ellos, cuando la funden en ser aquellas injustas y proferidas por ignorancia ó malicia del juez que las ha dictado. Asi nos lo convencen la misma naturaleza del beneficio de restitucion y la letra y espíritu de nuestras leyes. Si se concede aquel para reparar los perjuicios que puedan haber sufrido los menores ó personas privilegiadas por razon de su edad ó por la falta del interes personal en los que administran sus bienes y estan encargados de defender sus derechos, es evidente que nunca podrán ser tales los que les cause una sentencia injusta, porque ya sea la ignorancia ya la malicia la que haya inducido al juez á proferirla, tan malo y tan ignorante hubiera sido aquel respecto de una persona no privilegiada como respecto de la que lo es, sabiendo sobre todo y no pudiendo ignorar que esta lo mismo que la primera podia apelar ó entablar el recurso de nulidad del fallo proferido. Tampoco puede concebirse que á un menor le haya perjudicado el acudir precisamente á ese juez capaz de fallar mal por ignorancia ó por malicia; pues, sobre que esto nunca podria decirse en el caso de ser el menor el demandado, es bien sabido que ni aun el demandante escoge al juez cuando propone su demanda, sino que está obligado á proponerla ante el único que sea competente ó ante el que esté de turno, caso de haber varios que lo sean igualmente. Esto último esplica la razon por la cual los menores tienen restitucion del daño padecido por malicia ó ignorancia de sus defensores que ellos ó sus curadores han debido elegirse, y no la tienen del que por iguales causas les haya causado el juez: sin que á esto se oponga lo dispuesto en la presente ley, segun la cual se debe conceder la restitucion al menor cuando *quiera mostrar leyes, o fueros, o costumbres, que son a su pro, e son contrarias al juyzio de que ha querella*: porque semejante caso de restitucion debe necesariamente entenderse limitadamente para cuando esas leyes, fueros ó costumbres hayan dejado de alegarse oportunamente por los defensores del menor, toda vez que no pueden ser contrarias á la sentencia que á este le es desfavorable, sin que desde un principio hayan sido conducentes para demostrar su derecho, y tales en consecuencia que convenia haberlas alegado. Asi en la ley primera de este tit., al esplicarse la verdadera naturaleza de la restitucion, lo que la distingue de la apelacion y súplica, y los casos en que ha lugar á pedirla y concederla, se dice que el *que faze demanda en manera de entregamiento contra algun juyzio, non ha querella del Alcalde quel judgo. Mas pide que sea óido de cabo, porque los que razonaron su pleyto, non lo fizieron cumplidamente, o por que razonando erraron, conosciendo o negando lo que non deuian.*

(19) Añad. l. 18. §. 1. D. *de min.* donde se trata de los casos que á continuacion se espresan en esta nuestra ley.

(20) V. l. 1. tit. 13. de esta Part.

(21) Véase aqui declarado que tambien compete la restitucion á aquel menor que, habiendo empleado toda la diligencia que ha podido, solo por ignorancia del juez ha dejado de obtener victoria: y V. Alberic. á d. l. 17. D. *de min.* * V. la adicion á la nota 18.

(22) Asi, pues, pidiéndose la restitucion contra la sentencia, se consigue la rescision de la misma, como se declara aqui y en la l. 1. C. *si advers. libert.* Adviértase, empero, que, al conceder la restitucion, nada puede el juez determinar sobre las respectivas pretensiones de las partes en lo principal, sino solamente reponer el negocio al ser y estado que tenia antes de pronunciarse la sentencia, segun Bart. á d. l. 1. fundándose en el testo de la misma. Mas ¿podrá pedirse por via de restitucion que el juez por su noble oficio rescinda la sentencia, é intentarse al propio tiempo contra esta la accion rescisoria ordinaria? V. Inoc. DD. y Abb. col. penúlt. y últ. al cap. *tum ex litteris, de in integr. restit.* y Jas. al §. 5. col. 15. *Ins-*

TITULO XXVI.

COMO SE PUEDE DESATAR EL JUYÇIO QUE ES DADO POR FALSAS CARTAS, O POR FALSAS PRUEBAS, O CONTRA LEY.

Non tan solamente en las tres maneras que diximos en las leyes de los Títulos ante deste, se puede quebrantar el juyzio, mas aun y ha otra manera. Esto seria, quando fuesse dado falsamente. E como quier que en el Titulo de los maleficios fablaremos en general, de todas las falsedades que los homes fazen; queremos decir en este señaladamente de aquella por que se pueden reuocar los juyzios, e mostrar, que cosa es tal falsedad, e en que manera se puede desfazer el juyzio que fuesse dado por ella. E quien puede este juyzio desatar, e hasta quanto tiempo. E despues mostraremos, como se puede reuocar el juyzio que fue dado contra ley, (a) e contra la ordeñada manera que deue ser guardada en darlos; de que fablamos en esta misma Partida en el Título de los Juyzios.

(a) o contra la ordenada etc. Acad.

LEY I. *Que cosa es Falsedad, o como se puede reuocar el Juyzio, que es dado por cartas, o prueuas falsas.*

Falsedad (1) es, segun dixeron los Sabios, mudamiento de verdad. Ca maguer la falsedad aya semejança, e cara, de cosa verdadera; pero non es assi, antes es muy contraria della. E porende se engañan á las veces los Juezes, cuydando que las cartas, o los testigos falsos que traen las partes ante ellos, sean verdaderos, e non lo son, por que dan su juyzio por ellos. Onde dezimos, que toda sentencia que fuesse dada por falsas cartas (2), o falsos testigos, se puede desatar, maguer la parte contra quien la diessen, non se alçasse della. E tal juyzio como este puedese desatar (3) en esta manera; viniendo la parte, que se tuuiere por agrauiada, delante del Judgador, estando delante la parte por quien fue dado el juyzio; e faziendolo emplazar; e deue pedir al Juez, como en manera de restitucion (4), que desate aquel juyzio, porque fue dado por falsos testigos, o por falsas cartas. E prouandolo (5) assi, deuelo reuocar el Juez (6). Pe-

tit. de action. donde aprueba la opinion de Din. el cual dice ser la mas comun la de que simultáneamente no pueden intentarse los dos espresados remedios, sino condicional y subsidiariamente: y V. allí el modo como debe formularse la demanda.—*V. la adic. á la nota 8. tit. 19. Part. 6ª en donde se ha tratado latamente de la restitucion por entero respecto de los actos judiciales, y de las variaciones importantes que se han hecho en esta materia por el Ordenam. de Alcalá y ll. posteriores. Réstanos solo advertir que hay algunos actos tambien judiciales respecto de los que está especialmente prohibida la restitucion. Tales son 1º el término de tres dias para suplicar de las sentencias interlocutorias: 2º el de seis dias para proponer tachas y el que se conceda para probarlas: 3º el término de prueba ultramarino: 4º los que se conceden para recusar á los Oidores ó Magistrados superiores, l. 1. tit, 21. l. 1. tit. 12. ll. 3. tit. 10. l. 18. tit. 2. lib. 11. Nov. Recop.

(1) Trae esta ley orígen de la l. 33. *de re judic.* V. Glos. y Bart. allí; y conc. *Novell.* 73. pr. *collat.* 6.

(2) Conc. todo el tit. C. *si ex fals. instr.* l. penúlt. tit. 4. l. 13. tit. 22. y l. 116. tit. 18. de esta Part. cap. *cum venerabilis* 6. *de except.* l. 33. tit. 14. Part. 5ª y l. 33. D. *de re judic.*: y procede lo dispuesto aqui, aunque la parte que ha hecho uso de los documentos falsos, los hubiere producido sin dolo, según Bald. á la l. 42. col. 1. C. *de transact.*

(3) Pero será nula y de ningun efecto la sentencia proferida, sin necesidad de que se la rescinda, en los casos siguientes: 1º cuando lo hubiere sido en méritos de pruebas falsas aducidas dolosamente por una de las partes en ausencia de la otra, l. 75. vers. *Marcellus* Aug. allí D. *de judic.* 2º cuando lo hubiere sido contra un menor, l. 1. y sigs. C. *si ex fals. alleg.* ó contra una Iglesia, la cual disfruta los mismos privilegios que un menor, cap. 1. *de in integr. restit.* Abb. al cap. *licet causam* col. 9. *de probat.* Alex. á d. l. 33. D. *de re judic.* y el mismo Bart. á d. l. 33. y Bald. á la l. últ. C. *si ex fals. instr.*

(4) Conc. d. l. 33. D. *de re judic.* y l. 11. D. *de except.*

(5) Pero, publicadas las pruebas testimoniales, no podrán admitirse nuevos testigos para probar directamente la falsedad de aquellas, Clementin. 2. *de testib.* Abb. ab cap. *licet causam* col. 8 y 9. *de probat.* y Alex. á d. l. 33. D. *de re judic.* col 1.

(6) A menos que se tratase de una sentencia proferida en favor de la libertad; contra la cual, aunque fuese proferida por dolo de su abogado ó procurador y en perjuicio de alguna de las partes, no se concederia restitucion, sino que tendria la parte vencida regreso contra sus defensores que hubiesen cometido el dolo, l. 24. D. *de dol.* y Aug. á la l. 65. §. 2. D. *ad Trebell.*

ro si en el pleyto (*b*) sobre que aueriguasse el juyzio, fuessen recibidos muchos testigos, o cartas de muchas maneras, que aueriguassen el pleyto; maguer la parte prouasse que algunos de aquellos testigos, o las cartas eran falsas, non le compliria, si manifiestamente non aueriguasse (7), que el Juez por aquellos testigos, o por aquellas cartas falsas diera su juyzio.

LEY 2. *Que el Judgador mismo que dio el Juyzio por falsas prueuas, lo puede reuocar.*

Aquel mismo (8) Judgador que dio su juyzio por falsos testigos, o por falsas cartas, lo puede desfazer, el, o otro su Mayoral (9); si gelo pidieren, e lo prouaren en la manera que diximos en la ley ante desta. E puede reuocar tal juyzio, e todas las cosas que fuessen fechas, o pagadas por razon del, desdel dia que fue dado fasta veynte años (10). E de aquel tiempo en adelante finca siempre por firme.

LEY 3. *Como se desata la sentencia que es dada contra ley, o contra fuero.*

Contra ley (11), o contra fuero seyendo dado algun juyzio, non deue valer. E esto seria, quando en la sentencia fuesse escripta cosa que manifiestamente fuesse contra ley, como si dixesse: Mando que tal testamento que fizo Fulan menor de catorce años, que vala. O si opusiere en el juyzio otra cosa señaladamente, que fuesse defendida por ley, o por fuero. Ca el juyzio que assi fuesse dado, maguer non se alçasse del, non es valedero, nin deue obrar por el, bien assi como si non fuesse dado. Esso mismo dezimos, si le diessen contra natura (12), o contra buenas costumbres, o fuesse y mandada cosa que non pudiesse fazer.

LEY 4. *En cuantas maneras la sentencia es ninguna.*

Nulla es la sentencia, en que non se acertaron a judgarla todos los Judgadores (13), a quien fue encomendado que judgassen el pleyto. Esso mismo seria, quando les fuesse otorgado de judgar fasta tiempo cierto (14), e ellos diessen su juyzio despues que fuesse acabado aquel tiempo, en que les fue otorgado poder del judgar. Otrosi, quando condenassen algund ome en su juyzio, por algund yerro que quiesse fecho, en mayor quantia (15) que la ley le manda pechar, non seria valedero el juyzio en aquello que fuesse demas (16). Esso mismo dezimos, quando fuesse manifiestamente puesto yerro (17) en la sentencia,

(*b*) sobre que fue dado el juicio Acad.

(7) Añad. ll. 1. y 3. C. *si ex fals. instr.* y se presumiria que el juez pronunció la sentencia en méritos de las falsas pruebas, cuando hubiese usado en ella la fórmula » vistas y » atendidas las declaraciones de los testigos mi» nistrados y los instrumentos producidos.» Specul. tit. *de sentent.* §. últ. col. antepen. y V. cap. *cum I. et A.* 22. *de re judic.* y Abb. al cap. *licet causam* col. 9. *de probat.* —* V. el apéndice á este tit.

(8) Conc. l. 12. C. *ad Leg. Cornel. de fals.* cap. *cum venerabilis* 6. y lo anotado allí, *de except.* DD. al cap. *in litteris de offic. deleg.* y l. 1. C. *si ex fals. instr.*

(9) V. l. ult. del tit. prox. antec.

(10) Añad. l. 13. tit. 22. de esta Part. con lo anotado allí. Acerca de lo dispuesto, en esta parte, por derecho comun, V. lo anotado por Specul. tit. *de sentent.* §. ult. col. antepen. Y, en orden á si, por derecho canónico y por via de denunciacion evangélica, podrá aun despues de los veinte años accionarse contra el vencedor, cuando este hubiere tenido conocimiento de la falsedad, V. Abb. al cap. *licet causam* col. 10. *de probat.* —* V. el apéndice á este tit.

(11) Conc. l. 1. §. 2. *D. quæ sent. sin. appell. rescind.* l. 2. C. *quand. prov. non est necess.* y l. 1. tit. 22. de esta Part. debiendo esceptuarse el caso en que fuese de dudosa interpretacion la ley contra la cual se hubiese proferido la sentencia, segun la l. 32. D. *de re judic.* como la entienden algunos; y V. Alex. allí donde trata de si seria tambien nula la sentencia proferida por error manifiesto contra la opinion comun.—* V. el apéndice á este tit.

(12) Añad. l. 1. tit. 22. de esta Part.

(13) Añad. l. 17. tit. 22. de esta Part. y l. 4. C. *quand. provoc. non est necess.*

(14) Conc. l. 6. C. d. tit.

(15) Conc. l. 5. C. d. tit.

(16) Nótese esto bien; pues en tal caso tan solo seria nula la sentencia en aquella parte en que el juez, al proferirla, se hubiese escedido, segun las notables palabras de nuestra ley aqui, y contra la comun opinion de los DD. á d. l. 5. C. *quand. prov. non est necess.* fundados en que el acto de proferir sentencia es indivisible.

(17) Añad. l. 19. tit. 22. de esta Part. y lo anotado allí.

sobre la quantia de los marauedis, (c) o de las costas que le mandassen pechar, o dar. Ca maguer non se alzassen destos juyzios sobredichos, puedense reuocar quando quier, e non deuen obrar por ellos, bien assi como si non fuessen dados.

LEY 5. *Como la sentencia es ninguna, si es dada ante el pleyto contestado, o non seyendo la parte delante.*

Non deuen los Judgadores dar juyzio sobre ningun pleyto, fueras ende en el que fuesse de alzada (18), a menos de seer comenzado primero por demanda e por respuesta; e si non lo fiziessen assi, el juyzio que diessen despues, non seria valedero (19). Esso mismo seria, quando judgassen, non seyendo delante

(c) o de las cosas Acad.

(18) Es especial y esclusivo de la instancia de apelacion el no requirirse en ella la contestacion del pleito, l. ult. §. 4. C. *de tempor. appell.*

(19) Nótese bien lo que se dispone aqui; lo cual no parece se haya derogado por la l. 2. tit. 1. lib. 3. del Ordenam. [l. 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.] y añad. l. 3. tit. 10. de esta Part., y Specul. tit. *de sentent.* §. *juxta* col. 6. y 7., donde se trata de si seria válida la sentencia proferida sin ser el pleito contestado, cuando lo hubiesen consentido las partes. No deja, empero, de ser dudoso si despues de publicada la citada ley del Ordenamiento será nula, como se declara en la presente, la sentencia pronunciada sin estar el pleito contestado: pues si bien en el proemio de aquella se leen las palabras *desque los pleitos son contestados*, con todo en su parte dispositiva se establece terminantemente que debe fallarse solamente sea *hallada y probada la verdad del hecho;* lo que es mas significativo aun que si dijese que debia procederse sumariamente y sin figura de juicio, segun observa Anton. al cap. 2. *de juram. calum. super notabilibus*, y lo mismo opina Alex. á la l. 126. §. 2. D. *de verb. oblig.*; y sin embargo, cuando se procede sumariamente y sin forma de juicio no se requiere la litis-contestacion, Clementin. *sæpe*, *de verb. signif.* y Bart. á la extravag. *ad reprimendum* vers. *et figura judicii.* Ademas en la citada l. del Ordenam. se previene que haya de fallarse aunque falten *algunas de las cosas que son de la solemnidad y substancia de la orden de los juicios*, y asi tendrá lugar lo dispuesto en la misma aunque falte la litis-contestacion, como respecto de una análoga constitucion de Sicilia, lo sostiene con abundancia de razones Paris de Put. en su tratado *syndicatus*, fol. 98. col. 2., 3. y 4., y fol. 99. y v. notablemente á Bald. á la l. 7. D. *de donat.* versic. *quæro; quid si est dictum quòd potestas.* —* La citada l. 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec., á pesar de que, en nuestro juicio, se dejaron llevar sus autores por un buen deseo mas allá de lo que convenia, no prueba sin embargo lo que de ella quiere inferir Greg. Lopez en la presente nota. Una sentencia proferida sin haberse observado previamente los trámites y solemnidades *substanciales* del juicio ha de ser necesariamente nula: y este principio no podia haberlo derogado la ley recopilada, sin destruir de un golpe todas las disposiciones de las demas leyes sobre procedimientos, que establecen los trámites judiciales, distinguen entre los que son de substancia y los de que puede en algunos casos prescindirse y conceden á los litigantes el derecho de reclamar la nulidad de todas las sentencias y actuaciones en que hayan dejado de observarse los primeros. Pero una sentencia nula puede legitimarse en cierto modo por la aquiescencia de las partes, ya hayan dejado estas de reclamar la nulidad dentro el término señalado por la ley, ya hayan manifestado consentir los defectos del procedimiento intentando contra dicha sentencia el recurso ordinario de apelacion ó súplica, y pedido que se la revocase como *injusta*, lo cual supone necesariamente que la tienen por válida, pues que, siendo nula, ningun agravio ni perjuicio puede seguírseles de ella. Y á este último caso creemos se refiere esclusivamente la citada l. 2. la cual no declara válidas y subsistentes, en términos absolutos, las sentencias dadas sin preceder las debidas formalidades, sino que, para evitar que los litigantes maliciosamente dilaten el pleito alegando estemporáneamente defectos que han debido observar al cometerse y sin embargo no han reclamado contra ellos, prohibe que en primera, segunda ni tercera instancia, despues que está adelantado el procedimiento se provea la reposicion de él, y se declare nula la sentencia, mientras aquellos defectos sean tales que no impidan la prueba y conocimiento de la verdad, y con tal que no se haya intentado contra ellos la competente reclamacion, luego que se han cometido y que las partes han debido apercibirse de ellos; porque si se reclamare á tiempo oportuno, quiere la misma ley que se mande subsanar aquellos defectos y declara que *sentenciando entonces el Juez sin se facer lo susodicho, sea habido el pleito por ninguno, y el Juez condenado en costas.* —Notables son las palabras literales con que dicha ley empieza: *Acaesce muchas veces que desque los plei-*

las partes, o non las auiendo emplazadas (20), que viniessen a oir su juyzio; o si les fuesse prouado, que dieran aquella sentencia por dineros (21); o condenassen el ome a la sazon que fuesse muerto (22), fueras ende en el pleyto de traycion. Ca en cualquier destos casos, o en los otros que mostramos en las leyes del Titulo de los Juyzios que non deuen ser valederos, non valdria la sentencia que fuese dada, (d) e poderse ya desfazer, maguer que non fuesse tomada alçada della.

(d) e poderse hie desfacer quandoquier, maguer etc. Acad.

tos son contestados y traidos testigos y razonado en los pleitos de todo lo que las partes quieren decir y razonar y concluso el pleito para dar sentencia, y á las veces dada, estando el pleito en apelacion ante los superiores, si se halla que la demanda no fué dada en escrito, hallandola sentada en el proceso ó que no está bien formado etc. *suelen los Jueces dar los pleitos por ningunos..... y asi los pleitos se alargan de que viene grande daño á las partes, porende establecemos* etc. No puede ser mas evidente que se refiere á las reclamaciones de nulidad tardías y hechas despues que el pleito está por lo menos contestado.

(20) Añad. l. 5. tit. 22. de esta Part. y lo anotado allí.

(21) Añad. l. 13. tit. 22. de esta Part. y lo anotado allí.

(22) Añad. l. 15. d. tit. 22. y lo anotado allí.

APÉNDICE.

En las ll. 12. 13. 14. 15. y 16. tit. 22. de esta Part. y en las dos últimas del presente tit. se enumeran detalladamente las causas de nulidad de las sentencias, y se presupone en los litigantes el derecho y facultad de pedir que la nulidad se declare siempre que concurra alguna de las indicadas causas. Pero en ninguna parte de este Código se establece como, ante quien ni dentro que término podrá intentarse dicho recurso, cuales habrán de ser sus efectos, ni los trámites con que deberá sustanciársele una vez se le haya interpuesto y admitido. Posteriormente se ha llenado aquel vacío de un modo muy incompleto por la l. 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. en la cual se declara que el recurso de nulidad haya de intentarse dentro el preciso término de sesenta dias desde el en que se hubiere proferido la sentencia contra la cual se le interpusiere; pero ni en el Reglamento provisional para la admin. de justicia ni en otra alguna de tantas leyes y decretos que mas recientemente se han publicado, se ha llegado á tratar siquiera de allanar las demas dificultades que quedaban todavía por resolver. Tan solo en la ley de enjuiciamiento para las causas y negocios de comercio y el real Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre los recursos de nulidad por ante el Tribunal supremo de justicia se encuentran algunas disposiciones que por analogía pueden aplicarse á los negocios comunes: pero por lo demas han quedado estos en la misma y, si cabe, mayor oscuridad que antes, porque, estableciéndose, como se han establecido, ciertas reglas para algunos casos especiales, se ha aumentado la dificultad de determinar lo que deberá practicarse en los restantes. Debemos, pues, ocuparnos de esta materia tan importante como difícil; y lo harémos tratando primero de los recursos de nulidad de las sentencias de los jueces inferiores ú ordinarios, reservando para despues lo relativo á los que se interponen de las sentencias de las audiencias por ante el Tribunal supremo de justicia.

Lo único que, respecto de aquellos, hay de cierto es 1º que las sentencias de los jueces inferiores son á veces impugnables, no por contener alguna injusticia ó ilegalidad en el fondo ó parte dispositiva, sino por algun defecto ú omision en la forma, por falta de las solemnidades que deben preceder y acompañar á su prolacion, ó por haberse prescindido de alguno de los trámites substanciales en el juicio en que se las haya proferido: así se infiere de las citadas ll. de Partª y de otras varias de la Nov. Rec. 2º que las partes interesadas en semejantes sentencias, pueden intentar contra ellas el recurso llamado de nulidad: 3º que tienen para interponerlo el término de sesenta dias, d. l. 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Recop. A esto está reducido cuanto disponen las leyes sobre el particular. Pero ¿ante quién se ha de interponer el recurso de nulidad? ¿quién ha de conocer del mismo? ¿Cuáles serán los efectos de

su interposicion? ¿Cómo deberá sustanciársele despues de admitido? ¿Cuáles serán sus efectos y qué es lo que deberá declararse, cuando lo estimare fundado y procedente el juez ó tribunal que haya de conocer de él? ¿Podrá interponérsele tan solo de las sentencias definitivas, ó tambien de las interlocutorias? ¿Escluirá el recurso ordinario de apelacion y respectivamente el de súplica? ¿Escluirán estos últimos al primero? Y en caso de no escluirse mutuamente, ¿podrá conocerse de ellos y determinarse todos á la vez? ó en caso contrario, ¿de cuál de ellos habrá de conocerse primero? Si la parte quiere utilizarlos todos, ¿deberá interponerlos y prepararlos dentro el término fatal que para cada uno está señalado, ó se entenderá suspendido el del recurso de que no haya de conocerse hasta que el otro esté decidido? Cuestiones son estas que directa ni indirectamente estan resueltas por las leyes y que han dado mucho que hacer á todos nuestros Prácticos, sin que hasta ahora se haya adelantado en ellas un solo paso, y lo que es peor, sin que pueda salirse de tan lamentable incertidumbre, hasta que se publique una ley buena ó mala que determine todas aquellas dificultades; pues, habiéndolas en tanto número, ni ha llegado á adoptarse ni es de esperar que se adopte una práctica general y uniforme, único medio con que pudiera suplirse la falta de ley espresa á que todos hayan de atenerse. Por nuestra parte solo quisiéramos no aumentar el conflicto y divergencia de pareceres, razonando largamente sobre los de tantos intérpretes que se han ocupado de la materia. Hé aquí las diversas opiniones que en cada una de las cuestiones propuestas se han emitido. Casi todos nuestros Prácticos estan conformes en que los recursos de nulidad contra las sentencias de los jueces inferiores pueden interponerse ante estos mismos que respectivamente las hayan proferido. Pero al propio tiempo sostienen la mayor parte de dichos Prácticos que el que intenta aquel recurso no está en la obligacion de interponerlo ante el mismo Juez *à quo*, sino que tiene la eleccion de verificarlo asi, ó de introducirlo directa é inmediatamente ante el tribunal superior ó audiencia respectiva. Algunos AA. han indicado que la espresada eleccion estaba esplícitamente concedida por las ll. de Partida, refiriéndose á la segunda del presente título; pero basta la simple lectura de dicha ley para convencerse de que en ella no se habla de los recursos de nulidad, sino de los de restitucion contra las sentencias dadas por falsas pruebas; lo que es muy distinto: y asi creemos que, precisamente porque las leyes no han determinado ante quién debia interponerse aquel recurso, no puede negarse á los particulares la libre facultad de interponerlos ante el juez *à quo*, como se verifica con las apelaciones, ó ante el tribunal *ad quem*, por via de recurso en queja, mientras otra cosa no se determine. En los negocios mercantiles, en que no puede interponerse el recurso de nulidad, sino juntamente con el de apelacion, es consiguiente y asi está mandado que aquel, como este, ha de intentarse ante el juez *à quo*, art. 420 de la ley de enjuiciamiento: y en los negocios ordinarios de menor cuantía únicos de esta clase respecto de los cuales está regularizado el recurso de nulidad debe interponérsele tambien ante el mismo juez que hubiere dado la sentencia, segun el art. 42 del Reglam. prov. para la admin. de justicia. Ahora, despues de admitido el recurso, ¿será el mismo juez *à quo* ó el superior respectivo quien deberá conocer de él, y declarar si es ó no verdaderamente nula la sentencia contra la cual se haya intentado? Si pudiese discurrirse por lo que está establecido para los negocios de comercio, deberia decirse que dicho conocimiento es propio y esclusivo del tribunal superior: porque, si bien no hay analogía en esta parte entre dichos pleitos mercantiles y los comunes ú ordinarios, toda vez que no pudiendo intentarse en los primeros, segun se ha dicho, el recurso de nulidad, sino juntamente con el de apelacion, y siendo esta privativa del tribunal superior, no es fácil saber lo que en la misma ley se hubiera sobre el particular establecido, si se hubiese en ella autorizado el recurso de nulidad separadamente del de apelacion; con todo la misma ley de enjuiciamiento admite tambien el recurso de nulidad separado é independiente del de apelacion en los casos en que esta no puede tener lugar, ó sea, contra las sentencias que causan ejecutoria; y en ellos dispone (art. 424.) que conozca privativamente del espresado recurso el tribunal superior ó audiencia respectiva. Menos, en nuestro concepto, puede resolverse la cuestion por lo que está dispuesto en el Reglam. prov. relativamente á los negocios comunes de menor cuantía, por lo mismo que la citada disposicion es tan especial, y directa ni indirectamente puede inferirse de ella la intencion en los AA. del Reglamento de aplicarla á los negocios ordinarios de mayor cuantía. De otra parte, en el art. 57 del mismo Reglam. estan espresamente determinadas las facultades y atribuciones que competen á las Audiencias ó los negocios de que *solamente* pueden conocer, y entre ellos no estan continuados los de mayor cuantía que sean remitidos á las mismas por via de recurso de nulidad, sino tan solo los de menor cuantía á que se refieren los arts. 41. y 42.: de modo que á juzgar por aquella declaracion, pareceria que

las audiencias no pueden tener de los recursos de nulidad otro conocimiento que el que causen las apelaciones interpuestas de lo que los jueces inferiores hubieren determinado sobre los espresados recursos. La l. 2. de este tit. y Part. ya hemos dicho antes que no puede servir de argumento en la cuestion presente, porque no habla de los recursos de nulidad, sino de la restitucion contra sentencias dadas en méritos de documentos ó testigos falsos, á lo cual puede añadirse todavía que en tanto no solo la letra, sino tambien el espíritu de la citada ley se refiere á las sentencias rescindibles por falsedad de las pruebas, y no á las que adolezcan de algun vicio de nulidad, como que, á pesar de tratarse de unas y otras en este mismo título, no se colocó al fin de él la espresada disposicion, como era natural que se hiciese para que hubiera de entendérsela estensiva á todos los casos, sino que se la intercaló despues de la ley primera en la que se trata de la restitucion por falsas pruebas y antes de las dos últimas en las que se enumeran esclusivamente las causas de nulidad. De este modo, á tenor de las leyes de Partida, mas bien deberia decirse que el conocimiento de los recursos de nulidad es privativo de los jueces ó tribunales superiores; porque, por regla general, pertenece esclusivamente á estos el enmendar los fallos ó procedimientos de los inferiores ú ordinarios; y, solo cuando la ley espresamente lo haya dispuesto, ha de ser lícito separarse de dicha regla, y suponer en los jueces de primera instancia el poder y facultad de determinar por sí acerca de los recursos que contra los mismos se hayan interpuesto. Cuando se trata de una demanda de restitucion de una sentencia por la falsedad de las pruebas en vista de las cuales se la ha proferido, no tanto se impugna la justicia y legalidad de lo fallado, como la verdad y legitimidad de los méritos que para fallar se han tenido presentes: y entonces el juez que conoce de dicha demanda no ha de juzgar y calificar sus propios hechos: mas cuando se reclama la nulidad de una sentencia por incompetencia del juez ó por defectos en el procedimiento, el juez que ha proferido la sentencia impugnada no puede declarar procedente el recurso sin condenarse á sí mismo y sin decir que ha obrado por ignorancia ó por malicia. ¿No pudo ser esta la razon de haberse declarado en el presente título que los jueces inferiores pudiesen conocer de los recursos de restitucion, y de no haberse dispuesto lo mismo respecto de los recursos de nulidad? No deja de haber motivo para presumirlo, bien que de todos modos habria de ser muy dudoso y asi lo han considerado generalmente nuestros Prácticos, la mayor parte de los cuales, aunque discrepan en el modo de espresarse, convienen con todo en que de la nulidad de las sentencias pueden conocer y declararlas indistintamente los mismos jueces que las hayan proferido ó sus superiores respectivos; V. Azevedo, Hevia Bolaños, Paz y otros. El Sr. Conde de la Cañada creyó con este último que era aplicable á los recursos de nulidad la citada l. 2. del presente tit., la cual, segun queda demostrado, se refiere esclusivamente á las restituciones por falsas pruebas. V. al mismo en sus Instituciones prácticas del Juicio civil, Parte 2ª cap. 1. núms. 18. y 19: pero no pudo ocultarse á aquel ilustrado escritor la señalada diferencia que hay entre unos y otros; y asi es que se hizo cargo de ella muy espresamente, bien que tampoco se atrevió á afirmar que, por razon de la misma, no habiéndolo asi declarado la ley, hubiese de escluirse á los jueces inferiores del conocimiento de los recursos de nulidad, y partiendo de la suposicion contraria, se limitó á aconsejar á las partes como mas conveniente y seguro el que entre los tribunales ó jueces superiores y los inferiores igualmente competentes, segun él, para conocer de los citados recursos, optasen siempre por los primeros, porque *si se propone*, dijo, *la nulidad ante el Juez inferior que dió la sentencia, se tocará al primer aspecto el desabrimiento que causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó indignidad..... y no es justo ni conveniente ponerle en el estrecho de que falte nuevamente á la justicia desestimando la nulidad propuesta.* Por lo demas, no comprendemos con qué fundamento han creido los citados Paz y Conde de la Cañada que era conducente á esta cuestion la l. 13. tit. 22. de esta Partida. En ella se declara que son causas verdaderas de nulidad ó rescision la falsedad de las pruebas y el soborno del juez; pero nada se dice ni se indica siquiera acerca de cuál sea el juez ó tribunal competente para rescindir ó declarar nulos los fallos que adolezcan de semejantes vicios. D. Manuel Ortiz de Zúñiga, Bibliot. jud. Part. 3ª tit. 3. secc. 1. cap. 3. pretende que la doctrina de poder conocer los jueces inferiores de los recursos de nulidad intentados contra los mismos está directamente apoyada en la ley 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. en la que se dice que, si fuere dada sentencia sobre el recurso de nulidad, no pueda ya este intentarse otra vez, mas sí el de *apelacion* ó súplica, *si el juez fuere tal de que pueda apelarse*: de donde infiere el citado escritor que, «siendo lícito apelarse de los fallos »de los jueces de 1ª instancia, es visto que »ante estos puede seguirse el recurso de nu»lidad.» Sin ánimo, empero, de negar la opor-

tunidad de esta observacion creemos que no es muy segura la consecuencia, si se atiende á que, segun las leyes recopiladas, podia intentarse el recurso de *apelacion* no solo de los fallos de *los* jueces inferiores, sino tambien de los de ciertos tribunales superiores, ó audiencias, como la de Galicia (l. 3. tit. 2. lib. 5. Nov. Rec.) á las cuales, por consiguiente, con esclusion de los primeros, pudo muy bien referirse la citada l. 1.

Sea como fuere, resulta de todo lo dicho, primero, que á tenor de las reglas ó principios generales que rigen en semejantes materias, de los recursos de nulidad deberian conocer privativamente los tribunales superiores de aquellos que hubiesen proferido las sentencias contra las que se intentase el recurso; 2.º, que á esto se opone el art. 58 del Reglam. prov. para la admin. de justicia, en el cual se declara cuáles sean las facultades *únicas* de las audiencias, y entre ellas no se cuenta la de conocer y determinar los recursos de nulidad en negocios ordinarios y de mayor cuantía: 3º, que el art. 41 de dicho Reglam. y el art. 420 de la ley de enjuiciamiento para los negocios mercantiles no son aplicables á los negocios comunes ordinarios por referirse uno y otro á casos particulares y de escepcion, y por no reconocer ni autorizar dicha ley, por punto general, el recurso de nulidad independiente y separado del de apelacion, único caso en que recae la cuestion de cuál sea el tribunal competente para conocer de él. 4º, que la l. 13. tit. 22. de esta Partª no puede servir absolutamente para resolver la cuestion propuesta: 5º, que la l. 2. del presente tit. tampoco conduce directamente á dicha resolucion, porque no se habla en ella de los recursos de nulidad. 6º y finalmente, que si algo probara d. l. 22. seria el ser privativo de los tribunales superiores el conocimiento de dichos recursos, porque á ellos corresponde por regla general el entender y fallar en los recursos contra los jueces ordinarios, y el que por via de escepcion se haya establecido otra cosa en materia de restituciones por entero, y mas especialmente en las restituciones por falsedad de testigos ó documentos, no prueba ni puede probar que aquella escepcion haya de hacerse estensiva á otros casos, á los que las leyes no los hayan espresamente estendido. — En la práctica se acostumbra generalmente intentar los recursos de nulidad de las sentencias *ante* los jueces mismos que las han proferido, mas *para ante* los tribunales superiores respectivos. Pero se considera á las partes en la libre facultad de hacerlo así ó de otra manera, y hemos visto algunos ejemplares de sujetarse al mismo juez inferior no solo la admision, sino tambien el conocimiento del recurso y su determinacion definitiva. En uno y otro caso de lo que no cabe duda es que de lo que sobre la nulidad se determinare, no puede interponerse otra vez el recurso de nulidad, sino tan solo el de apelacion ó respectivamente el de súplica, segun la categoría del juez ó tribunal que lo hubiere determinado, y á tenor de lo espresamente establecido por la ya citada l. 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Recop.: la cual, en esta parte, no sabemos ver motivo para que haya de considerarse derogada, ni nos persuaden las razones de analogía que alega el Sr. de Zúñiga para probar que de lo fallado en méritos de un recurso de nulidad podrá interponerse *apelacion*, cuando haya conocido de él un juez inferior, pero no suplicacion cuando se le hubiere decidido por una audiencia. El que no se admita otro recurso alguno contra lo que fallare el tribunal supremo en los casos prevenidos en el decreto de 1838, nos parece se funda en unas razones visiblemente inaplicables á las reclamaciones ordinarias de nulidad, aunque sean decididas por alguna audiencia: tampoco tienen estos perfecta analogía con los negocios de menor cuantía en los cuales está espresamente declarado por el art. 69. del Reglam. que no ha lugar á súplica de lo que se fallare por las audiencias sobre recursos de nulidad; y si bien la ley de enjuiciamiento, aun para los negocios mercantiles de mayor cuantía, tampoco autoriza, al parecer, la interposicion de la súplica; creemos, con todo que nada de esto es bastante para poderse legalmente prescindir de la espresa y terminante disposicion de d. ley recopilada de que pueda apelarse ó *suplicarse* de las sentencias dadas sobre recursos de nulidad: es verdad que se añade en ella *si el juez fuere tal de que pueda apelar la parte que se sintiere agraviada.* Pero si de esto inferimos, como infiere el Sr. de Zúñiga, que no podrá *suplicarse* de lo que fallaren los tribunales superiores, porque estos *no son tales de que pueda apelarse*, se seguirá tambien ó que puede *suplicarse* de lo fallado por los inferiores, pues refiriéndose esclusivamente á ellos, habrá dicho la ley que pueda *apelarse* ó *suplicarse*, ó bien que esta última palabra ha sido continuada en la misma ley sin objeto, aplicacion ni sentido; consecuencias igualmente inadmisibles ante la otra interpretacion menos violenta de que se dijo en aquella *si el juez fuere tal de que pueda apelarse,* queriendo significar: *si no fuere tal que contra sus fallos no pueda legalmente intentarse recurso alguno.* En la práctica sin embargo se ha adoptado, al parecer, la opinion del Sr. de Zúñiga; y se aplica constantemente y con todo rigor á los recursos de nulidad en negocios ordinarios lo que para los de menor cuantía establece el art. 69, olvidándose que

solo por analogía en cuanto á los trámites ha podido observarse aquel en los primeros.

¿Cuáles serán los efectos del recurso de nulidad una vez interpuesto y admitido y antes de recaer sobre él la decision definitiva? ¿Suspenderá ó no como el de apelacion todo ulterior procedimiento? Así lo creemos, y lo han opinado tambien los prácticos mas autorizados, bien que algunos de ellos con ciertas limitaciones, como el Sr. Covarrubias en el cap. 24 de sus Prácticas nº 6. vers. *Tandem*, donde pretende, al parecer, que tan solo cuando se haya propuesto el recurso de nulidad ante el tribunal superior, y despues que este haya remitido al inferior la correspondiente inhibitoria, deberá entenderse suspendida la jurisdiccion de este último y privado de proceder adelante y ejecutar la sentencia contra la cual se intenta el recurso; pero que esto mismo no tendrá lugar ó que las innovaciones posteriores no deberán calificarse de atentatorias y revocarse como tales cuando se hubieren hecho antes de la citada inhibicion. Así á lo menos lo entiende el Sr. Conde de la Cañada, quien atribuye á Covarrubias la esplicada doctrina, transcribiendo las textuales palabras de que se vale este ilustrado escritor en el lugar citado. Creemos, empero, digno de observarse, que el Sr. Covarrubias no habló allí espresamente del recurso de nulidad propuesto ante el juez inferior, sea porque no lo tuviese presente ó porque creyese que no podia intentársele ante el mismo: y por lo tanto no puede suponérsele decididamente la intencion de sentar que dicho recurso no produjese en dicho caso el efecto suspensivo: pues cuando se proponga el recurso de nulidad inmediatamente al superior no puede suspender la jurisdiccion del inferior, hasta que se halle este enterado de habérsele interpuesto, de lo cual no tiene noticia hasta que dicho superior se la da remitiéndole la inhibitoria. La parte, pues, que, pudiendo interponerlo ante el ordinario, prefiere acudir directamente al tribunal superior, parece consentir por el hecho mismo los procedimientos que tal vez se practiquen por el primero hasta que haya recibido la inhibitoria: de suerte que en tal caso produce tambien el recurso de nulidad el efecto suspensivo, pero no empieza á producirlo desde el momento en que se le ha interpuesto, sino desde que el juez de los autos tiene legalmente noticia de su interposicion. En tal concepto nos parece muy lógica y admisible la teoría ó distincion del Sr. Covarrubias: y como esta no es aplicable mas que á los recursos propuestos ante la superioridad, es muy verosímil que aquel dejase de hablar de los propuestos ante el inferior, nó por creer que no produjesen dichos recursos el efecto suspensivo, sino en la suposicion de que en ningun caso dejaban de producirlo, y de que era inútil por lo tanto hablar de los mismos, cuando se trataba de establecer una distincion que no podia aplicarse mas que á los primeros. De todos modos no dudamos afirmar que todas las razones que se han tenido en consideracion para dar á las apelaciones el efecto suspensivo, tienen cabal y, si cabe, mayor aplicacion á los recursos de nulidad; porqué si no se cree justo ejecutar una sentencia que se ha impugnado como injusta ¿qué motivo puede haber para legitimar la ejecucion de ella, cuando no se sabe todavía ni puede saberse si se la habrá de declarar nula y de ningun valor ni efecto? Esta razon es al mismo tiempo, independiente de la circunstancia de ser el propio juez que ha proferido la sentencia ó el tribunal superior el que conozca del recurso, porqué tan dudoso es en un caso como en el otro el que dicha sentencia llegue á invalidarse á consecuencia de aquel; y tan graves los inconvenientes que ofrece el llevarla á ejecucion mientras no se haya determinado sobre su validez. Ademas es este un punto en cierto modo determinado por la l. 2. de d. tit. 18. lib. 11. Nov. Recop. en la cual se declara que no pueda intentarse recurso de nulidad de aquellas sentencias de que no puede intentarse suplicacion; y que *en todos los casos y negocios que las sentencias dadas por los del Consejo y Oidores de las Audiencias se han de ejecutar sin embargo de suplicacion, aquello se entienda asimismo sin embargo de qualquiera nulidad*; de donde se infiere notoriamente que, segun la misma ley, en todos los demas casos en que, segun la regla general, producia la suplicacion el efecto suspensivo, debia producirlo tambien el recurso de nulidad, pues tan espresamente se declaraba que no lo produjese en los casos escepcionales en que la súplica (y lo mismo debe decirse de la apelacion) debia ser admitida en el solo efecto devolutivo. Añádase finalmente que, segun verémos luego, en la sustanciacion del recurso de nulidad deben observarse y se observan unos trámites mucho mas breves y sencillos que en la de las apelaciones y súplicas: y así, cuando, á pesar de la larga duracion de estas últimas, se ha querido que suspendiesen, hasta hallarse terminadas, la ejecucion de las sentencias, con mayor motivo, mediando las propias razones, deberán tambien suspenderla los recursos de nulidad: y así se practica por nuestros tribunales, salvos, empero, los casos de escepcion en que otra cosa aconsejen la conveniencia pública ó la urgencia de los negocios, en los que deberá tambien admitirse el recurso de nulidad en el solo efecto devolutivo, siguiendo para ello las mismas reglas que se han dado para las apela-

ciones en el apéndice al tit. 23.

Acabamos de decir que los recursos de nulidad deben sustanciarse por unos trámites mas breves y sencillos que los de apelacion y súplica: y en efecto, tanto si se atiende á su objeto, como á lo que para casos análogos está dispuesto por las leyes, aparecen la inutilidad y los inconvenientes de que en ellos se observasen como en las segundas y terceras instancias las formalidades y dilaciones de un juicio ordinario. Al decidir sobre la procedencia ó improcedencia de los recursos de nulidad, no se decide acerca el fondo del negocio sobre que aquel ha recaido, ni se juzgan ni califican las pretensiones de las partes en el punto principal: todo está reducido á averiguar y decidir si en la sentencia que es objeto del recurso ó en el procedimiento que ha dado lugar á que se la profiriese, se ha incurrido ó no en algun defecto que importe legalmente nulidad, para lo cual no hay necesidad de nuevas pruebas ni de amplias y detenidas discusiones, sea que se funde el recurso en la incompetencia del juez, en cuyo caso basta el conocimiento de la naturaleza del litigio y de las personas que intervienen en él, sea que se funde en la informalidad del procedimiento ó en la falta de algunas solemnidades, y esto puede resolverse por la simple inspeccion de las actuaciones, ó sea que se funde en ser la sentencia contraria á ley clara y terminante, y entonces no se trata ya de saber si aquella es ó no arreglada á derecho y justicia, sino de si es en efecto tan ilegal é injusta, que asi aparezca del simple cotejo entre la misma y el contexto de la ley que con ella se pretenda infringida; bien que por esta última razon, rara vez se suele intentar contra las sentencias de los jueces inferiores el recurso de nulidad, como verémos mas adelante. El Real decreto de 4 noviembre de 1838. que prescribe los trámites que han de guardarse en los recursos de nulidad interpuestos contra las ejecutorias de las audiencias para ante el tribunal supremo de justicia, dispone en sus arts. 13., 14., 15. y 16. que, presentándose las partes ante dicho tribunal, toda la tramitacion quedará reducida á entregarles los autos para instruccion de sus defensores por un término suficiente que no debe pasar de 30 dias á cada una, y devueltos aquellos, á señalar dia para la vista y decidir en ella lo que corresponda dentro el preciso término de 15 dias. Análoga á esa sustanciacion es la que prescribe el art. 69. del Reglam. prov. para la admin. de just. para los recursos de nulidad interpuestos de los fallos de jueces inferiores para ante las audiencias en negocios de menor cuantía; á propósito de los cuales debemos advertir que debiendo naturalmente sustanciarse los recursos de nulidad mas brevemente que los de apelacion, y como por la ley de 10 de enero de 1838., se haya simplificado de un modo estraordinario la tramitacion de las segundas instancias en los pleitos de menor cuantía, es necesario considerar derogado, respecto de los mismos, el sobredicho art. 69. del Reglam. ó suponer que en ellos el recurso de nulidad dará lugar á un procedimiento mas solemne y detenido que el de apelacion, lo cual importa un notorio contrasentido, y no puede haber entrado en la intencion del Reglam. ni de la citada ley de 10. de enero, por mas que en esta última no se haya previsto esa dificultad, como frecuentemente sucede al reformarse la legislacion parcialmente y sin tomar en consideracion las disposiciones existentes y aisladas que pueden resultar afectadas por la reforma. Por lo que hace á los recursos de nulidad en negocios ó pleitos ordinarios de mayor cuantía, ya hemos dicho antes que por nuestras leyes antiguas ni modernas han sido directa ni indirectamente regularizados: creemos, empero, que por necesidad han de observarse en ellos los mismos trámites breves y sencillos que estan establecidos para los demas, que podrán ser los que prescribe d. art. 69. del Reglam.: pues si bien se les habia establecido para unos negocios de menos importancia; como son los de menor cuantía, no puede haber inconveniente en aplicarlos á los ordinarios, cuando se los ha aplicado asimismo con pocas é insignificantes diferencias, al caso de elevarse el recurso al tribunal supremo y de recaer sobre alguna sentencia ejecutoria del tribunal superior; y tambien á los negocios mercantiles de mayor cuantía, en los cuales, segun el art. 425. de la l. de enjuiciamiento, en los casos en que tiene lugar aquel separadamente del de apelacion, se le sustancia tambien por unos trámites enteramente análogos á los prevenidos en d. art. 69; todo lo cual prueba que, al simplificar en dichos casos el procedimiento, mas que la entidad de los negocios, habrá tenido la ley en consideracion, la sencilla naturaleza de las cuestiones á que los citados recursos dan lugar y la circunstancia de no haberse de entrar para decidirlas en el fondo del punto principal que forma objeto del litigio: y asi tambien vemos que en la práctica se observa; siendo por demas el advertir que interpuesto el recurso de nulidad ante el juez que ha proferido la sentencia, del auto en que aquel declare no haber lugar á admitirlo, puede apelar la parte interesada por ante el superior respectivo, y que dicha apelacion deberá admitírsele y sustanciarse en iguales términos que las apelaciones ordinarias de autos interlocutorios. Y es de notar finalmente que en la sustanciacion de los recursos de nulidad,

cuando estos se sigan y determinen ante los jueces inferiores, aunque no tendrán una exacta aplicacion los trámites prescritos en d. art. 69. del Reglam., que lo han sido especialmente para las audiencias, deberán con todo observarse y de hecho se observan, con suspension de los procedimientos ordinarios sobre el punto principal, unos trámites sencillos y análogos, en lo posible, á los prevenidos en d. art. y los mas acomodados á la naturaleza del recurso, que suelen consistir en la decision del mismo, previo un escrito por parte, despues de interpuesto y admitido.

Hemos hablado hasta aquí de los efectos que produce la simple interposicion y consiguiente admision de los recursos de nulidad de las sentencias de los jueces inferiores ú ordinarios: debemos hablar ahora de los efectos que producen una vez seguidos y sustanciados por todos sus trámites. Por ellos ya hemos visto que no se trata de averiguar y decidir la justicia intrínseca de los fallos sobre que recaen, sino de declarar si tenia ó no jurisdiccion el que los ha proferido, ó si, teniéndola, ha procedido ó no en la forma prevenida por la ley en la instruccion y ordenacion del juicio y en el acto de pronunciar la sentencia. Se diferencian, pues, de los recursos de apelacion y súplica en que por estos últimos se somete el conocimiento y decision del negocio al tribunal *ad quem*, no solo para el efecto de que revoque y deje sin efecto lo fallado por el juez *à quo*, sino para que lo enmiende y lo determine en justicia declarando lo que corresponda sobre el punto principal: mas en los recursos de nulidad estan limitadas las atribuciones del juez ó tribunal que conoce de ellos á declarar legítimos y subsistentes los procedimientos practicados y el fallo proferido, ó á dejarlos sin efecto para que vuelvan á practicarse aquellos ó á proferirse este con arreglo á las leyes. Si es un tribunal superior el que así lo declara, deberá en consecuencia remitir los autos al juez competente cuando resulte no serlo el que ha conocido de ellos, para que ante aquel usen las partes de su derecho, ó devolverlos al mismo juez *à quo*, cuando, siendo competente, haya procedido ilegalmente, para que, reiterando las actuaciones que hayan resultado nulas, las practique en debida forma y pronuncie otra vez su fallo con las solemnidades debidas y en los mismos términos con que antes lo habia verificado, ó en otros diferentes, si con la nueva sustanciacion variare de concepto en cuanto al punto principal; y lo propio deberá decirse respectivamente cuando el recurso se hubiere propuesto y sustanciado ante el mismo juez que ha proferido la sentencia, en cuyo caso, si se declarare aquel procedente, habrá de reponer dicho juez el procedimiento al ser y estado que tenia cuando se cometió el defecto que ha dado causa á la declaracion de nulidad, y sustanciar de allí en adelante el juicio como si nada anteriormente se hubiese hecho. En resúmen puede reducirse á términos muy claros y sencillos la diferencia esencial entre los recursos de nulidad y los de apelacion y súplica; en cuanto los primeros, por punto general, se refieren al modo con que el juez ha *procedido y conocido*, y los segundos siempre al modo con que ha *fallado y decidido*. Consecuencias de esto son 1ª la de que la parte misma á favor de quien se ha proferido una sentencia puede intentar contra ella el recurso de nulidad y aun le convendrá el intentarlo siempre que, por algun vicio en la forma ó procedimiento, temiere fundadamente que en lo sucesivo pueda movérsele cuestion sobre la legitimidad de sus derechos por la nulidad del fallo en que han sido declarados legítimos. 2ª que, al declararse procedente un recurso de nulidad, necesariamente por regla general ha de condenarse en las costas del mismo al Juez que lo haya ocasionado con sus ilegales procedimientos, de los cuales nunca pueden ser responsables las partes, por que ó no los han provocado, ó si lo han hecho el juez tenia obligacion de no separarse de los trámites prescritos por la ley y no dar lugar á que se sustanciase defectuosamente el juicio. Cuando el defecto que haya dado lugar al recurso de nulidad consistiere en alguna notificacion practicada sin las debidas formalidades, está espresamente declarado por el art. 5º de la ley de 4 de junio de 1837 que el escribano que la hubiere hecho, á mas de incurrir en la multa de quinientos reales, queda responsable de los perjuicios que de declararse nula se siguen á las partes. Pero esa responsabilidad del escribano ¿escusará la del Juez que tiene tambien obligacion de velar exactamente el cumplimiento de la ley, y enterarse de todas las diligencias judiciales cada vez que se le traigan los autos á la vista? La escusará, en nuestro concepto, siempre que el mismo Juez á tiempo oportuno haya observado y mandado subsanar aquel defecto, de oficio ó á instancia de parte y antes de haber practicado nuevos procedimientos con posterioridad á la notificacion informal: pero si, pasándola por alto, ha procedido *ad ulteriora* y despues se declarare nulo por el mismo ó por el superior todo lo practicado posteriormente, parécenos que en este caso deberá concurrir dicho juez con el escribano en la indemnizacion de costas y perjuicios, en cuanto estos no dimanen directa y esclusivamente de la notificacion, sino de la inadvertencia con que, en lugar de subsanarla desde luego, se

ha continuado la sustanciacion del juicio y dado lugar á que despues se declarase nulo y sin efecto; 3.ª consecuencia de los principios antes sentados es lo que está espresamente dispuesto en la l. 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. ó sea que de lo que se fallare ó decidiere en méritos de un recurso de nulidad, no pueda otra vez interponerse el mismo recurso, sino respectivamente el de apelacion ó súplica: y la razon es clara: el que dice de nulidad de un fallo se queja de que el juez ha *procedido* mal antes ó despues de proferirlo; pero la parte que lo ha interpuesto ó la otra en cuyo perjuicio se interpuso, aunque estén quejosos de la decision que sobre el mismo ha recaido, no pueden decir que lo estén porque se haya *procedido* mal, sino porque se haya *fallado* injustamente, al declarar nulos unos procedimientos que no lo fuesen ó al contrario. Con todo podria suceder que en el procedimiento mismo á que hubiere dado lugar el recurso se observase algun defecto sustancial, ó que hubiese conocido de él un juez ó tribunal incompetente; y á este caso juzgamos que no habrá entendido referirse la prohibicion de la ley recopilada; antes bien en él podria intentarse segunda vez el recurso de nulidad por lo mismo que tendria un objeto bien distinto que el primitivamente interpuesto. En el caso, por ej., de haberse fallado ó decidido sin citacion de parte, la cuestion de nulidad á que hubiese dado lugar un recurso legítimamente propuesto y admitido ¿puede razonablemente dudarse que deberia ser admitido el nuevo recurso de nulidad que contra dicha decision ó fallo se intentara? Es evidente, pues, que la ley recopilada no ha querido prohibir, en términos absolutos, que en un mismo negocio se reiterase el recurso de nulidad, sino que se le reiterase fundado en la misma causa ó en los propios méritos sobre que hubiese ya recaido decision; sin perjuicio, empero, de poder, como pueden, las partes intentarlo sucesivamente y cuantas veces quieran, siempre que lo hagan por defectos ó informalidades cometidas al sustanciar ó decidir el recurso y en la instancia que este haya causado.

Pero ¿cuáles son las causas ó defectos que importan verdadera nulidad, ó en otros términos, cuáles son las que deben concurrir para que, en méritos del recurso interpuesto, pueda declararse una sentencia nula? En este particular han sido nuestras leyes algo mas esplícitas y con arreglo á ellas han podido formar los AA. prácticos un catálogo de las causas de nulidad, de las cuales es digno de observarse que consisten unas en defectos cometidos en el acto mismo de proferirse la sentencia, otras en defectos ó informalidades anteriores á aquella, y algunas en circunstancias generales que afectan igualmente todas las partes del procedimiento. Á esta última clase pertenecen 1º la falta de jurisdiccion en el que ha obrado como juez, porque si este carece de ella, bien sea por razon de las personas interesadas en el pleito, bien sea por razon de las cosas que son objeto de él, serán nulos no solo el fallo definitivo que hubiere pronunciado, sino tambien todos los demas procedimientos practicados por el mismo, en términos que seria tambien nula la sentencia dictada por un juez competente cuando lo fuese en méritos de un juicio instruido y sustanciado en sus principios ó en alguna parte de él por uno que no tuviese absolutamente jurisdiccion alguna ó no la tuviese para conocer de aquel negocio ó entre las personas interesadas en el mismo, como si un juez lego hubiese conocido de un negocio espiritual ó hubiese admitido una demanda civil y por accion personal contra un aforado eclesiástico. 2º la falta de citacion ó emplazamiento del acusado ó convenido, sin cuyo requisito es necesariamente nulo todo cuanto se practicare, de tal suerte que ni aun se rehabilitaria la sentencia que tal vez se profiriese subsanando previamente aquel defecto, como, al mismo tiempo, no se repusiese todo el procedimiento al estado que debia tener despues de la citacion ó emplazamiento que indebidamente se habia omitido: 3º la falta de conciliacion que, segun demostramos en la nota 1ª tit. 2. de esta Partida, es otra de las causas de nulidad, no solo de la sentencia proferida sin preceder la celebracion del juicio de paz, sino tambien de todas las actuaciones practicadas desde la demanda inclusive. 4.º y último, la falta de personalidad en los litigantes ó en alguno de ellos, ya por ser estos personas inhábiles para estar en juicio, como las mugeres casadas sin licencia de sus maridos, los menores sin asistencia de sus curadores etc., ya por que estén representados por procuradores sin poder bastante para ello: lo cual es tambien causa de nulidad de la sentencia y de todos los demas procedimientos sin distincion que tengan referencia con dichas personas no debidamente representadas. Á la primera de dichas nulidades, ó sea á la de incompetencia de jurisdiccion, deben equipararse la de haber procedido un juez lego ó proferido alguna providencia sin acompañarse de su asesor, en los casos en que la asistencia é intervencion de este último es necesaria, segun lo dicho en la adicion á la nota última tit. 21. de esta Partª, y la de haber procedido ó fallado tambien un juez ó asesor recusado sin la intervencion del adjunto ó acompañado, ó en otra manera sin hacer el debido mérito de la recusacion: porque en uno y otro de los casos sobredichos puede decirse, en cierto mo-

do, que se habrá obrado ó decidido sin competente jurisdiccion, ó á lo menos sin la legítima facultad de ejercerla del modo que se la ha ejercido. Las nulidades de segunda clase ó sean las que consisten en defectos ó informalidades cometidas antes de proferirse la sentencia pueden á su vez subdividirse en dos especies, pues las unas son tales que aparecen y pueden reclamarse antes de dictarse la sentencia, y las otras no constituyen verdadero defecto ó nulidad, sino en cuanto no hubieren precedido á esta última, y por consiguiente no puede saberse que existan, sino cuando despues de dada la sentencia se vea que ha dejado de cumplirse alguno de dichos previos requisitos. Asi, por ejemplo, el omitirse una notificacion ó el hacerse esta sin las debidas formalidades no anula la providencia que hubiera debido legalmente notificarse, sino todos los procedimientos ulteriores, siendo tales que no se hubieran podido practicar sin haberse hecho la notificacion legítimamente (art. 3º de la ley de 4 de junio de 1837); y por consiguiente anula tambien la sentencia proferida despues de aquella omision. Pero la parte á quien interese reclamar aquella nulidad, no ha de esperar para hacerlo á que se haya proferido alguna otra providencia y menos á que se haya dictado la definitiva, sino que desde el momento en que advirtiere aquel defecto y viere que, á pesar de él, se ha practicado con posterioridad algun procedimiento, como si se han comunicado los autos ó han corrido los dias de alguna dilacion, puede, sin esperar mas, pedir que se declare la nulidad y que se reponga todo lo obrado desde el momento en que debió haberse hecho la notificacion: y lo mismo deberá decirse si, durante el pleito, ha muerto alguno de los litigantes y se ha hecho alguna actuacion que pueda interesar á sus herederos sin haberles previa y legítimamente emplazado, ó si se ha practicado alguna diligencia perjudicial al convenido durante el término que este tiene concedido para contestar la demanda y antes que la haya contestado; en cuyos casos serán nulas igualmente no solo la sentencia proferida, sino todas las diligencias ó actuaciones practicadas antes de la contestacion ó sin preceder el legítimo emplazamiento de los sucesores del litigante difunto, y podrá reclamarse la nulidad de estas últimas, sin haber de esperarse á que se profiera la primera. Mas la nulidad de una sentencia ocasionada por haberse esta proferido sin la previa citacion de las partes para que acudan, si quieren, á oirla, ó á alegar verbalmente de su derecho, ¿cómo podrá reclamarse, cómo podrá saberse siquiera que se ha incurrido en ella, sino en vista de la sentencia misma, la cual ha de ser necesariamente proferida para poder decirse que lo ha sido sin la previa citacion? Hé aqui, pues, uno de los defectos ú omisiones que importan verdadera nulidad, y que preexisten, por decirlo asi, á la sentencia ó recaen en procedimientos anteriores á la misma, pero que no pueden reclamarse ni conocerse sino despues de haberse esta pronunciado. Mas adelante verémos la aplicacion de estas doctrinas que á primera vista pueden parecer inútiles y minuciosas, y los motivos que hemos tenido para esponerlas con tanta detencion: y creemos de paso digno de advertirse que una sentencia puede ser nula no solo por haber sido dada sin previa citacion, sino porque, habiéndose oportunamente citado á las partes, hayan sido estas impedidas de aprovecharse de dicha citacion. El objeto de esta era, segun nuestras leyes, el de que las partes pudiesen comparecer á oir como se pronunciaba la sentencia; por lo que no cabe duda que hubiera importado nulidad no solo la omision de la espresada diligencia, sino tambien la resistencia del juez á que las partes legítimamente citadas estuviesen presentes á dicha pronunciacion ó el hecho de pronunciarla en hora ó lugar distinto del en que se hubiese designado en la citacion: y lo propio tendria hoy lugar, si, habiéndose citado á las partes y habiendo estas ó sus defensores comparecido á la hora ó lugar señalados, ó pedido que se les señalasen, se resistiese el juez á hacerlo, ó no quisiese oirlos y pasase á proferir sentencia. Las causas de nulidad de la primera clase, ó sean las que recaen en el acto mismo de proferirse la sentencia, son todas las demás, esceptuadas las que se acaban de enumerar, á saber: el proferirse la sentencia de palabra y no por escrito, no recayendo en juicio verbal: ó sin estar el juez sentado *pro tribunali*, ó en dia feriado, ó en lugar impropio ó indecoroso, como en una taberna ó fuera del territorio en que tiene la jurisdiccion el juez que la profiera, ó fuera del tiempo para el cual se le hubiese concedido cuando la tuviese solo por el tiempo determinado, ó sin asistencia de los jueces necesarios para proferirla, cuando fuese un fallo arbitral ó de un tribunal colegiado, ó sin continuarse en ella las palabras de *condeno* ó *absuelvo* ú otras equivalentes, ó sobre cosa ó punto distinto del que hubiese formado objeto de la demanda y contestacion, ó por haberse padecido error que aparezca notoriamente de la misma sentencia, ó por ser esta contraria á otra anterior y ejecutoriada, V. la adic. á la nota 92. tit. 22. de esta Partª ó por haberse proferido bajo condicion, ó como dice la ley *por fazañas de otro,* esto es, fundándose no en los méritos del juicio ó en las razones alegadas, sino en lo que, en un caso semejante, hubiese fallado otro juez

ó tribunal: bien que esto último no podrá ocurrir en el dia por estar prohibido el motivar las sentencias. Todas estas causas de nulidad consignadas en las leyes 12. 13. 14. 15 y 16 tit. 22. y ll. 3 y 4 de este tit. son aquellas que no pueden cometerse sino en el acto mismo de proferir la sentencia y por consiguiente, solo despues de publicada esta, puede por razon de las mismas intentarse el recurso. Pero ¿tendrá este lugar asi contra las sentencias interlocutorias, como contra las definitivas? Ante todo es necesario saber si de hecho pueden cometerse respecto de las primeras los defectos é informalidades que, recayendo en las segundas, las hacen nulas y de ningun efecto: porque si asi no fuera, habria una imposibilidad absoluta y material de que contra aquellas se propusiese el recurso. Una sentencia interlocutoria lo mismo que una definitiva, puede ser nula por haberla proferido un juez incompetente, por la falta de personalidad ó legítima representacion de las partes, por falta de citacion ó emplazamiento de las mismas, por la omision ó informalidad de alguna notificacion anterior á la propia sentencia, por no haber sido proferida *pro tribunal*, ó en lugar decente, ó por haberlo sido fuera del territorio ó en dia feriado, ó fuera del tiempo al cual tuviese limitada su jurisdiccion el que la ha proferido, ó bajo condicion, ó por menor número de jueces de los necesarios para formar tribunal, ó por error, ó contra otra sentencia anterior y ejecutoriada, ó por decidirse en ella una cuestion ó punto distinto del que se estuviese controvertiendo. Pero no para todos los autos interlocutorios se ha de citar previamente á las partes para que comparezcan á oir como se profiere, sino tan solo para los que tienen fuerza de definitivos: hé aqui, pues, que los puramente interlocutorios no serán nulos, aunque se los haya proferido sin observarse aquel requisito. Supóngase tambien que el convenido contra quien se propone una demanda comparece y opone una escepcion de *no contestar*: el auto que recayere sobre este artículo ó incidente podrá ser injusto, podrá ser nulo por alguno de los defectos antes espresados, pero no podrá serlo por haber sido dictado antes de la contestacion del pleito: y por último, como las palabras de *absuelvo* ó *condeno* ú otras equivalentes solo deben y pueden continuarse en las sentencias definitivas, ningun auto interlocutorio podrá ser nulo por haberse omitido en él aquellas palabras: de todo lo que se infiere que, si bien no todas las causas de nulidad declaradas tales por la ley son aplicables á las sentencias interlocutorias, pero lo son la mayor parte y por lo tanto no cabe duda en que de hecho contra ellas, lo mismo que contra las definitivas, puede intentarse el recurso de nulidad; teniendo, empero, presente que los autos interlocutorios pueden ser tales que los defectos de que adolezcan sean trascendentales á la sentencia definitiva, y entonces aun cuando no se haya propuesto oportunamente contra ellos el recurso, podrá despues utilizarse contra esta última como si hubiese recaido en ella la causa de la nulidad; ó tales que puedan subsanarse tácitamente por el allanamiento de las partes, en cuyo caso, no intentándose el recurso inmediatamente y antes del fallo definitivo, no solo no será nulo este último, sino que quedará legitimada la misma interlocutoria en que hubiese recaido alguno de dichos defectos. Asi, por ej. la falta ó informalidad de una notificacion anula, como se ha dicho, los ulteriores procedimientos, pero no produce dicho efecto, siempre que la parte interesada por algun escrito posterior á la notificacion, ó en diligencia judicial practicada por ella á su instancia se hubiese manifestado sabedora de la providencia y no reclamase la notificacion formal, en cuyo caso se tendrá por hecha y por subsistentes las actuaciones que se hayan ido practicando, art. 4º de d. l. de 4. de junio de 1837. y V. sobre la necesidad de reclamar á tiempo oportuno de las nulidades cometidas durante el juicio, lo que se dijo en la adicion á la nota 19. del presente tit.

Al enumerar, como acabamos de hacerlo, los defectos é informalidades que importan legalmente nulidad de la sentencia en que se hayan cometido, de propósito hemos dejado de hacer mencion de algunas que tambien estan continuadas como tales en nuestras leyes de Partida, porque creemos que deben hacerse sobre ellas algunas importantes observaciones. Tales son, primero, la falta de la debida instruccion del proceso antes de proferirse sentencia y la inobservancia de alguno ó algunos de los procedimientos substanciales en el juicio, y segundo, la circunstancia de ser la sentencia contraria á alguna ley, fuero ó costumbre, al derecho natural ó á la buena moral ó por mandarse en ella un imposible, V. l. 15. d. tit. 22 y l. 3. del presente tit. Son notables los términos con que se espresa d. l. 15. declarando que *el juizio que diesse el judgador non sabiendo la verdad del pleito, si despues la quisiere saber e pesquerir, non deue valer*; *ca ordenadamente* añade, *segund mandan las leyes deue el judgador andar por el pleito, e escodriñar e saber la verdad lo mejor que pudiere e en cabo dar su juizio assi como entendiere que lo deue fazer:* de cuyas palabras pueden inferirse dos distintas consecuencias, á saber: la que indica el Sr. Conde de la Cañada, Parte 1ª cap. 12. núm. 8. diciendo que es causa de nulidad de una sentencia el haberla proferido el juez con

precipitacion y ligereza, y sin el reflexivo exámen que requieren las leyes, aunque en la instruccion y sustanciacion del juicio haya procedido con toda legalidad, ó bien la de que la precipitacion y ligereza del juez en proferir la sentencia solamente importe nulidad, cuando el juez la haya padecido no en el acto de dar el fallo, sino en el ordenar é instruir debidamente el procedimiento: y esto último es lo que, en nuestro concepto, ha querido establecer la transcrita ley de Partida. Ya el mismo Sr. Conde en el lugar citado núm? 9. reconoce que ha de ser muy difícil y poco menos que imposible el cerciorarse de si el juez ha procedido ó no, al dar su fallo, con la debida madurez y circunspeccion, y observa que «para «resolver esta duda no hay ley que señale el «tiempo y las circunstancias que lo manifies-«ten, y es preciso reservarlas al prudente co-«nocimiento de los jueces superiores.» Nosotros, empero, creemos que, no solo por esa dificultad material de determinar ó calificar la conducta del juez en dicho caso, sino por otras razones mas legales y positivas no debe ni puede considerarse como verdadera causa de nulidad la precipitacion ó ligereza en el proferir la sentencia, estando el proceso bien instruido y sustanciado, porque ó bien esa ligereza y precipitacion habrán hecho incurrir al juez en alguno de aquellos defectos que, recayendo en la sentencia, la hacen nula, como en el de no condenar ni absolver, incurrir en error notorio, fallar sobre una cosa distinta de la que estaba puesta en litigio, etc., y entonces no será la precipitacion ó falta de exámen, sino el defecto proveniente de ellas la que importará nulidad y la importaría asimismo aunque procediese de otras causas, ó bien la sentencia, á pesar de ser poco meditada, no contendrá defecto alguno de los espresados y entonces habrá de ser conforme á justicia y al resultado de los autos ó contraria á uno y á la otra. Si es lo primero ¿puede concebirse que sea nula una sentencia *justa* y perfecta en su forma, solo porque el juez la haya proferido con mas ó menos meditacion? Y si lo segundo ¿tendrémos entonces mas que una sentencia *injusta* y como tal susceptible de ser revocada por apelacion? Y esa sentencia contraria á la justicia ó al resultado de los autos ¿dejaria de ser asimismo injusta y revocable, aunque se la hubiese proferido con el mayor detenimiento y circunspeccion? Las causas de nulidad se han de referir necesaria y esclusivamente á la forma esterior de la sentencia, á las solemnidades con que debe procederse al proferirla ó á la previa ordenacion del juicio ó incidente que por ella va á quedar terminado. Todo lo que se refiere al fondo de la sentencia, á la disposicion misma ó al precepto que ella contiene puede hacer que se la califique de *justa* ó *injusta*, pero no puede influir en su *validez* ó *nulidad*. Puesto que las leyes, si bien han señalado á los jueces el término *máximo* que pueden tomarse para proferir sus fallos interlocutorios ó definitivos, no les han prefijado asimismo el término *mínimo* que debe transcurrir desde la conclusion en causa hasta la prolacion de la sentencia, es evidente de aqui que, aun cuando se falle un pleito en el mismo dia de la conclusion; mientras se haya citado previamente á las partes, mientras en nada se les haya coartado su defensa, no podrá decirse que el juez ha faltado á las solemnidades ó leyes del procedimiento; y el fallo que asi profiriere podrá ser vicioso en el fondo de lo que dispone, pero de ninguna manera en la forma, ni por la inobservancia de las solemnidades legales. Si fuese, pues, nulo, no podria serlo por la precipitacion con que se hubiese dictado, sino por los efectos de esa misma precipitacion; y si esta no hubiese producido vicio alguno estrínseco, sino la injusticia intrínseca del fallo, y si un fallo *injusto* fuese tambien *nulo* por proceder la injusticia de precipitacion, ¿cómo no deberia serlo tambien, cuando la injusticia procediese de ignorancia ó de malicia, que son las causas únicas que pueden producir un fallo *injusto?* Asi se vendria á parar en el absurdo de ser *nulos* todos los fallos *injustos*, lo que no consienten las leyes ni los buenos principios. La ligereza, pues, ó precipitacion del juez solo importa nulidad, cuando por ella se haya omitido alguno de los trámites del procedimiento, y cuando el trámite omitido haya podido impedir la completa averiguacion de la verdad, como la denegacion de prueba, ó la amplia defensa de las partes, como la denegacion de una comunicacion de los autos ó la inadmision de un alegato presentado en el modo y tiempo oportuno. Asi parece haberlo entendido nuestro Gregor. Lopez en la nota 110. de d. tit. 22. y tal es el espíritu de la citada ley 16. la cual, si bien declara la nulidad de la sentencia, proferida *por el judgador non sabiendo la verdad del pleyto*, pero añade en seguida la razon que ha tenido para declararlo, *ca ordenadamente segun que mandan las leyes deue el judgador andar por el pleyto e escodriñar e saber la verdad, lo mejor que pudiere*: lo que equivale á decir que el juez se entiende haber ignorado *la verdad del pleito*, nó por el mayor ó menor detenimiento con que lo haya examinado antes del fallo, sino por la mayor ó menor escrupulosidad con que haya procedido al sustanciar é instruir el proceso: por cuanto, si por culpa del mismo hubiese dejado de ministrarse alguna prueba conducente y solicitada por las partes á debido tiempo, el fallo que se

profiriere podrá ser justo y arreglado á los méritos resultantes de los autos, pero será *nulo* por haber sido proferido sin saber la verdad y sin haberse procedido *ordenadamente en escodriñarla*. Nótese finalmente que no todos los defectos ú omisiones en la tramitacion, aunque provengan de ligereza, harán que sea nula la sentencia que despues se pronunciare, sino cuando sean tales que hayan podido influir en el conocimiento de la verdad ó en la defensa de las partes, pues si despues de cometidos se viese que ningun resultado importante han debido producir, no habiéndose reclamado contra ellos oportunamente, estarian comprendidos en la disposicion de la l. 2. tit. 16. lib. 11. Nov. Recop. y pidiéndose por razon de ellos la nulidad despues de proferida la sentencia, deberian ser despreciados á tenor de lo que, sobre d. l. 2., dejamos espuesto en la ya citada adicion á la nota 19. del presente tit. Vamos ahora á ocuparnos de otra dificultad á propósito de lo que acabamos de decir, ó sea, de que la denegacion de prueba ó de la comunicacion de autos legítimamente solicitados son otros de aquellos defectos ú omisiones que impiden la averiguacion de los hechos ó coartan la defensa y que por ese motivo importan la nulidad de la sentencia despues pronunciada. Es necesario advertir que semejantes autos denegatorios de prueba ó de comunicacion no son nulos *ipso facto*; antes bien puede venir y ocurre con mucha frecuencia el caso de haber de declarar el juez legítimamente que no ha lugar á las pruebas ofrecidas por inconducentes, ó á la comunicacion solicitada por estemporánea. Semejantes denegaciones, pues, no entrañan de suyo nulidad alguna, sino, que, siendo injustamente proveidas, hacen nula la ulterior sentencia definitiva; pero, por lo mismo que pueden ser injustas y perjuiciales á las partes, son apelables como interlocutorias con fuerza de definitivas, y por consiguiente deben entenderse consentidas, siempre que la parte que puede resultar perjudicada no ha hecho uso, pudiendo, del derecho de apelar. ¿Será pues, necesario que la parte intente apelacion de aquellas denegaciones, para poder despues, en virtud de ellas, reclamar la nulidad de la sentencia definitiva? Si, apelando la parte, fuere revocada la providencia denegatoria, y se declarare haber lugar á la prueba ó á la comunicacion, ya dejará de existir el motivo de queja ó nulidad: pero si resultare la denegacion confirmada por el tribunal superior, ¿podrá decirse despues que la sentencia definitiva sea nula por esa previa declaracion que mediante una formal y detenida discusion ha llegado á formar estado y obtiene autoridad de cosa juzgada? Dificilmente, pues, podrá tener lugar el recurso de nulidad por la denegacion de prueba, y apenas será dado el intentarlo fuera del caso en que, hallándose los autos conclusos para prueba y citadas las partes para sentencia, la profiriese el juez sin decidir espresamente el artículo pendiente ó declarando que no ha lugar á la prueba ó comunicacion pedidas y fallando al mismo tiempo el negocio definitivamente: pues solo entonces dejaria de estar semejante denegacion consentida por la parte, ó pasada en autoridad de cosa juzgada: bien que todavía no nos atrevemos á afirmar que en los demas casos no pueda haber lugar al recurso de nulidad, y nos reservamos ocuparnos mas detenidamente de este punto al tratar de los recursos de nulidad de las sentencias ejecutorias de las audiencias por ante el tribunal supremo.

Hemos indicado, al tratar de los fallos dados con precipitacion, que debian estos equipararse á los dados por ignorancia ó por malicia, y que nunca podian ser *nulos* por estas causas, sino que la injusticia proveniente de alguna de ellas podria únicamente repararse por el remedio de la apelacion. Debemos observar, empero, acerca de esto, que si la malicia del juez fuere tan calificada, que se probase haber dado su sentencia por soborno, será entonces *nula* la que hubiese proferido, y podrá ser reclamada esta nulidad separadamente de la apelacion como espresamente lo declaran la l. 24. tit. 22. de esta Partª y la l. 5. del presente tit.

Por lo que hace á las sentencias dadas contra ley ó costumbre, contra la buena moral ó el derecho natural, ó mandando un imposible, estan espresamente declaradas nulas por la l. 3. del presente tit., y no puede haber dificultad en que lo sean en este último caso, porque el mandar un imposible es lo mismo que no hacer nada, y entonces puede decirse con toda propiedad que no hay sentencia. Mas en los tres restantes casos podria parecer á primera vista contradictoria la nulidad con los principios que dejamos sentados, porque el ser una sentencia contraria á la ley escrita ó natural ó consuetudinaria ó á los principios de moralidad ¿no equivale á decir que aquella sentencia es injusta? y, si la injusticia consiste en infringir las disposiciones de la ley ó las reglas de equidad, ¿no se seguiria de aqui que toda sentencia *injusta* habria de ser necesariamente *nula*? Creemos que, sin necesidad de admitir semejantes consecuencias, puede fácilmente conciliarse con los buenos principios lo establecido por d. l. 3., que concuerda, en esta parte, con las ll. 1. y 12. tit. 22. de esta Partª, y que el ser nula la sentencia contraria á la ley, buenas costumbres, etc. no debé entenderse tan al pie de la letra, que

deba tomarse por sinónimo de *nulidad* cualquiera infraccion de ley, que es á su vez un sinónimo de *injusticia*; sino que las citadas leyes entienden hablar y hablan esclusivamente de los fallos tan opuestos á la ley ó á las buenas costumbres que la contrariedad aparezca de su sola enunciacion, sin que sea necesario comparar lo mandado por el juez con el resultado de los autos. Esto sucederá cuando la cuestion que se haya decidido se halle espresa é indubitadamente definida por una ley, cuyo contexto y espíritu sea claro y terminante, y sea contrario á la misma el fallo pronunciado: y sucederá tambien cuando de los propios términos en que se haya concebido el fallo aparezca vulnerado algun principio legal ó alguno de aquellos preceptos de moral y de justicia que de nadie son desconocidos. Así se infiere en efecto de los mismos ejemplos de que se valen las citadas leyes al establecer esta doctrina: *contra natura*, dice la l. 1. d. tit. 22., *seria quando el judgador diesse por juizio que alguno era fijo de otro, seyendo aquel que daua por su fijo de mayor edad que el otro que judgaba que era su padre. E contra derecho e contra ley seria el juizio en que ome libre fuesse judgado por sieruo, o alguno que era sieruo e christiano que pudiesse ser sieruo de Judio. E contra buenas costumbres seria el juizio en que mandasse el judgador que non fuesse ome leal a su Señor o que matasse a otro, o si mandasse a alguna muger que fiziesse maldad de su cuerpo con otri para pagar lo que deuia. Esto serie*, dice la l. 3. de este tit. *quando en la sentencia fuesse escrita cosa que manifiestamente fuesse contra ley, como si dixesse: mando que tal testamento que fizo fulan menor de catorce años que vala, o posiere en el juizio otra cosa que señaladamente fuesse defendida por ley o por fuero.* No son, pues, nulos por contrarios á una ley aquellos fallos en que mas ó menos esplícita é indebidamente se declare que alguna disposicion legal no es aplicable al caso ó á los hechos que han sido objeto del litigio, como si, puesta demanda por un titulado vendedor en reclamacion del precio de la cosa vendida y entregada al comprador, compareciese el que la tuviera en su poder alegando que aquel se la habia entregado nó por título de venta sino por título de donacion, y pretendiendo en consecuencia no estar obligado á entregar el precio: en cuyo caso, por plenas y robustas que fuesen las pruebas ministradas por el actor en justificacion de la alegada compra y venta, podria ser tan *injusto*, como se quiera, el fallo en que aquellas pruebas se desatendiesen y se absolviese al convenido de la demanda propuesta; pero no deberia considerársele *nulo*, por infraccion de ley, supuesto que la referida absolucion equivaldria á la declaracion de no haber mediado el contrato de compra, y esto á su vez dependeria de la calificacion que el juez hubiese hecho de las pruebas para dictar la sentencia, en cuya calificacion podria el juez haberse equivocado y aun infringido las leyes que determinan el valor respectivo de las pruebas judiciales; pero esta infraccion no seria *notoria* y *manifiesta* ni importaria nulidad siempre que el juez la hubiese cometido declarando espresamente que no estaba probado el contrato, ó absolviendo simplemente al demandado, lo que equivaldria tácitamente á la espresada declaracion: por manera que en el caso propuesto y segun el espíritu de nuestras leyes, únicamente seria nula la sentencia, cuando se la hubiese proferido en estos términos: «Declaro por bien »probada la compra y venta, y absuelvo al »convenido de la demanda.» ó bien «Declaro »que los dos testigos contestes y presenciales »ministrados ó la escritura pública producida »no son bastantes para probar el contrato que »por ellas se ha hecho constar:» como si la ley hubiese querido significar que, mediando tan señaladas y flagrantes infracciones, debe suponerse que se ha obrado por error, mas bien que por ignorancia ó malicia; y que el juez no puede con deliberada intencion haber incurrido en un desprecio tan manifiesto de las disposiciones legales; por cual motivo se califica en tales casos de *nula* mas bien que de *injusta* la sentencia proferida (a).

Ademas de los casos de nulidad que hasta aqui dejamos espresados y que lo son verdaderamente á tenor de lo dispuesto por las leyes, suelen nuestros Prácticos continuar algunos otros que no pueden, en nuestro concepto, calificarse de tales, como el de haberse proferido una sentencia en méritos de juramento supletorio, de testigos, documentos ú otras pruebas falsas, por cuya falsedad posteriormente justificada pretenden que se anula dicha sentencia, y por tanto que, ofreciendo justificarla, puede *ipso facto* intentarse y debe ser admitido el recurso de nulidad. Así opinan los SS. Goyena y Aguirre en su Febrero reformado,

(a) Aunque en la esposicion de las doc rinas que forman objeto del presente y anteriores apéndices podrá tachársenos tal vez de habernos detenido mas de lo que convenia al carácter y naturaleza de la obra que publicamos, esperamos con todo que no se lleve á mal el que así nos hayamos escedido de nuestro instituto, si se atiende á que en una materia, como la de procedimientos en que tan poco se han analizado nuestras leyes, en particular las de Part. y Nov. Rec., á pesar de hallarse todavía vigentes, debíamos renunciar enteramente á hacer su esposicion razonadamente y por principios, ó al ensayarnos á desenvolver los fundamentos de nuestro sistema legal de administracion de justicia, sus vacíos y defectos, y el modo de llenarlos y corregirlos, debíamos vernos, como nos hemos visto, poseidos de la mayor desconfianza y precisados á esponer difusamente no solo nuestras particulares opiniones, sino las razones en que las cre-mos apoyadas.

lib. 4º Parte 2ª tit. 19. seccion 2ª núm° 571, (2ª edicion), Hevia Bolaños en su Curia Filip. Parte 1ª del Juicio civil §. 18. nº 12 y otros: y fúndanlo en las ll. 25. tit. 11. ll. 13 y 24 tit. 22 de esta Partida, y ll. 1. y 2. del presente tit., en ninguna de las cuales, empero, hemos sabido encontrar confirmada semejante doctrina. Dicha l. 25. establece que, habiéndose dictado un fallo en méritos del juramento supletorio de una de las partes, si comparece despues la otra y prueba con escrituras nuevamente halladas la falsedad de aquel juramento, *en tal caso como este bien se puede reuocar el juizio que ouiesse dado el judgador por razon de aquella jura.* La citada l. 13. está concebida en estos literales términos : *todo juizio que fuese dado por falsos testigos o por falsas cartas o por otra falsedad qualquier, o por dineros o por don con que ouiessen corrompido al juez, puedelo desatar quando quier fasta veinte años, probando quel juizio fuera dado por aquellas prueuas o razones falsas:* y finalmente la l. 1. del presente tit. aclarando mas el concepto de las anteriores y despues de disponer que se pueda *desatar* la sentencia proferida por falsas pruebas, añade que tal *juizio como este puedese desfazer en esta manera, viniendo la parte que se touiere por agrauiada antel judgador estando delante la otra parte por quien fue dado el juizio o faziendola emplazar, e deue pedir al juez* «COMO EN MANERA DE RESTITUCION» *que desate aquel juizio, por que fue dado por falsos testigos o por falsas cartas.* Debe, pues, procurarse ante todo fijar las ideas y espresarse con exactitud para huir de la confusion que han causado algunos Autores que, como Febrero y otros, han hablado promiscuamente de nulidad y de *desatar*, revocar ó rescindir las sentencias. Los SS. Goyena y Aguirre en el lugar citado núm° 571. se lamentan de esto muy justamente, pero sin remediarlo por su parte, y no distinguen, como debe distinguirse (porque espresamente lo han distinguido las leyes), entre la *nulidad* de una sentencia y la *rescision* de la misma por via de *restitucion.* Á esta última da lugar y no á la primera la falsedad de las pruebas en méritos de las cuales se haya proferido dicha sentencia y aun la que se hubiese obtenido por soborno deberia tambien calificarse de *rescindible* y no de *nula*, á tenor de la citada l. 13. que la equipara á la proferida por pruebas falsas, si la l. 24 de d. tit. 22. que habla especialmente de la primera no declarase de un modo tan terminante que *el juizio vendido por precio non deue valer;* y si no fuese tan notable la circunstancia de referirse tambien separadamente á la falsedad de las pruebas y no al soborno, la l. 1. de este tit., en la que se califica de recurso de *restitucion* el que se intenta para probar la falsedad indicada. De los efectos y trámites propios de este recurso de restitucion tratarémos mas especialmente antes de concluir este apéndice.

Antes, empero, que dejemos de hablar de recursos de nulidad de las sentencias proferidas por los jueces inferiores ú ordinarios, á las que únicamente se refiere cuanto llevamos espuesto, debemos ocuparnos de una cuestion á que ha dado lugar el decreto de 4 noviembre de 1838. En él se declaran espresamente los defectos ó infracciones de las leyes de enjuiciamiento por las cuales se puede intentar dicho recurso ante el tribunal supremo contra las ejecutorias de las audiencias, y se reducen aquellos á los que á continuacion se espresan: por defecto de emplazamiento en tiempo y forma de los que debian ser citados á juicio: por falta de personalidad ó poder suficiente de los litigantes para comparecer en juicio: por defecto de citacion para prueba ó definitiva y para toda diligencia probatoria: por denegacion ó inadmision de prueba conducente y admisible: por no haberse notificado el auto de prueba ó definitiva en tiempo y forma; y por incompetencia de jurisdiccion. ¿Habrán con esto desaparecido todas las demas causas y casos de nulidad de las leyes de Partida? «Y la nulidad «que se pida de las sentencias de los jueces de «primera instancia, ¿habrá de ajustarse á las «mismas reglas y causas?» Á esas preguntas que se proponen dd. SS. Goyena y Aguirre, contestan opinando que si bien «á primera vista «parece que ambas deben resolverse afirmati«vamente, pero que sin embargo merecen bien «la pena de ser tomadas muy seriamente en «consideracion por el legislador, á fin de que «haya claridad y certeza en la importante ma«teria de nulidades.» D. Manuel Ortiz de Zúñiga en su Bibliot. jud. Parte 3ª tit. 3º secc. 1ª cap. 3. suponiendo que los casos y motivos de nulidad que enumeran prolijamente los AA. han sido por ellos inventados y no estan espresa y legalmente declarados, dice que «á falta «de ley terminante que los especifique, parece «que deben regir por analogía las reglas sen«tadas en dicho decreto de 1838. Mas á esto debemos observar que no es exacto el que en esta parte nos hallemos reducidos á las doctrinas mas ó menos autorizadas de los intérpretes, en cuyo caso deberia tal vez prescindirse de ellas y aplicarse por analogía á las sentencias de los ordinarios las disposiciones establecidas para las de las audiencias en el citado decreto. Ni una sola de las nulidades enumeradas por los AA. hay que no se halle espresamente declarada por las ll. de Partidas: y asi la verdadera cuestion consiste, en nuestro concepto, en determinar si han quedado ó no derogadas estas por el Real decreto posterior,

y si deben tenerse por únicas causas de nulidad las especificadas en este último; cuestion que resolveríamos nosotros por la negativa, atendiendo á que el decreto de 38. se refiere espresamente á casos especiales como son los recursos que han de intentarse por ante el Tribunal supremo; recursos cuya multiplicacion es conveniente evitar, y en efecto se ha querido restringir en gran manera la facultad de interponerlos; por cuyo motivo no es de creer que el legislador haya pensado que fuesen aplicables á los demas los principios que asentaba para regularizarlos: de suerte que podria resistirse no solo á la letra, sino al espíritu del Real decreto, la doctrina de ser las causas de nulidad especificadas en el mismo las únicas que deban admitirse contra las sentencias de los jueces ordinarios. Enhorabuena que no se admita el recurso contra las que profieran las audiencias, por haberlas proferido en dia feriado, ó en lugar indecoroso, pues acaso por semejantes defectos de pura solemnidad estrínseca no se ha mirado conveniente que pudiese distraerse la atencion del supremo Tribunal y ocasionarse los crecidos gastos y dilaciones consiguientes á la interposicion del recurso: mas ¿cómo podrá prescindirse de ellos respecto de las sentencias de los jueces ordinarios, no estando como no estan derogadas las ll. de Partida que los califican espresamente de causasde verdadera nulidad? ¿Cómo podrá decirse que sean válidas las sentencias que dichos jueces hayan proferido con error de cuenta ó sobre cosa distinta de la demandada, aunque lo sean en virtud del Decreto las que en iguales términos profieran los tribunales superiores? Tan distantes estamos de creer que en estos dos últimos casos y otros semejantes no haya de admitirse el recurso de nulidad contra las sentencias dadas en primera instancia, como que apenas le consideramos en ellos escluido contra las ejecutorías de las audiencias, como verémos luego y á pesar de la letra terminante del Real Decreto.

Hemos enumerado hasta aqui las causas de verdadera nulidad, y las sentencias ó procedimientos contra las cuales, por razon de aquellas, podrá intentarse el recurso, que, segun dejamos dicho, son no solo las definitivas, sino tambien las interlocutorias meramente tales, y aun toda clase de actuaciones cuya nulidad aparezca antes de dictarse providencia y pueda perjudicar á la validez de la que se haya de proferir. Mas ¿habrá algunos casos y negocios en los que esté absolutamente prohibida la interposicion de dicho recurso, como lo está en ciertas ocasiones la de la apelacion ó súplica? Los hay indudablemente, y desde luego podemos calificar de tales los procedimientos que se practiquen y las sentencias que se profieran en juicio verbal, contra las cuales no puede intentarse apelacion, segun el art. 31. del Reglam. prov. para la admin. de just. y tampoco el recurso de nulidad segun la mas comun opinion de los AA. que han creido obraba la misma razon para escluir á este último que al primero, á pesar de no haberlo espresado d. art. del Reglam., á saber, la poca entidad de los negocios de que ha de conocerse verbalmente, V. la nota 226. tit. 2. de esta Partida: y por punto general debería tambien entenderse prohibido el recurso de nulidad contra las sentencias de los ordinarios en todos los demas casos en que aquellas sean *ipso jure* ejecutorias y no pueda intentarse de las mismas apelacion: pero sin que dicha regla pueda estenderse á las providencias interlocutorias, pues pueden estas ser tales en el fondo que ningun perjuicio puedan causar á las partes ó ninguno que no sea reparable en definitiva; y á pesar de esto lo causarian si fuesen defectuosas en la forma, y siempre por lo tanto podrá intentarse contra ellas el recurso de nulidad, aunque de otra parte no sean apelables. — En el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 se dispone tambien que el recurso de nulidad por ante el tribunal supremo nunca puede tener lugar en las causas criminales, ni en los pleitos posesorios y ejecutivos. ¿Deberá tambien hacerse esa disposicion estensiva por analogía á los recursos de nulidad contra las sentencias de los inferiores? Creemos que nó, por la misma razon que antes hemos indicado; esto es, la de que no son aplicables á los recursos que deben sustanciarse y decidirse ante el mismo juez que ha conocido del negocio ó su superior territorial inmediato los motivos que han inducido á los legisladores á restringir los que deben elevarse al Tribunal supremo y evitar en lo posible su multiplicacion: y asi lo opina tambien D. Manuel Ortiz de Zúñiga (Bibliot. jud. lugar citado), á pesar de hallarse en otros puntos tan dispuesto, como hemos visto, á hacer estensivo por analogía á los recursos ordinarios de nulidad, lo que en d. Decreto está prescrito para los que se interponen por ante el Tribunal supremo.

¿Cómo deberá interponerse el recurso de nulidad? ¿Deberá motivarse espresamente su interposicion señalando desde luego la causa en que se le funda? En esta parte creemos que se ha de hacer diferencia entre dicho recurso de nulidad y el de apelacion. Para intentar este último dijimos en el apéndice al título 23 que no era necesario espresar los agravios, y que el juez no podia desestimarlo á pretesto de ser emulatorio é infundado. Al contrario, empero, en el recurso de nulidad, aunque se

le intente contra la sentencia de un juez inferior, á semejanza de lo que se prescribe en el art. 7º del Real decreto de 4 de noviembre de 1838, parécenos que deberá hacerse mencion espresa en el escrito en que se le interponga del defecto ó causa en que se quiera fundarlo, sin cuyo requisito podrá el juez denegar la admision del mismo, pero nó, cuando aquel requisito se hubiere cumplido, á pretesto de no existir el defecto ó causa de nulidad en que venga fundado; porque esto equivaldria á desvirtuar el recurso y dejar enteramente su eficacia al libre arbitrio, tal vez al amor propio del juez contra cuyas providencias se le interpusiese. Muévenos á hacer la esplicada diferencia entre el recurso de nulidad y el de apelacion la diversa naturaleza de uno y otro y la consideracion de que el primero es algo mas estraordinario que el segundo y algo mas injurioso al juez contra quien se interpone, el cual si ha causado agravio á un litigante fallando contra justicia, puede haberlo hecho por el equivocado concepto que haya formado de los méritos de los autos; pero no puede, sin una precipitacion ó ignorancia muy crasas, haber incurrido en tales defectos que importen legalmente la nulidad de lo obrado por el mismo: y asi no es justo, á nuestro modo de ver, que las partes puedan inferirle esa injuria (si asi puede llamarse) sin motivarla espresamente en alguna falta positiva de ritualidad ó infraccion de ley que con mas ó menos fundamento hayan creido observar en las actuaciones practicadas ó providencias proferidas: y asi está espresamente prevenido, respecto de los negocios mercantiles, por el art. 424. de la ley de enjuiciamiento, en los casos en que se interponga el recurso de nulidad separadamente del de apelacion.

Puesto que, como acabamos de ver, es esencialmente distinto el objeto de los recursos de nulidad del de los de apelacion y súplica, y que, segun se desprende de lo dicho hasta aqui, puede haber providencias que sean á la vez susceptibles de entrambos, debemos ocuparnos ya de las demas cuestiones que al principio de este apéndice hemos propuesto, á saber, la de si la interposicion del recurso de nulidad escluye la de apelacion ó súplica y al contrario; la de si pueden admitirse y sustanciarse uno y otro á un tiempo mismo, y si corren á la par los términos que conceden las leyes para intentarlos, ó si queda el uno suspendido por la interposicion del otro, y hasta tanto que sobre este haya recaido una decision definitiva. Desde luego puede afirmarse que si de un fallo ó providencia cualquiera se ha interpuesto simplemente el recurso de apelacion ó súplica, ya no podrá intentarse contra el mismo el de nulidad, porque habiéndose de fundar el primero en la injusticia de dicho fallo, ó en los agravios y perjuicios que irrogaria á la parte si fuese llevado á ejecucion, es evidente que el que lo interpone viene á reconocer con esto mismo que el fallo apelado ó suplicado, aunque *injusto*, es, empero, *válido y subsistente*; pues solo asi se presenta admisible la hipótesis de que con su ejecucion puedan causarse perjuicios. Al contrario el que intenta el recurso de nulidad no se abdica de interponer despues el de apelacion ó súplica: porque naturalmente corresponde el discutir y declarar si un fallo es ó no válido y subsistente antes de poner en cuestion la justicia de las disposiciones en el mismo contenidas, y porque, aun cuando fuese justo en el fondo y arreglado á derecho, no por esto produciria efecto alguno si adoleciera verdaderamente de alguno de los vicios que importan nulidad: sin que, esto no obstante, haya inconveniente alguno en que los dos recursos se interpongan á un tiempo, y el de apelacion ó súplica como en subsidio de nulidad, que es lo que en la práctica se suele hacer con mas frecuencia; y nó el de apelacion ó súplica y subsidiariamente el de nulidad como lo aconseja D. Manuel Ortiz de Zúñiga en el lugar citado, porque fuera, en nuestro concepto, una anomalía el intentar el recurso mas importante en su objeto y mas amplio en sus resultados en subsidio del que lo es menos, y por ser mas lógico y natural, al reclamar contra una sentencia, pedir que se la declare nula y de ningun efecto ó *á lo menos* que se la revoque como injusta, que no al contrario. Por lo demas, escusado es advertir que, si se interponen los dos recursos á un tiempo, deberá esto hacerse dentro del término señalado por las leyes para intentar el de apelacion fuera del cual ya no podria este interponerse, y dejará de poder seguirse el de nulidad ante el juez *à quo*, porque este tampoco podria conocer de la apelacion, y asi vendrian á quedar por el mismo hecho separados los dos recursos, aunque se les hubiese intentado juntos: siendo finalmente de observar, que en el caso propuesto, deberán tambien sustanciarse á la vez el recurso de nulidad y el de apelacion por los trámites ordinarios y propios de esta última; y se decidirán los dos en un solo fallo confirmándose simplemente la sentencia del juez *à quo*, cuando resultaren ambos improcedentes, dejándosela sin efecto siempre que procediere el de nulidad, y revocándola conforme á derecho solo en el caso de que, no resultando aquel procedente, lo sea, por el contrario, el de apelacion.

Si, como hemos dicho, interpuesto el recurso de apelacion ó súplica, queda escluido el de nulidad, no puede, por consiguiente,

haber cuestion sobre si por la interposicion del primero há de considerarse suspendido el que las leyes señalan para poder intentar el último. Pero dicha cuestion ocurre en el caso contrario, y no pocos de nuestros AA. clásicos la han resuelto por la afirmativa, sosteniendo que, en tanto por el hecho de intentarse el recurso de nulidad queda suspendido el término para interponer la apelacion, como que los cinco dias que para esta estan señalados no vuelven á correr sino desde que haya recaido sobre aquel una decision definitiva y haya llegado á formar estado. Pero el poco ó ningun fundamento de semejante doctrina y los gravísimos inconvenientes que se seguirian de adoptarla pueden verse demostrados por el Conde de la Cañada en su juicio civil Part.ª 2. cap. 1. ns. 43. y siguientes, donde discurre sobre el particular con tan sólidas razones que es imposible negar á ellas el mas completo asentimiento. El remedio de la apelacion no se concede sino á los que quieren usar y valerse de él; y no les basta el quererlo, sino que es condicion indispensable la de haber de manifestar esta su voluntad en la forma prevenida por las leyes y dentro el preciso término que al efecto tienen estas señalado: dicho término es fatal, improrogable y corre indefectiblemente contra todos los que no han estado impedidos de utilizarlo, ó no se han hallado en situacion de no poder hacerlo sin haber de soportar mayores perjuicios que los que puede causarles la sentencia de que tratan de apelar. Si las leyes hubiesen declarado mas ó menos directamente que optado el recurso de nulidad no pudiese interponerse el de apelacion, podria con alguna apariencia de razon abogarse por la suspension del término para interponer este último, mientras estuviese pendiente el primero; porque entonces seria probable que se hubiese interpuesto el de nulidad no con ánimo de abandonar la apelacion, sino con la idea de utilizar de los dos remedios el mas ventajoso, en la imposibilidad legal de proponerlos entrambos de una vez. Pero, nunca se ha puesto en cuestion la libre facultad de acumular la apelacion con la nulidad; y por lo tanto el que, preocupado por esta, haya dejado de apelar, no podrá decir que haya estado directa ni indirectamente impedido de hacerlo, sino que por *su libre y espontánea voluntad* habrá despreciado uno de los recursos que legalmente le competian: y al que, pudiendo, no haya querido apelar oportunamente, ¿es justo ni legal que no le corra el término que las leyes han señalado al efecto? ¿Es conveniente que asi se multipliquen las instancias y se hagan los pleitos interminables? A esto puede reducirse todo cuanto espone d. Sr. Conde de la Cañada para demostrar que el término concedido para la apelacion corre contínua é indistintamente ya se haya interpuesto ó nó durante el mismo el recurso de nulidad: en cuya opinion abundan refiriéndose á aquel autorizado escritor los demas que posteriormente se han ocupado de la materia.

Acabamos de esponer nuestra opinion sobre cada una de las cuestiones á que ha dado lugar el silencio y la poca ó ninguna prevision de nuestras leyes acerca los recursos de nulidad que se interpongan de las providencias de los Jueces inferiores ú ordinarios. Pero tambien sobre los puntos que la ley ha espresamente previsto y declarado se han promovido dificultades y por algunos prácticos se ha pretendido que en ciertos casos podia reclamarse la nulidad de las sentencias perpetuamente y sin necesidad de hacerlo dentro un plazo determinado, ó sea el de sesenta dias que al efecto señala la citada l. 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. Dicha opinion la fundan unos en la naturaleza de ciertas nulidades como la falta de jurisdiccion, mediando las cuales, no solo debe considerarse de ningun efecto la sentencia que adolezca de ellos, pero ni siquiera puede dársele el nombre de sentencia; y otros en el contexto de las ll. 3., 4. y 5. de este tit. en las cuales, despues de declararse algunos casos ó defectos que importan verdadera nulidad, se dice que todo fallo que adolezca de ellos *non es valedero nin deuen obrar por el*, *lo mismo que si non fuesse dado*, y que *maguer no se alçassen* (las partes) *puedese reuocar* «*quando quier.*» Creemos, empero, que estas palabras dificilmente pueden tomarse en el sentido absoluto que quieren darles los AA. precitados, esto es, en el de no haber término señalado para reclamar la nulidad de tales sentencias; porque, si esto fuese asi, evidentemente deberia aplicarse á todos los casos á que dd. leyes se refieren; y sin embargo los mismos que sostienen la indicada doctrina la limitan á las sentencias que sean nulas por nulidad muy notoria y remarcable, y aun algunos tan solo á las que hayan sido proferidas por quien careciese de jurisdiccion: de donde se sigue que no ha podido esto fundarse en los textos legales que antes dejamos transcritos, porque lejos de referirse aquellos esclusivamente á la nulidad dimanada de falta de jurisdiccion, ni siquiera hablan de ella, y sí de los fallos proferidos contra ley ó las buenas costumbres, de los en que se mande un imposible, ó que sean dictados por menos jueces de los necesarios, ó fuera del tiempo al cual tuviesen limitada la jurisdiccion, de los en que se hubiese padecido error, ó se hubiesen proferido antes de la contestacion de la demanda, ó sin previa citacion de las partes para comparecer en el pleito ó para oir la sentencia, ó contra un litigante

difunto sin haberse llamado á sus herederos, ó finalmente de las que se hubiesen proferido por cohecho. Ademas y, sea de esto lo que fuere, las espresadas leyes de Partidas debian siempre de considerarse derogadas por la recopilada que es posterior y ha establecido en general y sin distincion alguna que tan solo dentro el término de sesenta dias desde el en que se haya proferido una sentencia, pueda decirse *de ella que es ninguna; y el que en los sesenta dias no lo dixere, no sea oido despues sobre esta razon.* Asi lo opina Covarrubias, refutando con esta ley la doctrina de los que sostienen la perpetuidad de los recursos de nulidad; y asi se observa generalmente en la práctica; en la cual, empero, no se cuentan los sesenta dias desde el dia en que se haya proferido la sentencia, como literalmente parece establecerlo la ley recopilada, sino desde el dia en que se la hubiere notificado, porque seria una iniquidad el pretender que dicho término corriese contra los ignorantes, como lo pretende Azevedo citado por D. Juan Sala en su Ilustracion al Derecho Real de España lib. 3. tit. 8. nº 3.; y al contrario puede decirse que al que ha tenido noticia de la sentencia proferida, por muy substanciales y notorias que sean las nulidades de que adolezca aquella, no se le hace injuria señalándole un término preciso y determinado dentro del cual haya de intentar el recurso y pedir que se declare dicha sentencia nula y de ningun efecto, si quiere hacer uso de su derecho. Es muy cierto, por lo demas, que, para poder reclamarse la nulidad de una sentencia, es necesario que esta exista, y que, como no puede darse el nombre de tal á la que haya pronunciado un particular cualquiera falto de toda jurisdiccion ni á la que dicte un juez verdaderamente tal sin forma de juicio y sin citar ni oir á los interesados, parece que contra semejantes pronunciamientos no hay necesidad de que se le proponga dentro un tiempo determinado: en lo cual se habrá fundado indudablemente la opinion de que las nulidades notorias como la de falta de jurisdiccion y otras semejantes pueden reclamarse en cualquier tiempo y perpetuamente. Mas entendida aquella doctrina en este sentido viene á quedar reducida á una idea exacta, pero inoportuna y de ninguna aplicacion en la práctica, á una razon que nada prueba porque prueba demasiado. Si se habla de pronunciamientos tales que no merezcan el nombre de sentencias, no solo no habrá necesidad de reclamar su nulidad dentro de los sesenta dias; pero ni la habrá tampoco de reclamarla en tiempo alguno; y asi es claro que no se refiere á semejantes casos la ley recopilada ni otra alguna de las que hablan de recursos de nulidad, sino á aquellos fallos ó procedimientos que tienen la forma y autoridad de tales, y que si bien son nulos por haberse cometido en ellos algun defecto, pero serian válidos y subsistentes con la sola circunstancia de desaparecer aquel ó de no haberse cometido. Asi una sentencia proferida en dia feriado, la en que se haya padecido error ó haya sido pronunciada por un juez incompetente son nulas, es verdad, y deben ser declaradas tales á instancia de la parte interesada: pero, prescindiendo de los vicios accidentales de que adolecen, estarian adornadas de todos los requisitos que ha de tener una sentencia para ser válida y subsistente. Los actos de una persona revestida de la autoridad judicial, siempre que los haya practicado en esta calidad y con la intencion de ejercer la jurisdiccion que le está cometida deben siempre ser respetados, si nó por el acierto y rectitud de intencion que hayan presidido á ellos, á lo menos por el carácter del que los ha efectuado: y sin duda como una prueba de ese respeto y acatamiento, han querido las leyes que no pudiesen los particulares protestar con un despreciativo silencio contra las providencias judiciales, aunque no hayan sido preparadas y proferidas del modo que previene el derecho. Si un juez que lo es por tiempo determinado, sigue ejerciendo la jurisdiccion despues de espirado aquel, no hay duda que serán nulos los procedimientos que hubiere practicado (*a*): pero ¿no ha hecho la ley lo bastante concediendo á aquellos contra quienes se hubiere procedido el derecho de reclamar la nulidad de todo lo obrado? ¿Puede negarse al legislador la facultad de limitar, como ha limitado, el ejercicio de aquel derecho á tiempo y formas determinadas? Y si aquel contra quien ha procedido un juez incompetente no ha declinado oportunamente la jurisdiccion ó no ha pedido en tiempo y forma la nulidad de dichos procedimientos, ¿podrá quejarse de que la ley le declare caido de su derecho, si no hizo uso de él en el tiempo que la misma ha determinado? Es verdad que «obra como privado el juez que escede de su potestad y jurisdiccion» y que este principio que recuerda oportunamente el Sr. Conde de la Cañada, estaba ya, segun el mismo, consignado por el Jurisconsulto Paulo en la l. 20. D. *de jurisdict.* con aquellas palabras : *Extra territorium jus di-*

(*a*) Téngase presente lo dispuesto por el art. 55 del Reglam. prov. para la admin. de just., esto es, que los jueces de 1.ª inst.ª aunque obtengan sus empleos por tiempo determinado, no cesan en ellos por sola la espiracion de este, y pueden continuar sirviéndolos sin necesidad de próroga espresa, mientras S. M. no resuelva otra cosa. Segun esto, pues, lo dicho aqui no podrá tener lugar con los espresados jueces, ni adolecerán de nulidad los fallos que dieren pasado el tiempo de su jurisdiccion, ni podrá venir este caso por ser su jurisdiccion tácitamente indefinida: pero tendria todavía aplicacion la doctrina aqui espuesta á los árbitros á quienes en el compromiso se hubiese prefijado tiempo determinado para dictar su fallo, si lo hubiesen proferido despues de espirado aquel.

centi impune non paretur. Idem est et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere. Pero esa facultad de *no obedecer* está regularizada por las leyes: *y no obedece* el que se queja y reclama en tiempo y forma: el que no usa de los remedios legales y calla, sabiendo que hay contra él una providencia aunque sea nula, hace mas que no obedecer, desprecia: y este desprecio es el que, no queriendo autorizar las leyes, lo han equiparado á un tácito asentimiento. Aun en los casos en que está prohibida la prorogacion de jurisdiccion, creemos se sostendria la sentencia proferida por un juez incompetente, contra la cual no se hubiese oportunamente intentado el recurso de nulidad y con tal que hubiese sido notificada; porque, si bien á un juez especial no pueden los particulares tribuirle jurisdiccion para proceder contra personas ó sobre cosas que estén sujetas á la comun ú ordinaria, ni al contrario pueden ciertos aforados, como los eclesiásticos y militares, sujetarse voluntariamente á la jurisdiccion comun, y renunciar el fuero que está concedido á las clases y no á las personas; pueden con todo consentir lo que á ellos particularmente les perjudica, y en el caso propuesto se entenderá que han consentido, no la *jurisdiccion* del juez competente que ha procedido contra ellos y ha decidido sobre sus intereses, ó la potestad de proceder y decidir que hubieran podido negarle antes que lo verificase, sino el *fallo* ó decision misma despues que hubiese sido proferida. Adviértase, empero, que el silencio de la parte interesada durante el término señalado por la ley no legitimaria asimismo la decision ó providencia que hubiese proferido un particular cualquiera falto de toda jurisdiccion, ni la que pronunciase un juez verdaderamente tal sin forma ni figura de juicio, porque en estos casos no habria la apariencia siquiera de un *fallo* que pudiese ser declarado *nulo*, ni una persona autorizada y revestida del carácter del juez contra cuyos procedimientos y decisiones fuese necesario reclamar en tiempo y forma para que dejasen de tener efecto: y asi, como hemos dicho al principio, no solo no habria término señalado para interponer el recurso, pero ni necesidad tampoco de interponerlo para que dejase de observarse y cumplirse lo que por tales personas ó con tan estremada informalidad se hubiese practicado: de todo lo que se infiere, que para tener el recurso de nulidad algun objeto, es necesario que la sentencia ó procedimiento contra la cual se intenta sea proferida ó practicado por un verdadero *juez* competente ó incompetente y que este haya procedido, al dictarla, *judicialmente*, aunque incurriendo en defectos mas ó menos graves y sustanciales; y que, no concurriendo las dos espresadas circunstancias, no podrá decirse siquiera que haya *sentencia ó procedimiento*, ni podrá, por falta de términos hábiles, intentarse el recurso de nulidad. Mas en los casos en que este pueda ó deba intentarse, será necesario que se le intente dentro el preciso término de sesenta dias, porque asi indistintamente lo establece la citada l. 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec.

Todo lo dicho hasta aqui es aplicable solamente á los recursos de nulidad que se interpongan contra los fallos ó procedimientos de los jueces inferiores ú ordinarios. De los que profieran las audiencias, siendo tales que causen ejecutoria, puede tambien interponerse el espresado recurso para ante el tribunal supremo de justicia en los casos y en los términos prevenidos en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, del que nos ocuparemos luego. Pero, pues dicho Real Decreto se refiere tan solo á las sentencias que causan ejecutoria, ¿qué deberá decirse de las que no se hallan en este caso, aunque proferidas por un tribunal superior? ¿Podrá tambien intentarse contra estas el recurso de nulidad para ante el mismo tribunal que las haya proferido? Y asi como, reclamándose contra una sentencia de vista por ser injusta ó gravatoria, se procede á una nueva instancia ante otra de las salas de la misma audiencia, ¿podrá tambien causarse esa nueva instancia, cuando se dijere de una sentencia de vista, nó que sea injusta, sino que adolece de alguna nulidad? En la l. 2. dd. tit. 18. y lib. 11. se dispone que *en los casos y negocios que en el Consejo ó audiencias se trataren...., alegándose ú oponiéndose de nulidad de las sentencias, en cualquier manera que aquella sea y se alegue, se haya de reservar y reserve para determinar sobre la dicha nulidad juntamente con el negocio principal; y no se cause ni haga ni forme juicio aparte para la sentenciar y determinar sobre si y apartadamente:* de lo cual se infiere sin género alguno de duda que contra las sentencias de las audiencias puede alegarse y oponerse de nulidad lo mismo que de los jueces ordinarios, con la sola diferencia de que la nulidad de las primeras no puede reclamarse ni decidirse en instancia separada, sino junto con la suplicacion, á lo menos en los casos en que esta pueda interponerse. Una disposicion análoga se halla en la ley de enjuiciamiento para los negocios mercantiles, en los cuales, segun hemos visto, tampoco puede intentarse el recurso de nulidad contra los fallos de los tribunales de comercio, sino junto con el de apelacion, debiendo ambos sustanciarse y decidirse en una sola instancia. Pero esto lo establece d. ley solo para los casos en que se trate de sentencias legalmente apelables, y

sin perjuicio de poder tambien intentarse el recurso de nulidad separado é independiente del de apelacion siempre que se trate de sentencias de las que causan ejecutoria. ¿Deberá, pues, entenderse en el mismo sentido la ley recopilada? Asi pareceria deducirse de su letra; si en otra ley posterior y con referencia á la misma no se hubiese declarado lo contrario, esto es, en la l. 5. tit. 13. d. lib. 11. en la cual, al hacerse estensivo á la restitucion por entero, lo que se hallaba dispuesto respecto del recurso de nulidad, se empieza con las siguientes palabras: *Por la ley 2. tit. 18. de este libro se ordena y manda que en todos y cualesquiera negocios, en que, conforme á las leyes de estos reinos, de las sentencias dadas por los del nuestro Consejo y Oidores de las nuestras Audiencias no ha lugar á suplicacion, se entienda así mismo no haber lugar alegarse ni oponerse de nulidad, aunque se diga y alegue ser de incompetencia de jurisdiccion ó que de ella conste notoriamente del proceso y autos de el, ó en otra cualquier manera.....* Es, pues, indudable que, antes de publicarse el Decreto de 1838, no podia admitirse contra los fallos de las audiencias el recurso de nulidad, sin que al mismo tiempo pudiese legalmente interponerse y se interpusiese el de suplicacion, debiendo uno y otro sustanciarse y decidirse á un tiempo, y por los trámites ordinarios propios de las instancias de revista. Propiamente hablando, ninguna innovacion substancial se hizo, en esta parte, por el Decreto de 1838, á escepcion de que tambien contra las sentencias ejecutorias y no susceptibles de ser suplicadas se estableció en él que pudiese interponerse y admitirse el recurso de nulidad; pero no el ordinario de que hemos hablado hasta aqui y que suele intentarse *para ante* el mismo tribunal contra cuyo fallo se intenta; sino el estraordinario *para ante* el tribunal supremo de justicia que tiene distinta naturaleza y mas elevado objeto, y que ha substituido á los de segunda suplicacion é injusticia notoria que para casos análogos autorizaban las mismas leyes recopiladas.

Recursos de nulidad para ante el tribunal supremo.

Veamos ya en qué casos y ante quién deban estos interponerse, qué requisitos y formalidades deben acompañar á su interposicion, cómo deban sustanciarse y cuáles sean sus efectos y resultados. Sobre todos y cada uno de estos puntos está terminante la letra del Decreto de 4 de noviembre; cuyas disposiciones, empero, claras y esplícitas á primera vista, no han dejado de ofrecer muchas y graves dificultades en su aplicacion. Para resolverlas tendrémos presentes los comentarios de los dos distinguidos escritores que se han ocupado de ellas, D. Juan Bravo Murillo y D. Joaquin Francisco Pacheco. Serémos parcos en aquellos puntos en que estén conformes con las de estos Señores nuestras particulares opiniones, y las manifestarémos en lo que no lo estén con la desconfianza que naturalmente debe asaltarnos al impugnar el voto de tan autorizados jurisconsultos: limitándonos siempre, por exigirlo asi nuestro instituto, á tratar de las cuestiones prácticas á que ha dado lugar lo ambiguo ó incompleto de algunos de los artículos de la citada ley., y absteniéndonos enteramente de engolfarnos en lo que se refiere á la oportunidad y conveniencia de sus disposiciones.

Ha lugar al espresado recurso contra las sentencias *de revista* de las Reales audiencias y del tribunal especial de Guerra y Marina proferidas en méritos de juicios civiles de propiedad (con espresa esclusion de los criminales, posesorios y ejecutivos), siempre que aquellas *sean contrarias á ley clara y terminante*, y no conformes con las de vista, ó en la parte en que no lo sean; y cuando la parte en que difieran de estas sea inseparable de la en que fueren conformes, tendrá lugar el recurso contra todo el fallo de revista. Tambien puede interponérsele contra las *ejecutorias* de dichos tribunales cuando en las instancias de vista ó de revista se hayan infringido las leyes de enjuiciamiento en los casos siguientes: 1º por defecto de emplazamiento en tiempo y forma de los que deban ser citados al juicio: 2º por falta de personalidad ó poder suficiente de los litigantes para comparecer en juicio: 3º por defecto de citacion para prueba ó definitiva ó para toda diligencia probatoria: 4º por no haberse recibido el pleito á prueba debiéndose recibir ó por no haberse permitido á las partes hacer la que les convenia siendo conducente y admisible: 5º por no haberse notificado el auto de prueba ó la sentencia definitiva en tiempo y forma: 6º cuando se denegare la súplica sin embargo de ser conforme á derecho: 7º por incompetencia de jurisdiccion: arts. 3º, 4º y 6º del citado Real Decreto. Son, pues, de dos especies los defectos que dan lugar á la interposicion del recurso: los internos cuando se pronuncie una sentencia contraria en su parte dispositiva á alguna ley clara y terminante, y esternos cuando se falle en definitiva sin haberse procedido en lo sustancial con estricto arreglo á las leyes de enjuiciamiento. Es, empero, muy notable que por los defectos de 1ª clase tan solo concede la ley el recurso contra las sentencias de *revista*, y lo admite por los de la segunda contra *las ejecutorias* en general. Hay sentencias

de *vista* que son *ejecutorias*: tales son aquellas contra las cuales no se admite el recurso de suplicacion, aunque proferidas en juicios civiles declarativos de propiedad, segun el art. 67. del Reglam. prov. para la admin. de just. ¿Se admitirá contra ellas el recurso de nulidad por defectos en el procedimiento? Asi lo declara espresamente el art. 4º del Decreto. ¿Se admitirá tambien cuando sean contrarias á ley clara y terminante? Nó, porque en tal caso solo puede intentársele contra las sentencias de *revista*, segun la letra y espíritu del art. 3º; y decimos segun la letra y *espíritu*; porque, segun nuestro sentir, el haberse usado en él las palabras «sentencias de *revista*» y no las de «sentencias *ejecutorias*» no debe atribuirse á una mera casualidad ó inadvertencia en la material redaccion del artículo, sino á una formal y deliberada intencion, mas ó menos fundada, de escluir las sentencias de *vista*, aunque sean tales que causen *ejecutoria*. Asi lo convence la circunstancia de que los mismos AA. del Decreto tuvieron presente, en el acto de formularlo, que semejantes sentencias podian existir; y aun establecieron que contra ellas pudiese entablarse el recurso de nulidad por la violacion de las formas; en vista de lo cual es imposible presumir que el no haberlas comprendido asimismo en el art. 3º fuese efecto de precipitacion ó descuido. Movido por esta razon el Sr. Bravo Murillo opina que, aunque fundada en los buenos principios, no puede darse á dicho artículo la interpretacion estensiva de estimar admisible el recurso de nulidad contra las sentencias de vista que causen ejecutoria, no solo por defectos estrínsecos en el procedimiento, sino tambien por infraccion de ley clara y terminante. Pero el Sr. Pacheco, creyendo que á esto se opone tan solo la *letra* del Decreto, no se limita á esponer y motivar su *opinion teórica* contraria en esta parte al precepto de la ley, sino que hasta se inclina á creer, aunque nó decididamente, que en el terreno de la *práctica* podria adoptarse la interpretacion estensiva ó mejor contraria al literal contexto de d. art. 3º porque la ciencia del derecho, dice, «no »consiste solo en el conocimiento de sus pala»bras, y la razon de lo preceptuado puede es»tender muchas veces su esfera aun á puntos »que parecian lejanos de su alcance.» Nos es, pues, forzoso detenernos en esta discusion ya que no es puramente legislativa, sino jurídica, y mas que la filosofía de la ley, tiene por objeto final la práctica interpretacion de sus palabras. Segun el Sr. Pacheco, se permite en el Decreto llevar los recursos de nulidad de las sentencias de revista, porque estas son las que, por nuestro derecho comun, causan ejecutoria; por manera que del mismo modo se les habria autorizado contra las sentencias de vista, si no admitiesen nuestras leyes las suplicaciones ó terceras instancias, y quedasen terminados todos los negocios con dichas sentencias proferidas en grado de apelacion. Si, pues, el objeto de los recursos de nulidad ha sido el conceder á los particulares un remedio contra las sentencias que, de otra manera y por derecho comun, habrian de causar ejecutoria, desde el momento en que las sentencias de *vista* puedan hallarse en la clase de tales, resultará que la ley no ha cumplido su objeto, si no admite contra ellas el recurso. En segundo lugar, el recurso de suplicacion es, en ciertos casos, admisible en los pleitos de menor cuantía, de donde se sigue que podrá haber en ellos sentencias de *revista*, y contra las mismas los correspondientes recursos de nulidad: mas hay negocios civiles de propiedad y de mayor cuantía, en los cuales no se admite absolutamente la suplicacion, aquellos cuya entidad no pase de doscientos cincuenta duros, y otros en los que tampoco se admite dicho recurso ni puede procederse á tercera instancia ó de revista, siempre que la sentencia de vista haya sido conforme con la de primera instancia; tales son aquellos, cuya cuantía no escede de mil duros. ¿No será un verdadero absurdo el que en igualdad de circunstancias haya de considerarse como mas privilegiado un negocio cuya entidad no escede de cien duros, ó tal vez apenas pasa de veinticinco, que otro en que se litiga el valor de doscientos cincuenta, ó de mil? Y sin embargo á este absurdo nos conduce, segun el Sr. Pacheco, la inteligencia literal del Real decreto, que él califica de *farisaica*, ó sea la de que el recurso de nulidad por infraccion de ley clara y terminante tan solo pueda tener lugar contra las sentencias de *revista* y de ningun modo contra las de vista, aunque causen ejecutoria: contra cuya doctrina cita en conclusion el citado escritor un fallo del tribunal supremo por el cual admitió, con arreglo á la ley de 1838., un recurso de nulidad interpuesto de una simple ejecutoria de vista, con tales circunstancias que, si bien puede sospecharse que se le hubo de admitir por consideraciones estraordinarias y especiales del negocio en que recayó dicho fallo, pero cree tambien el Sr. Pacheco no enteramente desechable la presuncion de que el tribunal supremo interpretó latamente el art. 3º del Decreto y sentó el precedente de que se considerase tambien admisible el recurso de nulidad contra *las ejecutorias de vista* por infraccion de ley. Por nuestra parte nos atreverémos á añadir que no sabemos vislumbrar razon alguna de diferencia por la cual, admitiéndose contra tales sentencias el recurso de nulidad por defectos rituales ó de procedimiento, no

haya de admitirse asimismo por infraccion de ley clara y terminante. Pero ni esta razon ni todas las demas que espone el Sr. Pacheco nos parecen bastantes para que la interpretacion estensiva del Real decreto, pueda pasar los límites de una mera opinion teórica y adaptarse prácticamente como ha querido intentarlo aquel ilustrado escritor. Ya hemos dicho antes que la esclusion de las sentencias de vista, no solo existia en la *letra* del artº que estamos comentando, sino tambien en su espíritu: y esto no solo se demuestra por la comparacion (que ya hemos hecho con el Sr. Bravo Murillo) de d. art. con el que inmediatamente le sigue, sino tambien por otras circunstancias que vamos á indicar. Es verdad, como lo dice el Sr. Pacheco, que el recurso de nulidad se ha declarado admisible contra las sentencias de *revista*, porque estas son, por derecho comun, las que causan ejecutoria: pero nó porque contra todas las que se hallan en ese caso se le haya de admitir, sino porque tan solo contra ellas puede tener lugar en falta de otro recurso ordinario: por lo demas ningun inconveniente hay en que en ciertos casos y por via de escepcion ni aun el de nulidad se admita contra las sentencias que causen ejecutoria. Ejecutorias son indistintamente las de revista, ya sean ó nó conformes con las de vista, y sin embargo no se admite contra ellas el recurso en el primer caso. ¿Puede decirse por eso que la ley no haya cumplido su objeto? Y si la regla ó principio de haber de admitirse el recurso de nulidad por infraccion de ley contra las ejecutorias de las audiencias está limitado por una escepcion en el caso propuesto, ¿qué dificultad hay en que se haya querido establecer otra escepcion análoga en el caso de ser una sentencia de vista la que cause ejecutoria? Esto puede verificarse tan solo en aquellos negocios en que por su poca entidad, no se admite ó no se admite siempre la suplicacion, ni se da lugar á una tercera instancia. Si, pues, por aquella razon se ha establecido que semejantes negocios hayan de darse por terminados con dos sentencias no obstante que por regla general, son necesarias tres para causar ejecutoria, ¿no es posible que por la misma razon, se haya escluido de ellos el recurso de nulidad por ante el Tribunal supremo? No pretendemos decir que esto fuese lo mas justo y conveniente, ni desconocemos que, como observa el Sr. Bravo Murillo, «puede un negocio de poca entidad «afectar demasiado la fortuna de los interesa-«dos en él para cerrárseles la puerta á la re-«forma de un fallo contrario á ley clara y ter-«minantes»; pero vemos sí que la poca entidad de los negocios ha motivado ya en nuestro derecho comun algunas disposiciones análogas á la de que nos estamos ocupando, y con mas ó menos fundamento pudo ser y probablemente fue la que decidió á los AA. del Reglamento á escluir el recurso de nulidad por infraccion de ley de los pleitos en que no se admite la suplicacion y en que la sentencia ejecutoria ha de ser precisamente la de vista: esclusion que podrá ser, si se quiere, injusta y poco meditada, pero no es opuesta al objeto de la ley, sino una escepcion mas del principio en aquella establecido, y no tan inmotivada por cierto, que haya de considerársela efecto de una omision involuntaria y pueda prescindirse prácticamente de ella, á pesar de hallarse como se halla consignada de un modo tan positivo y terminante. — Tampoco nos convence contra la literal y genuina inteligencia del art.º 3º del Decreto el argumento *ad absurdum* de que en segundo lugar se vale el Sr. Pacheco. Efectivamente, entendido aquel en su natural sentido, y escluido el recurso de nulidad de las sentencias de vista, resultará de aqui que este podrá tener lugar en los pleitos de menor cuantía, en los que á veces se procede á la instancia de revista, y no lo tendrá en algunos negocios ordinarios de mayor interes en los que nunca se admite la suplicacion sino pasa su entidad de doscientos cincuenta duros, y solo cuando la sentencia de vista no es conforme con la de primera instancia, si aquella no pasa de mil duros. Pero ese absurdo, que lo es verdaderamente tal, no está en el Decreto de 4 de noviembre: está sí en la ley de 10. de enero y en el Reglam. prov. segun lo hemos demostrado en el apéndice al tit. 24. No consiste la anomalía en que solo contra las sentencias de revista pueda intentarse el recurso de nulidad, como lo establece el Decreto, sino en que pueda haber sentencia de revista, á pesar de su poca entidad, en todos y cualesquiera pleitos de menor cuantía, cuando no puede haberla en los ordinarios cuya entidad no pasa de ciento á doscientos cincuenta duros. Tarde ó temprano, empero, se habrán de poner en armonía esas disposiciones hoy tan disonantes del Reglam. prov. y de la ley de 10. de enero, tarde ó temprano se declarará, como necesariamente ha de declararse, y deberia ya haberse declarado, que en los pleitos de menor cuantía no haya instancia de revista, ó que la haya tambien en todos los de mayor cuantía; y entonces desaparecerá por sí mismo el absurdo de no poder admitirse en algunos de estos y sí en los primeros el recurso de nulidad por infraccion de ley clara y terminante. — Por lo que hace al caso práctico citado por el Sr. Pacheco en que el Tribunal supremo admitió un recurso de nulidad interpuesto por infraccion de ley contra una sentencia de vista, ya ha observado el mismo Sr., segun dejamos indicado, que concurrian en él algunas circunstancias particula-

res y estraordinarias que pudieron aconsejar la admision de dicho recurso, mas no á tenor del Decreto de 1838. sino de otras leyes anteriores. Tratábase, al parecer, de un recurso intentado con anterioridad á la publicacion de aquel, pero en época en que estaba restablecida y vigente la Constitucion de 1812; en cuyo art. 261. estaba espresamente autorizado el recurso de nulidad contra las sentencias dadas en última instancia sin distincion alguna para dicho efecto entre las de *vista* y las de *revista:* y así como en el mismo Decreto de 1838 se partió del principio de respetar los derechos adquiridos, hasta el punto de declararse en él que debiesen admitirse todavía los antiguos recursos de *segunda suplicacion é injusticia notoria* en los negocios que se halláran pendientes y hubiesen empezado antes de la abolicion de aquellos, así tambien en el caso referido entenderia sin duda el Tribunal supremo, como no podia menos de entender, que para admitir ó desechar los recursos de nulidad intentados en la época intermedia desde el restablecimiento de la Constitucion hasta la promulgacion del Decreto, debia atenderse á las condiciones establecidas por aquella y nó á las que en este último se prescribian. Así interpreta el mismo Sr. Pacheco aquel fallo del tribunal supremo; si bien cree, de otra parte, hallar en él un autorizado precedente en favor de la interpretacion estensiva del artº 3º del Real decreto; por cuanto el tribunal, aunque admitió aquel recurso contra la letra terminante de dicho artº; pero se atuvo, al proveer su admision y al sustanciarlo y decidirlo, á los trámites prescritos en el propio Decreto y que antes no lo estaban por la Constitucion; fundado en lo cual concluye diciendo «ser lo mas »creible que se consideró el carácter de eje»cutoria que llevaba consigo la sentencia de »*vista*, contra la cual se habia interpuesto el »recurso, y que no bastaba para destruir ese »aspecto la mera espresion de unas palabras »quizá no bien meditadas al estenderse.» Parécenos, empero, que la conducta observada por el tribunal supremo se esplica perfectamente por otras razones, que tambien el señor Pacheco tuvo presentes en su comentario, y que en aquel caso no podian ser desatendidas, aunque no se tuviese, como muy probablemente no se tuvo, la intencion de separarse de la letra del Decreto. La Constitucion de 1812. autorizaba los recursos de nulidad, mas no los regularizaba: establecia el derecho de intentarlos, mas nó los trámites que en su interposicion y sustanciacion debian observarse: de aqui nació la estraña situacion creada por el restablecimiento de aquella ley política, y que, por decoro de la jurisprudencia, desea el Sr. Pacheco que no se repita en estremo alguno del órden judicial. «Fundados, dice, en »el art. de la Constitucion intentaban los liti»gantes los recursos de nulidad concedidos por »está: y ni las Audiencias podian denegarlos, »ni el tribunal supremo dejar de admitirlos. »Pero ese mismo tribunal supremo carecia de »leyes para su órden y sustanciacion, y una »vez recibido el recurso, tenia que cruzarse »de brazos y dejarlo dormir en las escribanías »no sabiendo qué camino tomar.» Hé aqui, pues, que cuando por el decreto de 1838. se hubo dado esa ley de órden y sustanciacion que antes no existia, necesariamente quedaron comprendidos en ella todos los recursos de nulidad que antes del restablecimiento de la Constitucion se hubiesen ya admitido ó simplemente interpuesto: pero á estos los comprendió la nueva ley en cuanto á su regularizacion y á los trámites con que debia sustanciárselos y decidírselos, en lo cual no se derogó, antes bien se completó el art. 261. de la Constitucion; mas nó en cuanto á la admisibilidad ó inadmisibilidad de dichos recursos, en lo cual, si bien quedó dicho art. derogado ó modificado, solo pudo y debió quedarlo respecto de los recursos que en lo sucesivo se intentasen, de ninguna manera respecto de los que, al publicarse el decreto, estuviesen ya intentados, como era el que refiere el Sr. Pacheco. Tratábase, por consiguiente, en él no solo de un derecho adquirido de aquellos que en el decreto se declaró espresamente que se respetaban, sino tambien de un derecho ya ejercido y deducido formalmente en juicio, del que, por decirlo asi, se hallaban ya los interesados en legítima posesion: y así lo reconoció en general el gobierno mismo en la esposicion que precede al Real decreto, en la cual se dijo que «la Constitucion de 1812. estaba vigente en la »parte en que habia restablecido los recursos »de nulidad, pero que no se habian restaurado »las leyes que los formulaban» y de esto se originaba el inconveniente de no poder darse curso á los que estaban ya interpuestos. Si, pues, la Constitucion estaba vigente y esta en su art. 261. autorizaba los recursos de nulidad contra todas las ejecutorias de *vista* ó de *revista*, es evidente que los litigantes tenian adquirido un derecho á interponerlos contra todas las ejecutorias que hubiesen llegado á pronunciarse antes de la promulgacion del decreto, en que por primera vez se limitó á las sentencias de *revista* los que se fundasen en infracciones de ley: y por mucho que se quisiese dar á esa limitacion algun efecto retroactivo, podia, todo lo mas, entenderse que contra las sentencias ejecutorias de *vista* proferidas y notificadas antes del 4 de noviembre no pudiese ya intentarse el recurso, si no se le habia antes intentado; pero á los que ya en aquella fecha estuviesen legí-

timamente interpuestos, ¿podia hacerse estensiva dicha prohibicion sin una iniquidad notoria é irritante? Los litigantes habian tenido un derecho á interponer el recurso porque la ley espresámente se lo concedia; si aquel derecho era estéril é ineficaz, porque la ley incompleta no habia declarado el modo y forma con que debia atendérsele y hacerlo efectivo, al llenarse ese vacío, ó al corregirse la imperfeccion de la ley ¿hubiera podido esta declarar caducados los derechos que ella habia creado y reconocido y que, solo por efecto de esa misma imperfeccion, habian dejado de producir su resultado? Asi, suponiendo por mera hipótesis (lo que para nosotros es una realidad) que el tribunal supremo creyese inadmisibles, á tenor del Real decreto, los recursos de nulidad contra las sentencias ejecutorias que no fuesen de *revista*, no pudo desatender los que, al publicarse aquel, se hallaban ya pendientes con arreglo á la Constitucion de 1812.; y solo en cuanto á las formas y tramitacion hubo de atenerse á lo prevenido por el Real decreto, y en los términos que este prescribia admitir los ya interpuestos y sustanciar los ya admitidos, como lo hizo con el de que se trata. No hay, pues, precedente alguno en que el tribunal supremo haya decidido la cuestion propuesta en sentido contrario á la letra terminante de la ley; ni, como hemos visto, puede decirse que entendida y aplicada esta literalmente deje de cumplirse el objeto para que fue publicada, y mucho menos que se siga de esa estricta interpretacion absurdo alguno que no pueda y deba corregirse sin necesidad de modificar en un ápice las disposiciones del decreto: y aun mas que todo eso; nos atrevemos á afirmar que pudo haber y hubo poderosos motivos para redactarlo como aparece redactado. Abstendrémonos de formar conjeturas sobre si verdaderamente al estender el art. que estamos examinando se tuvieron ó no presentes las razones que vamos á esponer: pero esas razones existen, y cuando un motivo de conveniencia se encuentra satisfecho por la *letra* de una ley, creemos que es lo mas lógico y decoroso el presumir que ha sido de hecho atendido y que ha presidido asimismo al *espíritu* de aquella. Una sentencia de revista proferida por una sala de justicia, siendo confirmatoria de la de vista proferida por otra sala de la misma audiencia, ya no es susceptible del recurso de nulidad, aunque fuere contraria á ley clara y terminante, porque no puede aquel interponerse contra dos sentencias conformes de un tribunal superior, (como si la ley hubiese presumido imposible que semejantes infracciones, aunque cometidas una vez, pudiesen ser autorizadas por otros tantos individuos de los que ejercen aquella elevada magistratura). Pero si el segundo fallo en que se pretenda haberse infringido una ley fuere revocatorio del primero, ¿qué motivo podia haber para que la decision de una sala, aunque tan seriamente impugnada, prevaleciese á la de la otra, siendo cual deben ser, iguales las dos en facultades y categoría? ¿Cómo pudiera esperarse que el litigante vencido se tranquilizase con semejante ejecutoria y la respetase, mientras pudiera, cual podria, considerar que con los mismos méritos habria él triunfado con solo haberse invertido el órden en que las dos salas han conocido sucesivamente del negocio y lo han decidido? Hé aqui una razon de mucho peso que ha podido aconsejar la admision del recurso de nulidad por infraccion de ley contra las sentencias de revista, y que no es aplicable á las de vista. Nada hay, en nuestro concepto, que tienda á destruir el prestigio de los tribunales, nada que convenga tanto alejar de su recinto, como la idea que en ciertos casos pudiera asaltar á los litigantes de que la fuerza y autoridad de las decisiones judiciales se debe á la fatalidad ó á la casual combinacion de las circunstancias esteriores: por esto es necesario procurar que todas las salas de cada tribunal superior, que todos los tribunales de cada pais fallen, en igualdad de circunstancias, con absoluta conformidad las determinadas cuestiones que pueden sujetarse á su conocimiento y decision; por esto es necesario (y hé aqui uno de los principales objetos de la institucion del tribunal supremo y de los recursos de nulidad) que, cuando dos distintas salas de un mismo tribunal han decidido en un propio negocio una misma cuestion en diverso ó contrario sentido, no se dé por terminado el juicio, si los interesados no se aquietan al fallo proferido, hasta que una suprema autoridad haya dirimido la discordia. Cuando un juez inferior ha condenado á un litigante ó ha admitido una escepcion, y la desecha despues ó absuelve á aquel el tribunal superior, ó al contrario, el mayor número, la mas elevada gerarquía de los magistrados que han fallado en la instancia de apelacion son una garantía de acierto ó siquiera un motivo mas de respeto y acatamiento aun á los ojos de aquel en cuyo perjuicio hubieren fallado. Pero ¿qué fe tendrá en las leyes é instituciones sociales el que pueda decirse á sí mismo: «de los magis-»trados iguales todos en potestad que han de-»cidido sobre mis intereses los unos han crei-»do que estaba de mi parte la razon y los otros »han declarado lo contrario: he perdido mi »pleito; mas lo hubiera ganado, si los últimos »hubiesen sido los primeros»? Y sin embargo, á todo el que habiendo obtenido victoria en la instancia de vista haya sucumbido en la de revista podrá ocurrirle naturalmente ese pensa-

miento tan lógico como fatal al prestigio de la autoridad judicial. ¿No es posible y no seria al mismo tiempo muy racional que en el Real decreto se hubiese admitido por esta consideracion el recurso de nulidad contra las sentencias de revista, y escluídolo de las de vista? De este modo, lejos de ser, como se pretende, tan incongruente la disposicion del art. 3º del decreto que pueda en la práctica prescindirse de su exacta y rigurosa aplicacion, apareceria por el contrario fundada en una razon de alta moralidad y conveniencia. Pero ¿cómo, se dirá, esa misma razon no se ha tenido presente respecto de los recursos de nulidad por defectos cometidos en la ritualidad ó procedimiento? Si el que se funda en una infraccion de ley solo tiene lugar, segun el art. 3º contra las sentencias de revista, ¿cómo por el art. 4º se le autoriza por faltas de enjuiciamiento indistintamente contra las de revista y las de vista? Al hacernos cargo de las objeciones que se han opuesto contra la estricta y literal interpretacion de dicho art. 3º hemos dicho que apenas podíamos darnos razon de aquella diferencia: y este hubiera sido, en nuestra opinion, el mas poderoso argumento en favor de las doctrinas del Sr. Pacheco, aunque no lo hemos visto indicado siquiera en sus comentarios. Todavía, empero, nos parece poder alcanzar el motivo por el cual se ha distinguido en esta parte por los AA. del decreto entre unos y otros recursos, segun fuese la falta ó infraccion en que se los fundara: y queremos mas bien creer que aquel motivo se tuvo verdaderamente en cuenta y que no se estableció sin deliberada intencion que por defectos en la ritualidad del juicio pudiesen impugnarse sin distincion las sentencias de vista y de revista y tan solo las de revista por infraccion de ley clara y terminante. Esto último envuelve, mas que una verdadera nulidad, una flagrante injusticia, ya que no se refiere á la forma esterior, sino al fondo de la sentencia y á su parte dispositiva: y el que por semejante motivo se dé lugar al recurso por ante el Tribunal supremo es, como ha observado muy oportunamente el Sr. Pacheco, «una novedad en medio de la novedad »misma que constituye entre nosotros el re»curso». Por él ha venido á ser el Tribunal supremo, no solo el guardador y custodio del régimen y sistema de enjuiciar establecido por nuestras leyes, sino tambien de toda la jurisprudencia que tiene el encargo y la mision de uniformar en aquellos puntos en que pueda parecer ambigua y no bien determinada, ya por defecto de la legislacion vigente, ya por la viciosa aplicacion que hagan de ella los tribunales de provincia. Por muy laudable y conveniente que sea, como en efecto lo es, el que pueda entablarse el recurso por la *injusticia intrínseca* del fallo lo mismo que por la *violacion en las formas* esteriores del mismo ó del juicio que le ha precedido; no puede negarse, empero, que lo primero se aparta de las ideas fundamentales de la *nulidad*, la cual, como hemos dicho en este mismo apéndice, es la que afecta al modo de *conocer y proceder* y no al *juzgar* y *decidir*: sin embargo de todo en el Real Decreto se califican tambien de *nulas* las *decisiones* ó sentencias contrarias á una ley, y no contrarias de tal modo que aparezca la contrariedad de su simple lectura, en cuyo sentido hemos dicho antes que, á tenor de las leyes de Partida, podian decirse tambien nulos los fallos dados en primera instancia, sino contrarias á una ley de cualquier modo que esta se haya infringido, y aunque, como verémos luego, la infraccion no haya sido de ley espresa sino de una simple doctrina legal. En eso está la verdadera novedad consignada por primera vez en el Decreto de 4 de noviembre: y si lo es en efecto, esto por sí solo esplicaria ya algun tanto el que al introducirla y ensayarla se la hubiese aplicado con alguna mas parsimonia y no se hubiese admitido semejante diccion de *nulidad* contra todas las ejecutorias indistintamente, sino tan solo contra las que fuesen proferidas en revista. Quizás tambien esa novedad se haya debido esclusivamente á las consideraciones que antes hemos espuesto ó sea al temor de que una infraccion de ley ó una injusticia cometida fuese mas irritante é intolerable cuando procediera de una sala en discordia con otra de la misma audiencia; y entonces nada de estraño tendria que una estralimitacion, por decirlo asi, de los principios recibidos autorizada por razones especiales no se hubiese estendido mas allá de lo que esas razones exigian y se aplicase tan solo á las sentencias revocatorias de las de vista que por necesidad debian serlo de revista. Mas la nulidad procedente de defectos en la sustanciacion, en todos tiempos y por todas las legislaciones ha debido ser y ha sido calificada de nulidad; y respecto de ella ninguna innovacion se ha hecho por el decreto de 1838, mas que la de establecer los trámites que para reclamarla y declararla deberian observarse y el tribunal á quien deberia acudirse para ello, cuando fuese una audiencia la que la hubiese cometido. En lo demas todo hubo de quedar en el mismo estado que tenia antes de publicarse la nueva ley: y, pues antes lo hubieran sido por derecho comun, ningun motivo habia para que no fuesen impugnables en lo sucesivo por causa de nulidad las sentencias, fuesen de vista ó de revista y estas conformes ó no con las primeras, siempre que se hubiesen infringido las leyes de

enjuiciamiento en el acto de proferirlas ó en la ordenacion de los procedimientos anteriores á las mismas.

De las palabras con que está concebido el mismo art. 3º del Decreto ha nacido, á mas de la que acabamos de tratar, otra cuestion que propone tambien el Sr. Pacheco, y sobre la cual no podemos menos de hacer algunas observaciones. Ya que el recurso de nulidad por infraccion de ley tiene lugar contra las sentencias de revista ¿podrá interponérsele tan solo contra las definitivas, ó tambien contra las interlocutorias que no terminen el pleito, sino una mera incidencia de él? A propósito de esta cuestion observa muy decididamente el Sr. Pacheco que, si es cierto que solo las sentencias de *revista* son susceptibles del recurso de nulidad, no pudiendo haber mas que dos instancias relativamente á los puntos que se deciden en artículos previos y por autos interlocutorios, está fuera de duda que de las sentencias dadas en los espresados artículos no podrá interponerse el recúrso, porque no podrán ser aquellas de *revista*. Lo propio sostienen los SS. Goyena y Aguirre en su Febrero, lib. 4º part. 2ª tit. 27. n. 698 (2ª edicion): y es efectivamente asi, si por sentencia de *revista* se entiende limitada y esclusivamente la que se haya proferido en tercera instancia. Pero tal vez no esté tan determinado el verdadero sentido jurídico de aquella palabra; y á lo menos en la práctica hemos observado que se llaman igualmente de *revista* todas las sentencias que profieren las audiencias en méritos de suplicacion, á pesar de que no todas las instancias de suplicacion son terceras instancias. Cuando se promueve un incidente en primera instancia y del fallo que en él ha proferido el inferior se interpone apelacion, de lo que sobre el mismo determine la audiencia no ha lugar á súplica, art. 69. del Reglam. prov. y Real Orden de 8 de octubre de 1835; por lo cual en semejantes casos puede decirse con toda propiedad que no habrá sentencia de revista, ni por consiguiente contra lo fallado en ellos podrá intentarse el recurso de nulidad por infraccion de ley. Pero de los autos proferidos por las audiencias en méritos de artículos ó incidentes promovidos ó empezados ante las mismas, bien puede interponerse suplicacion; y entonces al fallo que se pronuncia en distinta Sala confirmando ó revocando el suplicado se puede dar y se da tambien el nombre de fallo de *revista*, porque asi se denominan no precisamente los proferidos en tercera instancia, sino los que profieren las audiencias en puntos ó negocios que las mismas hayan fallado ya una vez y reveau ó vuelvan á decidir en méritos de suplicacion; y sabido es que de las providencias dictadas por dichos tribunales, aun en primera instancia, no se interpone apelacion sino súplica. Asi se llamaba instancia de *revista* la segunda instancia en los pleitos incoados ante las mismas audiencias por *avocacion*, cuando esta era permitida por las leyes; y de *revista* se llama hoy á la que puede promoverse en las causas que deben comenzar ante la superioridad, como son los comprendidos en el §. 2º art. 58 del Reglam. prov. para la admin. de just. y la propia denominacion se da por consiguiente á las instancias de suplicacion sobre incidentes ó artículos previos promovidos estando ya el negocio principal en grado de vista ó de revista. ¿Deberán, pues, considerarse comprendidos en el art. 3º del Decreto los autos que en ellos recayeren, y podrá interponerse contra los mismos el recurso de nulidad por ser contrarios á ley clara y terminante? Reducida á estos términos la cuestion, creemos todavía que no es muy fácil de resolver. De una parte, los fallos con que se decide un artículo previo ó incidente apenas merecen el dictado de *sentencias*, antes bien en la práctica de nuestros tribunales, con pocas y tal vez ya desusadas escepciones, se les da el nombre y la forma de simples *autos*; bajo el cual no deberia considerárseles comprendidos en la *letra* del Decreto, por hablarse en él espresa y esclusivamente de *sentencias*. De otra parte, en todas las obras doctrinales no menos que en los Códigos se ha dado y se da constantemente á los autos interlocutorios el nombre de *sentencias*, aunque distinguiéndolas de las definitivas, como dos especies de un mismo género; en cuyo sentido los citados SS. Pacheco, Goyena y Aguirre pretenden que contra dichos interlocutorios no tendrá lugar el recurso de nulidad, mas nó porque no sean verdaderas sentencias, sino porque no pueden serlo de *revista*, toda vez que de ellas no se admite súplica. Pero, si, como acabamos de ver, no es esto enteramente exacto, porque puede tambien suplicarse de las interlocutorias, cuando sean provocadas y proferidas por primera vez en segunda ó tercera instancia del negocio principal, y si en tales casos pueden tambien llamarse de *revista* las que se profieran en grado de suplicacion, ¿deberémos decir que, cesando la razon en que se fundaron esclusivamente aquellos ilustrados comentadores, habrá de adoptarse la opinion contraria y admitirse contra semejantes interlocutorias el recurso de nulidad? Atiéndase que, segun observan los mismos SS. citados, hay artículos previos ó escepciones tales que, aunque dilatorias en el nombre y en la forma, fenecen definitivamente el pleito, como la de transaccion ó prescripcion (bien que estas se reservan comunmente en calidad de perentorias para definitiva) y tambien la de no con-

testar ó sea la de falta de accion ó personalidad, cuando no se la opone fundada en alguna causa temporal, sino perpetua. En este concepto se decide el Sr. Pacheco á designarlas con el nombre de *esclusorias* para distinguirlas de las verdaderamente *dilatorias*, porque, si bien como á estas se las opone y sustancia con suspension y separadamente del punto principal, tienden sin embargo á escluir del todo la demanda propuesta y á terminar el litigio. En esos ó semejantes casos, pues, en que las sentencias interlocutorias pueden equipararse á las definitivas, en cuanto al perjuicio que pueden causar á los interesados, podrá en nuestro concepto intentarse contra ellas el recurso de nulidad: mas no lo opinamos asi como el Sr. Pacheco por la sola razon de paridad y conveniencia que acabamos de indicar, sino porque al lado de aquella razon vemos la letra terminante de la ley que habla indistintamente de sentencias y comprende por lo tanto las interlocutorias, siempre que en los términos antes espresados pueda calificárselas de *revista*. Podrá parecer tal vez incongruente esta doctrina, á tenor de la cual para admitirse ó dejarse de admitir el recurso de nulidad contra una sentencia interlocutoria debe atenderse á la circunstancia de si es ó no verdaderamente dilatoria la escepcion que por ella se haya decidido, y á si dicha escepcion ha sido opuesta y discutida ante el juez ordinario ó si lo ha sido ante el tribunal superior y en grado de apelacion ó súplica del negocio ó punto principal. Si toda sentencia interlocutoria proferida en grado de suplicacion ha de calificarse de revista y si por esta razon se la considera comprendida en el art. 3º del Decreto, ¿á qué viene distinguir entre escepciones esclusorias y simplemente dilatorias, si no es la naturaleza de estas sino la ocasion ó estado del pleito en que se las haya opuesto la que debe decidir la cuestion? Y si una sentencia interlocutoria decisiva de un artículo promovido ante el tribunal superior es susceptible del recurso de nulidad, ¿cómo no ha de serlo tambien aunque haya recaido en un artículo formado ante el inferior ú ordinario y remitido á la audiencia por apelacion? ¿Cómo puede darse un efecto tan trascendental para el derecho de las partes á una diferencia de mero nombre, segun se llame de vista ó de revista la sentencia contra la cual se interponga el recurso? A lo primero contestarémos con el Sr. Pacheco que, si bien con los fallos interlocutorios en que se decida una escepcion dilatoria verdaderamente tal puede cometerse una infraccion de ley; pero nunca podrá ser tal que afecte directamente en el fondo al negocio principal, sino á la forma ó al modo de ordenar é instruir el procedimiento: y entonces ó no podrá influir en la sentencia definitiva, en cuyo caso ya carecerá de objeto el recurso de nulidad, ni de hecho podrá haber interlocutoria de *revista*, pues no se admite suplicacion de las que no tienen fuerza de definitivas; ó podrá en efecto tener tal influjo, y en tal caso ya será lícito reclamar de semejante fallo, aunque interlocutorio, para el efecto de intentar despues el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva, porque se habrá incurrido en otro de los defectos de procedimiento comprendidos en el art. 4º del Decreto, por los que se admite el recurso de nulidad indistintamente contra todas las ejecutorias de las audiencias. A lo de no haber mas diferencia que de puro nombre entre las interlocutorias de *vista* y las de *revista*, y nó haber razon bastante para que en igualdad de circunstancias se admita contra las segundas y nó contra las primeras el recurso de nulidad, cuando solo las distingue la circunstancia tal vez casual de haberse promovido ante el juez inferior ó ante la audiencia el artículo que con ellas se haya decidido, observarémos en primer lugar que, aun cuando todo esto fuera cierto, no veríamos cómo podria prescindirse de la letra terminante de la ley que solo da lugar al recurso contra las sentencias de *revista*, y nó contra las de *vista*. Ademas, empero, y segun á propósito de las definitivas hemos tenido ocasion de observarlo, no es tan nominal como parece la diferencia entre unas y otras interlocutorias segun se las haya proferido en grado de vista ó de revista, ni deja de haber poderosos motivos para distinguir entre ellas al efecto de determinar si debe ó no admitirse contra las mismas el recurso de nulidad por infraccion de ley. No dando lugar á él contra las primeras se hace prevalecer á la decision y concepto del juez ordinario el concepto y decision que sobre el mismo artículo ó incidente haya formado y respectivamente proferido el tribunal al que está aquel subordinado y que ha sido instituido precisamente para la revision y enmienda de lo que en primera instancia se hubiere fallado con injusticia. Cerrando, empero, el camino ó reforma de las interlocutorias de revista no conformes con las de vista, se tocarian todos los inconveniente y perjuicios que trae consigo el hacer que en un negocio determinado la opinion ó fallo de una Sala prevalezca irrevocablemente al de otra Sala igual á la primera en facultades y categoría.

Pasemos ya á ocuparnos de otra cuestion que se ha ofrecido en vista del mismo art. 3º del Real Decreto. Declárase en él que tiene lugar el recurso de nulidad contra las sentencias de revista no conformes con las de vista, cuando fueren contrarias á ley clara y terminante: y al espresarse en el art. 7º los requisitos con

que debe interponerse el recurso, se prescribe que en el escrito en que se le interpusiere *se cite la ley ó doctrina legal infringida:* de donde naturalmente se infiere que no solo por infraccion de ley sino tambien por la de doctrinas legales habrá lugar al recurso. ¿Es ó no admisible esta consecuencia dimanada de los términos en que está concebida una disposicion incidental y por decirlo asi, reglamentaria, pero opuesta á otra fundamental y espresamente dirigida á establecer los motivos en que puede fundarse el recurso? Y en el caso afirmativo, cuáles serán esas doctrinas, cuáles de otra parte deberán ser esas leyes claras y terminantes por cuya infraccion se pueden impugnar las ejecutorias en que se la hubiere cometido? El Sr. Bravo Murillo ha dicho que el citado art. 7º debe considerarse como esplicatorio del tercero; y en su concepto, «el fundamento del «recurso debe ser siempre la infraccion de ley, «pero no precisamente en su testo, sino en su «principio y consecuencias directas, pues esta «infraccion se califica sin duda por el art. 7º «de infraccion de *doctrina legal*, atendiendo «á que las leyes no pueden decidir precisa y «determinadamente el caso que dé motivo á la «cuestion revestido de sus circunstancias par«ticulares, ni por el texto de la ley se puede «decidir caso alguno sin hacer aplicacion de «ella»; por cuyas razones concluye que «de«berá siempre en el recurso de nulidad citarse «la ley cuya disposicion, cuyos principios ó «consecuencias rectamente deducidas se hayan «infringido, porque sin ley en que se apoye una «doctrina y que la sirva de base no puede aque«lla calificarse de legal.» El Sr. Pacheco se ocupa tambien detenidamente de las cuestiones propuestas y las coloca en un terreno mas elevado. Segun él habrá lugar al recurso de nulidad por infraccion de doctrina legal; no solo porque asi se infiere de la letra de d. art. 3º, el que únicamente en esta suposicion puede entenderse de modo que ofrezca algun sentido, sino tambien porque asi lo exigen la índole y objeto de la misma ley. Los recursos de nulidad, dice, se han instituido con el fin de uniformar la jurisprudencia y hacer que todos los tribunales sustancien de la misma suerte y apliquen las leyes en el mismo sentido, subordinándolos á dicho efecto, á un tribunal superior, único en su clase «guardador y custodio de la jurispru«dencia nacional:» y este objeto, añade, tiene inmediata aplicacion asi en los casos en que se trata de resolver y decidir una cuestion prevista y especialmente determinada por la ley, como en aquellos, que son la mayor parte de los que se ofrecen en el foro, en que no se resuelve «sino por doctrinas de derecho, que «á veces son consecuencias mas ó menos re«motas de las mismas leyes, y á veces son «principios derivados de la ley romana, de«ducidos de la recta razon ó consagrados por «una práctica constante.» Si á estos casos no se estendiera tambien el recurso de nulidad, cree el mismo Sr. Pacheco que desapareceria «la «idea verdaderamente fecunda que se ha que«rido realizar por este medio» y «quizás» añade «ninguna ventaja encontraria en su existencia;» de todo lo que concluye que «las espresiones «del art. 3º *contraria á la ley clara y ter«minante* no se han de entender tan rigorosa«mente que escluyan los casos de derecho en «que á falta de ley esplícita, se emplea necesa«riamente la doctrina legal.» Estamos enteramente conformes en esta parte con el Sr. Pacheco; y aun creemos podria añadirse que, si en realidad ha tenido la ley aquella grandiosa y fecunda mira de uniformar la Jurisprudencia, forzosamente ha debido referirse al caso de infraccion de *doctrinas* ó *principios*, mas que á la de *leyes claras* y *terminantes;* puesto que donde existan estas no cabe ya el intento de uniformar la jurisprudencia, sino el de celar y procurar su observancia y cumplimiento, que es, si no el primario, otro de los principales objetos para que han debido ser instituidos los recursos de nulidad. Tal vez, al redactarse el Decreto de 1838 se tuvo mas presente este último que el primero y por esto directa y esclusivamente se habló de infraccion de ley espresa en el artículo 3º, y solo por incidencia de infraccion de doctrina legal en el 7º: pero esto se dijo al fin; y no puede menos de adoptarse la interpretacion del Sr. Pacheco, tan conforme con la letra como con la índole y espíritu de la ley: por manera que lejos de lamentar con los SS. Goyena y Aguirre en su Febrero (lugar antes citado n.º 702) el que se encuentren en el art. 7º del Decreto las palabras *doctrina legal infringida*, lejos de creer que «tomadas al pie de la letra choquen «con el art. 3º y desnaturalicen el recurso» y de temer que pueda abusarse mucho de él á pretesto de semejantes infracciones, desearíamos por el contrario que dichas palabras se leyesen decididamente en el mismo art. 3º, creemos que sin ellas la ley no habria llenado sino muy incompletamente su objeto, y no dudamos que de la infraccion de ley espresa podria abusarse tanto como de la de doctrinas legales, ya que, como dicen muy oportunamente los mismos SS. Goyena y Aguirre, «en el «inmenso cúmulo de nuestras leyes y aun «de Códigos desgraciadamente se encontrará «siempre alguna para colorir el recurso.» Para evitar este mal era necesario no haber publicado el Decreto, ni haber autorizado el recurso en el caso de haberse infringido las leyes directamente: nada se adelantaria, empero, prohibiendo que se le

intentara por haberse infringido doctrinas; y si es una triste verdad que tenemos en España un inmenso cúmulo de códigos, si lo es tambien que tenemos muy pocas leyes que merezcan el nombre de tales, y si, aun teniéndolas, seria conveniente conservar la institucion de aquellos recursos, como un medio de uniformar la Jurisprudencia en aquellos casos á que la ley en su generalidad no puede descender y que se regularizan por la práctica y á tenor de los principios, mucho mas conveniente ó mejor dicho necesaria es, en el actual estado, aquella institucion, mientras continúe tan manca, incompleta y heterogénea nuestra jurisprudencia y mientras nuestros tribunales no tengan, en la mayor parte de los casos, otra guia que la que les prestan los principios y las decisiones del derecho comun que, á tenor de nuestras mismas leyes, solo pueden tenerse presentes como *doctrinas*. Si por la infraccion de ellas no se admitiera el recurso de nulidad ¿cuándo tendria lugar entre nosotros? ¿Qué clase de injusticias llegarian á repararse por ese medio?

Sentado, pues, que tambien por infraccion de doctrinas legales habrá lugar al recurso, veamos ya cuáles habrán de ser esas doctrinas, y qué es lo que entiende el decreto por ley clara terminante, cuando dice que la infraccion de ellas es necesaria para que aquel pueda interponerse. En esta parte sí es forzoso confesar que las palabras de la ley son sumamente vagas y susceptibles de que se las entienda y aplique en diversos y aun opuestos sentidos. Ya hemos visto cómo las entiende el Sr. Bravo Murillo, esto es, que habrá infraccion de ley siempre que se la haya quebrantado no solo en su texto, sino tambien en su principio y consecuencias directas; que habrá infraccion de doctrina, siempre que se haya desatendido alguna que se apoye directamente en una ley y la tenga por base. El Sr. Pacheco no cree pueda haber infraccion de ley para el efecto de poder reclamarse la nulidad, sino en el caso de decidirse en el fallo alguna cuestion puramente de derecho, y definida por ley espresa contra cuya definicion se hubiere fallado, ó en el caso en que la ley misma ó su interpretacion genuina haya sido el objeto fundamental de la contienda; y añade que podrá haber infraccion de doctrina cuando se hubiere decidido una cuestion tambien legal no determinada por la ley espresa, sino por alguna de esas teorías recibidas *universalmente* como principios, de esos *dogmas* de jurisprudencia consignados en *todos* los escritores, ó de esas prácticas observadas por *todos* los tribunales. En uno y otro caso, empero, parte del supuesto de que las *cuestiones de hecho* rechazan y escluyen la interposicion del recurso por los motivos espresados en el Decreto, porque, tratándose en ellas de la apreciacion de las pruebas ministradas, no puede haber cuestion jurídica ni infraccion de *derecho* que es la única que da lugar al recurso. Por nuestra parte, creemos en primer lugar que tambien en las cuestiones de hecho debe procederse con distincion, pues, si bien en la mayor parte de los casos se tratará en ellas de la apreciacion moral é intrínseca de las pruebas concretas que se hubieren ministrado, en lo que no cabe comprometer punto alguno de jurisprudencia, pero tambien en semejantes casos podrán ofrecerse y se ofrecen con alguna frecuencia cuestiones de principios elevadas, difíciles y verdaderamente legales, de aquellas que importa ver decididas por el tribunal supremo para que su decision entre á formar parte del gran cuerpo de jurisprudencia nacional y sirva de norte á los demas: en cuyo concepto habrá de hacerse diferencia entre aquellos pleitos ó negocios en que, estando las partes conformes acerca las condiciones legales y estrínsecas de las pruebas respectivamente practicadas, se trate tan solo de apreciarlas buenamente y por el buen sentido, y aquellos en que se dispute sobre el valor legal de las mismas pruebas, y, prescindiendo de si son mas ó menos verídicas, se agite respecto de ellas alguna cuestion general y abstracta de principios ó de derecho, como puede suceder, por ej., en el caso de haber un verdadero conflicto de pruebas encontradas é igualmente atendibles, en el que no se trata ya de apreciar su fuerza y valor moral, sino de hacer efectivas las disposiciones que la ley para dichos casos ha establecido. Entonces podrá decirse tambien que la cuestion de hecho en su fondo y en su orígen ha venido á convertirse en cuestion legal, y por tanto tendrá lugar el recurso de nulidad contra la sentencia en que semejante cuestion se hubiere decidido. Mas, cuando no sea una ley espresa, sino una doctrina ó un principio de derecho comun el que se pretenda infringido, ¿será menester que ese principio ó esa doctrina sean de los *universalmente* recibidos, uno de aquellos *dogmas* consignados en *todos* los escritores ó de aquellas prácticas observadas por *todos* los tribunales? Así parece indicarlo el Sr. Pacheco, cuando solo á las doctrinas que reunan semejantes condiciones las equipara á la ley clara y terminante; en cuyos términos esplica su opinion de que por toda infraccion de derecho debe concederse el recurso establecido para su reforma. Creemos empero que es mas ancho todavía el círculo trazado por la ley, y casi nos atrevemos á afirmar, aunque parezca tal vez una paradoja, que por toda suerte de infracciones ó injusticias debe darse lugar al recurso de nulidad, bien sea universalmente recibida ó solo

probable y controvertible la doctrina que se pretenda desatendida en el fallo pronunciado. Muévenos á pensar asi la letra de la ley, y el objeto de la misma esplicado por los mismos principios que proclama el Sr. Pacheco. Si atendemos á la letra, nos dice que ha lugar al recurso por haberse infringido alguna *doctrina legal*, sin señalar determinada condicion alguna que haya de concurrir en ella para que pueda reclamarse su infraccion ante el tribunal supremo: si atendemos á su índole y objeto, nos dice aquel distinguido escritor que es principalmente el de uniformar la Jurisprudencia nacional: y cuando se alegue en un negocio determinada la infraccion de un dogma de derecho ó de una doctrina universalmente recibida ¿será la uniformacion de la jurisprudencia lo que tratará de conseguirse, ó mejor la puntual observancia y cumplimiento de ella, en la parte en que esté perfectamente uniformada? A nuestro modo de ver, la institucion del Tribunal supremo y de los recursos de nulidad por ante el mismo tiene dos objetos distintos igualmente principales y fecundos en consecuencias, pero subordinados á un mismo principio. Esa necesidad de centralizar el derecho no solo significa la necesidad de un regulador supremo, de un oráculo para los casos dudosos cuyas decisiones suplan la imperfeccion de la ley y entren á formar parte de la jurisprudencia nacional, sino tambien la necesidad de que, en ciertos casos especiales, como el de haberse originado discordia entre dos Salas de una audiencia, aunque sea sobre puntos espresamente decididos por la ley, en los que podria padecer algun menoscabo el prestigio y autoridad de lo juzgado, haya tambien, como hemos dicho antes, un tribunal de mas alta gerarquía, único en su clase y superior á todos los demas tribunales, cuyos fallos por la neutral y elevada esfera en que hayan sido proferidos hayan de inspirar confianza y veneracion aun á los que resulten vencidos y descontentos. Bajo ese último aspecto considerados los recursos de nulidad contra las ejecutorias de las audiencias no tienen otro fin que el de *reparar las injusticias* cometidas por dichos tribunales superiores, y entonces se los interpone por verdadera infraccion de ley clara y terminante ó de doctrina legal universalmente recibida: bajo el primer aspecto, empero, y considerados como un medio de uniformar la jurisprudencia, de llenar sus vacíos con las decisiones del tribunal supremo, de resolver las dudas á que la misma diere lugar, ó los espresados recursos no cumplirán su objeto, ó deberá podérselos entablar contra los fallos en que no se haya infringido una ley ni un principio, pero en que se haya desatendido una doctrina ú opinion, aunque no *universal* y canonizada por la autoridad de *todos* los escritores, pero racional y sostenida por algunos de ellos ó á lo menos por un número que sea suficiente para calificar de dudoso y controvertible el punto sobre que recaiga. Ocurren, en efecto, ciertos casos prácticos tan estraordinarios y complicados en sus particulares circunstancias, tan distantes, por decirlo asi, de los principios canonizados por la ciencia y de las disposiciones generales establecidas por la ley, que no pueden ser calificados y resueltos sino por la razon y autoridad privada de los escritores variable por su naturaleza y desautorizada cuando no hay entre ellos absoluta conformidad, ó por las decisiones de los tribunales que tambien varian y solo tienen fuerza obligatoria respecto de los negocios particulares sobre que hayan recaido. Semejantes cuestiones son las que dan pábulo á las controversias académicas y forenses, y las hay por desgracia tan problemáticas y difíciles que pueden casi con igual lógica y equidad resolverse en diversos y aun opuestos sentidos, mientras la ley con su suprema autoridad no las haya decidido. La perfeccion de los Códigos puede decirse que está en razon directa del menor número de esos problemas que dejen á la razonada disputacion de los jurisconsultos y á la arbitraria decision de los tribunales: ninguno empero hay ni puede haber tan perfecto que resuelva y haga imposibles todas las controversias, y haya previsto todos los casos y circunstancias que en el terreno de los hechos pueden ocurrir. Si, pues, en un pleito se agitare alguna de esas cuestiones, mas frecuentes entre nosotros por la imperfeccion y absoluta falta de generalidad de nuestros Códigos, si se tratare de aplicar alguna de estas disposiciones legales, como hay tantas por desgracia, oscuras, ambiguas ó contradecidas por otras igualmente vigentes ¿podrá decirse entonces que haya infringido una ley *clara* y *terminante* ó una doctrina *dogmática* y *universal* el juez ó tribunal que en uno ú otro sentido hubiere pronunciado su fallo? Y sin embargo alegará tambien infraccion de ley la parte que la entienda en sentido contrario al que se haya adoptado en la ejecutoria, alegará tambien infraccion de doctrinas, esto es, de aquellas que en favor de su opinion hubiere aducido, y habrá sobre todo, como nunca, necesidad de *uniformar la jurisprudencia*, de *erigir en principio* una ú otra de las contrarias decisiones que respectivamente se hubieren solicitado, de hacer que los interesados no sospechen deber su suerte á la azarosa fatalidad y á la opinion de un tribunal subalterno mudable como las personas que lo componen y que habrá variado de hecho en dos sucesivas instancias (pues hablamos

siempre del caso en que la sentencia de revista no sea conforme con la de vista) sino á la rectitud é inteligencia, á la voluntad constante y suprema del tribunal que la ley misma ha constituido para ser aclarada y esplicada en los casos dudosos, á la decision autorizada de aquel que decide la suerte de *todos* los particulares y prescribe la conducta á *todos* los jueces, porque *todos* estan igualmente sujetos á su jurisdiccion. Ese es, en nuestro concepto, el grande, el elevado objeto de los recursos de nulidad, esa la noble y augusta mision del tribunal supremo. En él debe encontrarse no solo un oráculo, un intérprete de la ley para los casos dudosos, sino un centinela vigilante que cele el cumplimiento y observancia de la misma, en lo que sea esplícita y no necesite de interpretacion: debe ser un centro comun á donde puedan elevarse y confluir todas las quejas, en donde deban acogerse todas las súplicas y calificarse, juzgarse ya sin mas apelacion todos los intereses y derechos que se pretendan lastimados, todas las opiniones que se supongan injustamente desatendidas. Para llenarse cumplidamente ese objeto, es necesario, empero, que haya lugar al recurso de nulidad por infraccion de ley ó de doctrina, no solo en las cuestiones ó casos legal ó doctrinalmente decididos, sino tambien en los verdaderamente opinables. ¿Se creerá que esto equivale á desnaturalizar el recurso, á establecer otra instancia ordinaria de apelacion de los tribunales superiores por ante el tribunal supremo, y á despojar al recurso de nulidad del carácter solemne y estraordinario que la ley ha querido darle, para que así fuera mas precioso y no pudiera abusarse de él con facilidad? En todo cuanto acabamos de decir, empero, ni hemos tratado de calificar á la ley ni de amoldarla á nuestros principios: hemos tomado la medida de su literal contexto, y en lo que cabia en ella hemos examinado si quedaba cumplido su objeto. Creemos, pues, que apenas habrá sentencia ejecutoria de revista, no siendo conforme con la de vista, de que no pueda legalmente interponerse el recurso: mas no tememos que esta opinion haya de producir abusos, ni que llegue á haber un recurso para cada pleito. Conviene prevenir esos abusos y restringir el ejercicio de ese derecho; pero, en nuestro concepto, no tanto debe esto procurarse limitando teóricamente los casos en que pueda entablarse el recurso, como estableciendo una sancion penal contra los que lo entablen indebidamente: y, mucho nos engañamos, ó, al redactarse el Real decreto, hubo de partirse de este mismo principio. Si alguno abusare de aquel remedio legal, si de buena ó mala fe y mas ó menos emulatoriamente distrajere la atencion del tribunal supremo sobre negocios ó ejecutorias tales en que no pueda interesar la recta administracion de justicia ni la uniformidad de la jurisprudencia, en la pérdida del depósito encontrará el castigo de su cavilosidad é impertinencia: el depósito y en su caso la fianza han de ser el verdadero y único regulador del buen uso que se haga del recurso: á tenor de los principios espuestos es de creer que la ley no ha querido adoptar otro medio para prevenir los abusos; y todo el que tenga alguna esperiencia en negocios judiciales deberá estar convencido de que es el mas eficaz que podia haberse elegido. Apenas hay litigante vencido en las tres instancias ordinarias que, al saber el fallo, no vuelva á todos lados sus ojos descontentos, y no busque otro tribunal mas superior que repare la injusticia que él cree haber sufrido. ¡Cuán pocos hay, empero, que, al enterarse de la necesidad de hacer el depósito y del peligro que van á correr de perderlo en la demanda, no busquen mas maduro y desinteresado consejo antes de interponer el recurso! ¡Cuán pocos que, acallando por un momento su preocupacion, no consulten, si no la justicia y legitimidad de sus pretensiones, las probabilidades á lo menos del triunfo! Podrá haberlos es verdad tan temerarios que se espongan á sufrir la pena á trueque de causar molestia y perjuicios á sus contrarios, podrán encontrar, si se quiere, un abogado que comparta su alucinamiento y les prepare el emulatorio recurso. Mas porque así se pueda abusar de un precioso derecho ¿fuera justo privar absolutamente de él á los particulares que vean cifrada tal vez toda su fortuna en la decision de un punto cuestionable y difícil, en que dos tribunales de igual gerarquía hayan opinado ya de distinta manera? ¿Podrá decirse sobre todo que el recurso de nulidad que en tales casos se interponga no esté autorizado por la ley y fundado en infraccion de doctrinas? Quizás se observará que entonces se le llamaria malamente recurso de *nulidad* y deberia mas bien denominarse *de injusticia*. Pero ya se ha dicho antes que el recurso por ante el tribunal supremo en los casos comprendidos en el art. 3º del Decreto de 1838 no es, rigurosamente hablando, un recurso de nulidad en el sentido que por derecho comun se da á esta palabra. Tal vez era mas lógica, en esta parte, la nomenclatura de nuestras antiguas leyes denominando recurso de *segunda suplicacion* al que se interponia de los fallos de revista por ante el estinguido Consejo. Mas como quiera que se haya adoptado un nombre distinto, se ha conservado intacto, hasta cierto punto, el principio; porque las sentencias contrarias á una ley ó doctrina, aunque sea aquella clara terminante ó esta universalmente recibida ¿no importan,

mas bien que *nulidad*, una verdadera *injusticia*? Y no obstante contra ellas está espresamente dispuesto que pueda intentarse el recurso llamado de nulidad.

Por el art. 4º del Real Decreto se establece que pueda tener lugar este recurso contra las *ejecutorias* de las audiencias, siempre que en las instancias de vista ó de revista se hubieren infringido las leyes de enjuiciamiento; se declaran los siete casos ó defectos de ritualidad por las cuales puede aquel interponerse y los requisitos que deben preceder á su interposicion, esto es, el que se haya reclamado la nulidad ó defecto, antes que recayese sentencia, en la instancia respectiva y tambien en la ulterior si en esta hubiese podido subsanarse, y que dicha reclamacion no haya producido efecto: en vista de cuales disposiciones pueden ocurrir cuatro distintas dificultades, á saber: primera ¿tendrá tambien lugar el recurso de nulidad cuando se hayan infringido las leyes de enjuiciamiento, pero la infraccion cometida no sea de las espresamente determinadas por el Decreto? Segunda, ¿es necesario que la falta de tramitacion ó causa de nulidad se haya cometido en la instancia de vista ó en la de revista como lo dice el art., ó tendrá tambien lugar el recurso contra la ejecutoria cuando aquella falta hubiere sido cometida en primera instancia y ante el juez inferior? Tercera, ya que sea necesario haber reclamado antes oportunamente los defectos ó nulidades en que se hubiere incurrido ¿en qué términos habrá de hacerse semejante reclamacion para que produzca su efecto? Cuarta y última, ¿será tambien indispensable esa previa reclamacion de nulidad, cuando esta haya podido cometerse y se hubiere cometido, de modo que las partes no hayan podido advertirla hasta despues de proferida y publicada la sentencia definitiva? De la primera de estas cuestiones se han ocupado detenidamente los SS. Bravo Murillo y Pacheco, opinando entrambos que puede haber otros defectos igualmente sustanciales de ritualidad ó enjuiciamento á mas de los que la ley ha enumerado, por los cuales convendria que tambien se hubiese dado lugar al recurso, pero reconociendo, como esplícitamente reconocen, que en la práctica aplicacion de la ley no pueden tenerse en cuenta aquellos casos por ella no previstos, ni juzgarse por las razones de conveniencia que á la misma se han escapado; pues, como dice el Sr. Pacheco, «desde «el momento en que la ley ha dicho: *ha lugar* «*al recurso de nulidad en los casos siguientes*, «la razon y la prudencia dicen como un re«sultado necesario: *luego no ha lugar al re*«*recurso de nulidad en ningun otro*. La ley ha «querido fijar cuándo habia de ser, y ha ne«gado por consiguiente á toda persona el de«recho de fijarlo.» Este pensamiento de fijar determinadamente las causas de nulidad en la actuacion y no dejarlas á la vaga apreciacion de cualquiera ni aun á la del Tribunal supremo lo califica el mismo Sr. Pacheco de un bien y de un verdadero adelanto, porque atendida la organizacion de nuestro sistema de enjuiciar y el fárrago de leyes, inútiles en gran parte, que rigen acerca de él, era indispensable escluir del catálogo de las nulidades la infraccion de todas aquellas que, si bien deben observarse porque son leyes, pero su incumplimiento no debe servir de estorbo á la validez de la actuacion: por cuyos motivos concluye aprobando el que se hayan escogido cierto número de casos, consignándolos en la ley, sin embargo de reconocer un peligro en esa conducta, y de que á su modo de ver «no se »libertaron de su influjo los autores del de»creto» esto es, el de formar un cuadro incompleto de esas causas de nulidad y omitir algunas faltas capitales de sustanciacion de aquellas que merecen bien que por ellas se anule y se mande instruir de nuevo el procedimiento. Nosotros, empero, que aplaudimos tambien el que se haya formado ese catálogo preciso de nulidades, le aplaudiríamos asimismo, aunque no fuese completo y acabado, porque seria, en nuestro concepto, preferible, el que se hubiese cerrado la puerta al recurso en alguno que otro caso particular que lo mereciese, á que pudiese, como hubiera podido, abusarse de él si hubiese bastado para intentarlo alegar cualquiera nulidad ó pequeña infraccion de nuestras viciosísimas leyes de enjuiciamiento. Pero ni aun creemos que haya en dicho art. 4º del decreto los vacíos que han encontrado en él los SS. Bravo Murillo y Pacheco, porque los casos de infraccion que han hallado á faltar ó no merecen el nombre de tales, ó son de tan poca trascendencia que, aun habiendo sido previstos, no merecian ser continuados entre los demas. El Sr. Bravo Murillo opina que á ellos hubieran debido añadirse por lo menos otros dos casos, el de no ser conforme la sentencia con la demanda y el de no haber en ella una decision cierta, determinada y fija. Pero ya él mismo se hace cargo de la razon por la cual dichos dos casos hubieron de omitirse, bien que no se muestra por ella muy satisfecho. «La causa» dice «de no haber comprendido estos defectos en «la numeracion que se hace por el art. 4º de «los que pueden fundar el recurso de nulidad «por violacion de las formas, consiste sin du«da en que se ha considerado que las senten«cias que de ellos adolezcan son contrarias á «ley clara y terminante, y procede contra ellas «el recurso de nulidad del art. 3º Asi lo cree«mos; pero creemos al mismo tiempo que

«aquellos defectos inducen una violacion en la «forma de la sentencia, parte principalísima «del proceso, y que podrán igualmente tener- «se y declararse por causa bastante para fun- «dar el recurso que establece el art. 4º, el «cual, siendo mas amplio que el otro, no de- «biera haberse privado á los litigantes del de- «recho de introducirlo por tan fundado y po- »deroso motivo.» Mas no ha considerado el se- ñor Bravo Murillo que el haberse omitido los casos por él indicados no solo puede proceder de esa causa que, en su concepto, no es bas- tante, sino de otra muy señalada cual es la de haberse distinguido en el decreto muy marca- damente las nulidades cometidas en la misma prolacion de la sentencia, de las que pudie- ran cometerse en la sustanciacion ó procedi- mientos que preceden á aquella y son su base y fundamento. De estas últimas esclusivamen- te se hizo mencion en el art. 4º, esto es, de la infraccion de las leyes de enjuiciamiento co- metida en *las instancias* de vista ó de revista: y en el 3º se habló de las sentencias contra- rias á ley clara y terminante y nó de las que lo fuesen en el fondo ó en su parte dispositi- va, sino sin distincion de todas las que lo fue- sen, esto es, asi en el fondo, como en la for- ma esterior ó en el modo de proferirse. ¿Pue- de decirse, ademas, que el no ser una senten- cia conforme á la demanda, ó no contener de- cision fija, cierta y determinada constituya un verdadero vicio de sustanciacion ó enjuicia- miento? ¿Puede decirse, sobre todo, con ri- gurosa propiedad que semejantes defectos re- caigan puramente en la *forma esterior* de la sentencia? Como quiera, la sentencia en que se hubiere cometido alguno de ellos será irre- misiblemente contraria á una ley clara y ter- minante, cual es la 16. tit. 22. de esta Parti- da, y susceptible por lo tanto bajo ese con- cepto del recurso de nulidad. Es verdad que por dicho motivo solo podrá interponerse el recurso en el caso de ser la sentencia de *re- vista*, cuando, á tenor del art. 4º, tendria aquel lugar asimismo contra las de *vista*: es verdad, (y á esto alude sin duda el Sr. Bravo Murillo) que asi se priva á los interesados de un reme- dio mas *amplio* que pudieran introducir por tan fundado motivo. Pero, el ser una senten- cia contraria á ley clara y terminante en su parte dispositiva, aunque sea esta conforme á la demanda y cierta ó determinada, ¿no cons- tituye tambien, segun las leyes de Partida, otra de las causas ordinarias de nulidad? Y es- to no obstante, no lo es, á tenor del decreto, para poder intentarse el recurso por ante el tribunal supremo contra las sentencias ejecu- torias de vista; y el mismo Sr. Bravo Murillo, á pesar de profesar distinta opinion teórica, ha reconocido que en esta parte no podia eludir- se ni tergiversarse la letra esplícita y categó- rica del art. 3º ¿Cómo, pues, ha querido que fuese mas privilegiado el caso de infraccion de d. l. 16.? El Sr. Pacheco supone tambien que podrían citarse otros vicios en el procedimien- to verdaderamente tales, y que sin embargo no estan continuados en la lista de nulida- des de dicho artículo 3.º, refiriendo solo uno, por via de ejemplo que dice haber ocurrido prácticamente, y no duda que, á ha- ber sido previsto, se hubiera incluido en el art. por los AA. del decreto. Tal es el de ha- berse fallado un pleito en revista por un nú- mero de magistrados menor que el de los que lo habian decidido en grado de vista. ¿Cómo, dice, se omitió en el decreto ese caso que, si bien parece increible, estaba empero, y lo ha demostrado la esperiencia, en la esfera de la posibilidad? Mas obsérvese desde luego que el tratarse de un caso en la apariencia increible escusaria ya de suyo el descuido ú omision pa- decida en el decreto, si de tal pudiera califi- carse el no haberse hecho mencion en él del referido defecto de tramitacion: y decimos de propósito si pudiera imputarse á descuido, por que dudamos mucho, á pesar de lo que dice el Sr. Pacheco, que, aun habiéndose previsto semejante caso, se le hubiese continuado en- tre las nulidades reclamables por ante el tri- bunal supremo. Lo que refiere dicho Sr. fue debido, segun él mismo, á la circunstancia particular de haber habido discordia en grado de apelacion y haber por consiguiente votado cinco magistrados para formar sentencia de vista, circunstancia que no se tuvo presen- te en el acto de fallar en grado de suplicacion, y por esto votaron en revista solos cuatro Oi- dores, como si viniera de tres solamente el fa- llo suplicado. Prescindamos, pues, de que se- mejante caso no está siquiera previsto por la ley comun, ni determinado por ella el número de magistrados que han de fallar en revista cuan- do en vista haya habido discordia: supongamos que la ley estableciese espresamente que en tal caso debian votar cinco ó seis magis- trados en tercera instancia, en cuya hipótesis se habria verdaderamente infringido una ley de enjuiciamiento: pero aun asi ¿hubiera ha- bido razon bastante para equiparar aquella in- fraccion á las demas consignadas en el decre- to? ¿No se ha prescindido en él de varias otras causas de nulidad declaradas tales por el dere- cho comun, como la de proferirse la sentencia en lugar impropio ó en dia feriado, sin duda porque semejantes defectos no perjudican á las partes, ni vulneran el prestigio y autori- dad de lo juzgado hasta el punto de merecer los honores de un recurso por ante el Tribu- nal supremo? Sin duda, habiendo ocurrido la discordia en 2ª instancia, deberian votar en la

3ª mas de cuatro magistrados; porque aun cuando la ley asi no lo prescribe, lo exigen empero las reglas de analogía y de buena interpretacion. Mas, á pesar de ser un defecto el obrar de otro modo ¿es un defecto capital comparable á la falta de citacion, de personalidad, de jurisdiccion, de notificaciones importantes ó á la denegacion de prueba? Nótese bien que, en el caso propuesto, la sentencia de vista suplicada no importaria la autoridad de los cinco votos que concurrieron á su formacion, sino á la de los cuatro ó de los tres conformes que formaron mayoría y únicos que causaron la sentencia, y aun enervada aquella autoridad por el voto de un magistrado ó de los dos que votaron ó pudieron votar en discordia. Suponiendo, pues, que la sentencia de revista votada por solos cuatro (la cual no pudo existir sin tres votos conformes) hubiese resultado revocatoria de la de vista ¿en qué podia quedar perjudicada la fuerza moral de lo juzgado, si, la primera tenia la autoridad de tantos votos, á lo menos, como la segunda? ¿Qué perjuicio positivo se seguia á los interesados, de que faltara á la sentencia un voto que, aun habiendo concurrido, habria podido á lo mas influir en la deliberacion, pero no hubiera variado la decision por no cambiar el número bastante para formar mayoría absoluta, ni podido hacer que dejara de proferirse la sentencia proferida? Tan solo el art. 285 de la Constitucion de 1812 previene que en el caso de ser la sentencia de vista conforme con la del ordinario haya de decidir la tercera instancia un número mayor de magistrados que el que hubiese asistido á la de vista, *en la forma que lo disponga la ley*. Este principio consignado en una ley fundamental (que por estrañas contingencias ha pasado á ser parcialmente orgánica y reglamentaria), principio no regularizado todavía, pero felizmente muy sencillo en su aplicacion, es el que rige actualmente en nuestros tribunales. Pero por mas que sea obligatoria su observancia, como no todos los requisitos prevenidos por las leyes en lo judicial importan rigurosamente la nulidad del procedimiento en que se se les hubiere omitido, y como no hay ley que declare nula la sentencia de revista proferida por un número de magistrados menor que el que hubiere proferido la de vista, todavía fuera muy dudoso si podria ó no intentarse el recurso por ante el tribunal supremo contra una sentencia semejante, en el caso aun mas increible ó inverosímil de haberse incurrido en aquel defecto en un pleito seguido y fallado por los trámites ordinarios y sin haber mediado discordia en la instancia de apelacion. ¡Con cuánto menos motivo puede calificarse de descuido el no haberse previsto en el decreto el caso referido por el Sr. Pacheco, en el cual no deja de haber opiniones sobre si verdaderamente le es ó no aplicable la disposicion del citado art. 285. de la Constitucion de 1812. y varian de hecho las prácticas de las audiencias, creyéndose en algunas, como se cree, aunque equivocadamente, que los magistrados llamados para dirimir una discordia no entran ni deben contarse en el número de los que asisten á la vista del negocio en que ha ocurrido aquella! Hé aqui, pues, que los defectos ó causas de nulidad que se han encontrado á faltar en el catálogo del art. 4º del decreto ó no son tales propiamente hablando ó distan mucho de tener la importancia necesaria para poder fundarse en ellos el recurso por ante el tribunal supremo. Los casos citados por el señor Bravo Murillo se refieren al fondo y al contenido intrínseco de los fallos mas bien que á sus formas esteriores, é importan defectos en la misma sentencia y no en el procedimiento ú ordenacion del juicio. El caso propuesto por el Sr. Pacheco ni aun puede decirse positivamente que lo sea de verdadera nulidad, y es sobre todo tan anómalo y escéntrico que el habérselo citado para señalar un vacío en d. art. 4º hace mas bien que deba este calificarse de tan completo y acabado como cabia en el actual estado de nuestra legislacion. Un solo defecto nos atrevemos á notar en él, y es el de haberse contado la denegacion de súplica, entre las infracciones de las leyes de enjuiciamiento por las cuales se puede reclamar la nulidad de las ejecutorias de las audiencias. La denegacion de suplicacion no es vicio en el procedimiento, ni aun cuando lo fuera, seria de aquellos que hacen nula la sentencia definitiva: y el recurso de nulidad que por semejante motivo se interponga no debe ni puede de hecho interponerse, ni creemos haya estado en la intencion de los autores del decreto el que se le interpusiera del fallo definitivo cuya suplicacion se hubiese denegado, sino del auto mismo denegatorio de la suplicacion ó del en que hubiese sido aquel confirmado caso de haberse suplicado del mismo. De todos modos, empero, debia haber sido ese caso clasificado con separacion de los demas, por distinguirse, como se distingue, de ellos en su índole y en sus efectos. La falta de emplazamiento, la de personalidad ó poder suficiente, la de citacion para prueba ó definitiva, la de alguna notificacion importante y la de jurisdiccion, no menos que la denegacion de prueba, influyen en la validez de la sentencia definitiva y hacen que contra esta pueda intentarse el recurso: mas el que de un auto ó sentencia se haya denegado la suplicacion legítimamente interpuesta, ¿hará ni puede hacer que por tal motivo sea mas ó menos váli-

do el fallo del cual se hubiere suplicado? De ninguna manera; por dos razones, á saber, porque aquella denegacion es un defecto que solo puede cometerse despues de proferida y notificada la sentencia y de haberse cumplido respecto de esta todos los requisitos necesarios para su validez, y por ser tambien de tal naturaleza, que puede y debe necesariamente subsanarse sin alterar ni innovar en lo mas mínimo lo fallado ó sentenciado y solo declarando y haciendo efectivo respecto de la misma el caracter de *suplicable* que indebidamente se habia querido desconocer. Aun cuando se hubiese denegado la suplicacion del auto denegatorio de prueba no podria decirse que por dicho motivo fuese nula la sentencia definitiva, sino que lo seria entonces por la denegacion misma de la prueba, que es otra de las causas señaladas en el mismo art. 4º Propiamente hablando, no necesitaba el Tribunal supremo de facultades especiales y estraordinarias para poder reformar los autos de inadmision de suplicacion dictados por las audiencias: y tenia, en nuestro concepto, facultad de hacerlo, aun antes de publicarse el Decreto sobre recursos de nulidad, toda vez que, á tenor del §. 1º art. 30 del Reglam. prov. para la admin. de just. ejerce aquel ordinariamente sobre todas las audiencias la misma inspeccion superior que estas sobre los jueces inferiores de sus territorios: y sabido es que las audiencias, en virtud de la inspeccion que sobre estos últimos les concede el §. 9º art. 58 de d. Reglam. han acostumbrado y acostumbran recibir y proveer los recursos en queja que se elevan ante las mismas contra los espresados jueces ordinarios por las apelaciones que estos indebidamente se hayan denegado á admitir. Iguales atribuciones, pues, debian considerarse en el tribunal supremo respecto de las audiencias; y aunque se hubiese mirado conveniente el regularizarlas, al publicarse el decreto sobre recursos de nulidad, tal vez hubiera sido mas lógico y acertado el no confundir con estos los que se intentasen por denegacion de súplica, á los cuales no vemos hubiese razon suficiente para restringirlos tambien con la necesidad de hacer el depósito ó prestar la fianza y demas limitaciones con que está coartado por la ley el derecho de reclamar la nulidad de las sentencias definitivas.

La segunda de las cuestiones que se ofrecen sobre la inteligencia y aplicacion del art. que estamos examinando hemos dicho que versaba sobre si podria tener lugar el recurso de nulidad por los mismos defectos espresados en el art. cuando estos se hayan cometido en primera instancia, ó si será necesario, como literalmente se desprende del prop. art., que se haya incurrido en ellos en las instancias de vista ó de revista. En esta parte la ley no es susceptible de interpretaciones, porque no las admite su literal contexto; y así lo reconoce el Sr. Pacheco, esplicando la razon en que semejante disposicion se ha fundado, cual es la de hacerse querido dejar la reforma de las nulidades cometidas por los jueces ordinarios á cargo de las audiencias que son los superiores naturales é inmediatos de los mismos. Nos atreveremos á añadir tambien que no podia haberse dispuesto de otra manera sin violarse los principios de derecho comun que rigen en el particular. Todos los defectos de enjuiciamiento que, segun el decreto, importan nulidad de las sentencias de vista y de revista, la importan tambien respectivamente de las de primera instancia y hacen que contra estas últimas pueda intentarse el competente recurso ante el superior territorial dentro el término por la ley al efecto señalado. El que no intenta oportunamente un recurso que segun las leyes le compete se entiende que renuncia á él para lo sucesivo; si, pues, se trata de violacion de las formas ó trámites cometida ante el juez inferior, ó las partes la habrán reclamado á su tiempo por medio del recurso ordinario de nulidad ante la audiencia, y entonces deberán estar irremisiblemente á su resultado, segun la l. 1. tit. 18. lib. 11. Nov. Rec. ó bien no habrán intentado aquel recurso y contentádose con el de la simple apelacion, en cuyo caso seria un contrasentido permitirles ejercer por la via estraordinaria y por ante el tribunal supremo un derecho que hubiesen voluntariamente renunciado, cuando podian ejercerlo por la via natural y ordinaria ante el tribual superior del territorio. — Parécele, por lo demas, al Sr. Pacheco que otro de los casos espresados en el art. tal vez hubiera debido suprimirse, el de denegacion de prueba, por ser propio de los juicios de primera instancia y de ninguna suerte de la de vista ni de revista; en los cuales, dice, no es por regla general sino en aquella en donde verifican sus pruebas los litigantes, ni pueden ofrecerla y ministrarla ante el tribunal superior con la misma amplitud que ante el inferior ú ordinario; de donde infiere que habia en esto necesidad de que se modificasen las leyes de actuacion ó que dicho caso, el de denegacion de prueba, debió haberse redactado de otra suerte para que no arrojara la dificultad que ahora nace de su contexto. Permítasenos empero observar que no sabemos ver en todo lo dicho dificultad alguna, ni alcanzamos la razon por la cual hubiese de redactarse el art. en otros términos. Por mas que la facultad de hacer las pruebas se halle mas restringida en segunda y tercera instancia que en la primera, ni lo está mas que de un modo relativo, á saber, en cuanto se

la ofrezca en grado de vista ó revista por medio de testigos y sobre los mismos ó contrarios hechos á los que hubiesen sido objeto de prueba testimonial en la primera, ni deja de haber casos en que semejante restriccion ó prohibicion es absolutamente inaplicable, como en los de no haberse hecho prueba alguna ante el inferior, y sobre todo, aun cuando no se puedan ministrar despues aquellas pruebas que estan especial y relativamente prohibidas, hay siempre facultad amplia de articular nuevos hechos y hacer sobre ellos las pruebas que se quieran, como que este es otro de los principales objetos de las apelaciones y súplicas. Resulta, pues, que en segunda y tercera instancia lo mismo que en primera se pueden ofrecer y ministrar pruebas; y por consecuencia en aquellas del mismo modo que en esta puede causarse el agravio ó cometerse la nulidad de no admitir las que se ofrecieren siendo conducentes y admisibles. Si dicha nulidad se hubiere cometido por el Juez inferior, ¿no reconoce el mismo Sr. Pacheco que se ha dejado á cargo de la audiencia el reformarla? Y si se hubiere cometido por la audiencia, (en la firme y demostrada suposicion de que esto naturalmente puede suceder) ¿qué mas podia decir la ley que lo que ha dicho al consignar aquella nulidad entre las que dan lugar al recurso? Despues de decir: «por no haberse re»cibido el pleito á prueba debiéndose recibir, »ó por no haberse permitido á las partes ha»cer la prueba que les convenia, siendo con»ducente y admisible» ¿qué necesidad habia de añadir: por ej. «en los términos que pue»de serlo en segunda ó tercera instancia»? ¿Qué dificultad puede haber en sobreentenderlo asi, lo mismo que si espresamente se hubiese declarado?

La dificultad que verdaderamente ofrece ese art. ó mas bien el 5? del decreto está mas bien en la tercera de las cuestiones que antes hemos dejado propuestas, ó sea, en determinar cómo deberá hacerse la oportuna reclamacion de la nulidad en la instancia en que se la hubiere cometido; reclamacion que en el mismo art. se prescribe como requisito indispensable para poder intentarse despues el competente recurso contra la sentencia ejecutoria definitiva. ¿Deberá la parte agraviada contentarse con una simple protesta y con anunciar el recurso de nulidad en el acto de notificársele, por ej. el auto en que se le haya denegado la prueba ofrecida, ó al advertir que el auto de prueba no ha sido oportuna y debidamente notificado ó que ha sido proferido sin la previa y necesaria citacion? Pero dicho auto de denegacion de prueba es legalmente suplicable, y se entiende por consiguiente consentido por el que, pudiendo hacerlo, ha dejado de interponer del mismo el recurso de suplicacion; fuera de que, es principio inconcuso en derecho el de que no se puede apelar á remedios estraordinarios, mientras por los ordinarios pueda conseguirse el propio objeto que con aquellos se trata de obtener. ¿Deberá, pues, intentarse la suplicacion ordinaria en tiempo y forma de semejantes providencias? Pero entonces, ó bien en grado de revista quedará reparada la injusticia ó subsanados los defectos de que se hubieré reclamado, en cuyo caso dejará de tener objeto el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva; ó bien resultará confirmada la providencia de que se hubiere suplicado; y cuando esto sucediere, vendrá á quedar declarado por una sentencia (que, aunque interlocutoria, causará ejecutoria) que eran inconducentes ó inadmisibles los estremos ofrecidos á prueba ó no susceptible de ella la cuestion que era objeto del litigio: y si el recurso de nulidad no ha de fundarse simplemente en la inadmision de prueba, sino en la inadmision de ella siendo conducente y admisible ¿cómo podrá intentarlo bajo semejante pretesto el litigante que haya sido vencido en el artículo ó incidente en que espresa y esclusivamente se ha ventilado y decidido aquel punto? De esta dificultad hemos tenido ya ocasion de ocuparnos al tratar de los recursos de nulidad de las sentencias de los ordinarios por ante las audiencias respectivas, y dejamos dicho á este propósito que, apenas puede, en nuestro concepto, ser admisible en ningun juicio ordinario el espresado recurso por denegacion de prueba ó por otros motivos semejantes. Creemos, empero, que no debe decirse lo mismo respecto de los recursos de nulidad de las audiencias por ante el tribunal supremo. Estos últimos por una razon de conveniencia y alta moralidad que aplauden muy justamente los SS. Bravo Murillo y Pacheco, no ha querido la ley que se interpusiesen, sino despues de haberse reclamado sin efecto la nulidad en que se tratase de fundarlos; porque, como observa muy bien el primero de los citados Sres., «ni es justo tener á los tribuna«les y jueces en perpetua ansiedad dejando al «arbitrio de los litigantes el reclamar, sin res«triccion ni limitacion alguna de tiempo, los «defectos que tal vez inadvertidamente pue«den aquellos cometer; ni es conveniente que «pudiendo subsanarse una falta por el mismo «que incurrió en ella, se permita, sin recla«mar ante él, recurrir á otro tribunal y ape«lar á un remedio estremo; ni puede en fin «permitirse sin ofensa de la moralidad y sin «faltar al decoro debido á la magistratura, que «el litigante que advierte un defecto, muchas «veces consentido y muchas provocado por «él, use de la perfidia de esperar á la deter-

«minacion final del negocio, para, si le es «contraria reclamarla por el defecto consenti- «do, y conformarse con ella si le es favora- «ble.» Hé aqui por qué se ha establecido la necesidad de la previa reclamacion y por qué no debe reducirse aquella á una simple y pasagera protesta; ya porque, si esto bastase, se frustraria muy fácilmente el objeto que la misma ley se propone, ya tambien porque esto seria dar márgen á que los interesados deseosos siempre de apelar á los remedios mas estraordinarios despreciasen el ordinario de la suplicacion y prefiriesen acudir al Tribunal supremo por un defecto ó nulidad que hubiera podido subsanarse mas sencillamente. Creemos, pues, que dicha reclamacion habrá de consistir en haber agotado todos los medios ordinarios antes de intentar el recurso por ante el tribunal supremo, y parécenos tambien que no se oponen á esta diligencia las consideraciones que antes hemos espuesto. Si la parte, por ej., á quien se hubiere denegado la prueba, suplicare de esta denegacion y resultare confirmada, no hay duda que este fallo de revista, aunque interlocutorio, causará ejecutoria. Mas ya hemos visto antes que tambien contra las interlocutorias de revista se concede el recurso de nulidad cuando se refieren al fondo del negocio principal y son contrarias á una ley clara y terminante ó se ha infringido con ellas alguna doctrina legal. El auto de denegacion de prueba, el en que no se diese lugar á declararse el tribunal incompetente y otros de semejante naturaleza, mas bien que al fondo del negocio principal, se refieren á la ordenacion ó instruccion del juicio, pero de un modo que puede influir muy directa y trascendentalmente en definitiva; y por esto se ha permitido reclamar contra ellos, aunque causen ejecutoria, cuando se les haya dictado con infraccion de alguna ley que por precision debe ser de enjuiciamiento; mas no se ha autorizado el recurso de nulidad directa é inmediatamente contra dichas interlocutorias, sino contra las definitivas en que pueden haber influido; como si la ley hubiese previsto la posibilidad de que la parte misma que en la decision de un artículo previo ha sido perjudicada, se aquietase despues con la sentencia definitiva, por no serle esta tan perjudicial y gravatoria como tal vez habia temido al decidirse el incidente que parecia haber de influir en la misma: por manera que, á pesar de ser como es exacto é indudable, el que las cuestiones previas ó incidentales quedan por punto general irrevocablemente prejuzgadas por las dos sentencias interlocutorias conformes ó por la que en grado de vista ó de revista haya recaido sobre las mismas, esto empero debe entenderse con dos escepciones y sin perjuicio de poder intentarse en su caso y á tenor del art. 3º del decreto el recurso de nulidad contra las interlocutorias de revista, cuando se hubiere decidido con ellas alguna de las escepciones que hemos calificado de *esclusorias*, y de poderlo intentar tambien, á tenor del art. 4º, y respectivamente contra las definitivas, siempre que, promovida durante el juicio alguna cuestion previa, se la hubiere decidido con infraccion de las leyes ó reglas de enjuiciamiento á que se refiere dicho art. 4º.

Pero hay defectos de los mismos que en aquel art. se espresan que no siempre pueden reclamarse con la posibilidad legal de que la reclamacion tenga éxito ó produzca resultado alguno; los hay tambien de tal naturaleza, que es imposible materialmente el que se haya reclamado contra ellos antes de proferirse la sentencia ejecutoria. ¿Será tambien necesario en estos casos el que se cumpla con todo rigor lo prevenido en el art. 5º del decreto? ¿Dejará de poder intentarse en ellos el recurso de nulidad, siempre que no se hubiere cumplido el requisito de la previa reclamacion? Claro es que nó: porque esto equivaldria á cerrar enteramente la puerta á aquel remedio legal en algunos de los casos en que la misma ley espresamente lo autoriza, ó á hacerlo depender de una formalidad superflua y ridícula desde el momento en que fuese notoriamente imposible el que produjera resultado. Si, por ej. se hubiere pedido el recibimiento á prueba en la instancia de vista, y, declarado no haber lugar á ello, se hubiere confirmado dicha denegacion por la sala respectiva en méritos de suplicacion interpuesta de dicho interlocutorio; esta misma sala habrá de ser tambien la que conozca en grado de revista del negocio principal; ¿qué objeto podrá tener pues el promover nuevamente aquel artículo en dicha tercera instancia, cuando ya los propios magistrados que estarán conociendo en ella habrán manifestado sobre el particular su opinion por el mero hecho de haber confirmado el auto denegatorio de prueba? Y aun podrá suceder tambien en las audiencias donde no haya mas que dos salas que, suplicándose de nuevo de dicha denegacion, habrá de volver otra vez el artículo á la misma Sala que fue la primera en denegar la prueba. Si se profiriere la sentencia definitiva sin previa citacion de las partes ó de alguna de ellas ¿cómo será posible que se haya reclamado durante la instancia aquel defecto, si no puede haberse tenido noticia ni conocimiento de él hasta despues de estar dicha sentencia proferida y notificada? No puede dudarse, pues, como lo opinan los SS. Bravo Murillo y Pacheco, que la previa reclamacion de los defectos en el procedimiento y la reproduccion de la misma en la ulterior ins-

tancia, exigidas por el decreto, forzosamente dejarán de ser necesarias en aquellos casos en que no haya posibilidad legal de hacerlas ó de que tengan éxito. Y á este propósito es digno de notarse finalmente que en otro de los casos de nulidad espresados en el art. 4º no solamente faltan los términos hábiles para podérselo reclamar antes de la sentencia, sino tambien para poder intentarse contra esta el recurso de nulidad, aun presciudiendo de la imposibilidad de la previa reclamacion. Tal es el caso 5º ó sea el *de no haberse notificado* el auto de prueba ó *la sentencia definitiva en tiempo y forma*. Concebimos fácilmente que la falta de notificacion del auto de prueba importe una nulidad perjudicial en definitiva, porque con ella podrá haberse imposibilitado á la parte á quien hubiere dejado de hacerse la notificacion de ministrar las justificaciones que acaso le convenian. Pero si fuere la sentencia definitiva la que no se hubiere notificado ¿cómo y con qué objeto se intentará contra ella el recurso de nulidad? ¿Puede acaso llevársela legalmente á ejecucion ni causarse con ella á la parte á quien hubiere dejado de notificarse perjuicio alguno que no pueda repararse y dejarse sin efecto por otros medios mas fáciles y sencillos que aquel recurso tan estraordinario y sujeto á engorrosas restituciones y formalidades? Y sobre todo, la falta de la notificacion de una sentencia definitiva ó la inobservancia de los requisitos que deben acompañarla ¿puede ser motivo de que se invalide y declare nula la misma sentencia? Mucho nos engañamos, ó semejante infraccion de las leyes de enjuiciamiento no pudo haberse continuado entre las que dan lugar al recurso contra las ejecutorias, sin una aberracion de los principios que rigen en la materia, sin olvidar que una notificacion omitida ó hecha sin las debidas formalidades no invalida aquellas mismas providencias ó procedimientos que hayan debido notificarse, sino los ulteriores que á pesar de aquel defecto se hayan ido practicando si fueren tales que, sin haberse hecho la notificacion legítimamente, no se podian practicar. Asi está espresamente declarado en el art. 4º de la ley de 31 de mayo de 1837, la cual no quiso indudablemene derogarse con el decreto de 1838: y asi lo reclamaban los mas constantes principios de equidad y de justicia, ya que la omision ó informalidad de una notificacion no puede imputarse al juez ó tribunal que ha proferido la providencia notificable, sino al escribano encargado esclusivamente por la ley de practicar en el modo y tiempo debidos aquella diligencia: y seria por lo tanto dar un desaire inmotivado al tribunal el anular sus providencias por un defecto en que no ha tenido parte y que es posterior á la misma providencia é independiente de ella: seria sobre todo un desaire inútil porque, imponiéndose al escribano la pena conminada por la ley, obligándole al resarcimiento de los perjuicios ocasionados á las partes y declarándose nulo todo cuanto se hubiere practicado indebidamente despues de la época en que hubo de haberse hecho la notificacion, cumpliéndose, en una palabra, lo prevenido en la citada ley de 31 de mayo, queda satisfecha la justicia, atendidos todos los intereses y reparados todos los agravios, pudiendo y debiéndose proceder en tal estado á hacer la notificacion, que ya no podrá calificarse de tardía, pues por la declaracion de nulidad se habrán repuesto las cosas al prístino estado que tenian ó debian tener luego de haberse pronunciado la providencia de que se trata. Insiguiendo estos mismos principios declara la propia ley de 31 de mayo que, ni aun á la nulidad de los procedimientos ulteriores podrá darse lugar, siempre que la persona á quien debió haberse hecho la notificacion, por algun escrito posterior ó en diligencia judicial practicada por ella, se hubiese manifestado sabedora de la providencia y no hubiese reclamado la notificacion formal, en cuyo caso debe esta tenerse por hecha y por subsistentes las actuaciones ó procedimientos espresados. Asi tambien creemos que, siendo una sentencia definitiva de un tribunal superior la que hubiere dejado de notificarse, tan luego como se tratare de ejecutarla ó llevarla á efecto, ó dejará de reclamar el interesado la falta de notificacion y se opondrá á la ejecucion por otros medios, en cual caso se tendrá aquella por notificada; ó pedirá que se declare nulo todo lo posteriormente practicado y se repongan las cosas al ser y estado debidos, á fin de que, procediéndose á la notificacion, pueda el notificado utilizar los términos y remedios que le competan para impugnar la sentencia ó impedir su cumplimiento. Si el tribunal accede, como deberá acceder, á tan justa peticion, quedará por el hecho mismo reparado todo el mal y desaparecerá todo motivo de queja: y si la demanda de nulidad fuere desatendida, contra esta denegacion podrá el interesado utilizar los recursos de la ley, pero de ninguna manera contra la sentencia misma, cuya *ejecutabilidad* solamente (permítasenos esta palabra) puede depender y depende de la circunstancia de haber sido debidamente notificada; mas en cuanto á su valor legal é intrínseco es del todo independiente de la notificacion.

El recurso de nulidad, segun el artículo 7º del decreto, debe interponerse en el tribunal superior *à quo* dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion de la sentencia que cause ejecutoria, por escrito firmado de letrado

en que se citen la ley ó doctrina legal infringidas, y por procurador autorizado con poder especial. Y si careciese de él, y su principal estuviese ausente deberá manifestarlo así, protestando presentar dicho poder, cuya presentacion deberá verificar en dicho caso dentro el término *improrogable* que al tribunal le parezca necesario segun las distancias y estado de las comunicaciones. El Sr. Pacheco, haciéndose cargo de la palabra *improrogable* que se lee en el citado art. indica varios casos ó acontecimientos fortuitos que pueden impedir absolutamente el que se reciba el poder que se esperaba para presentarlo con oportunidad, como el de haberse quemado ó sorprendido la correspondencia cuando se le remitia al procurador, y otros análogos: y concluye que mediando alguna de dichas circunstancias no debe tener el tribunal inconveniente en suspender ó *dilatar* su primer plazo no obstante la cualidad con que le mandaba la ley que lo concediera: en cuyo concepto añade que «cuando hubiere motivos legítimos tan fáciles de concebir como de suceder, no debe tenerse reparo en pedir la suspension ó *próroga* del plazo concedido, ni el tribunal en acordarlo por *alguno de estos dos medios.*» Estamos conformes en el fondo con esta opinion porque nos parece fuera sobradamente injusto el que en tales casos y por causas tan imprevistas é inculpables se dejara de admitir el recurso, ni podemos concebir que la ley haya entendido prohibir el que se las tuviese en consideracion: mas no convenimos en los términos con que esplica el Sr. Pacheco su doctrina como una relajacion del rigorismo adoptado en esta parte por la ley: antes bien nos parece muy conciliable la estricta aplicacion de su contexto con las razones de conveniencia que indica aquel distinguido comentador. No es lo mismo conceder la *próroga* ó *suspension* de un término legal ó judicial por causas equitativas ó probables que se aleguen *à priori*, para obtener aquella concesion, ó declarar *à posteriori* suspendido ese mismo término por causas necesarias ó legítimos impedimentos cuando estos hayan ocurrido ya de hecho, y se ofrezca justificarlos. Esto último no viene á ser mas que una práctica aplicacion del principio de derecho *contra legitimè impeditum non currit tempus,* principio que en tanto debe entenderse con los plazos ó términos fatales ó improrogables, como que precisamente para estos ha debido ser inventado y sancionado por las leyes, toda vez que los que son legalmente susceptibles de próroga ninguna necesidad habia de que les considerase suspendidos por legítimo impedimento: de todo lo cual se infiere que en realidad el haberse establecido en el art. que haya de ser improrogable el término que se concediere para presentar el poder especial en ausencia de los interesados no impide que se le declare suspendido siempre que hubieren mediado justos impedimentos, pero que dicha suspension no puede calificarse, como la califica el Sr. Pacheco, de *dilatacion* ó *prórroga,* ni puede declararse ú otorgarse *à priori* por la sola enunciacion ó posibilidad de los impedimentos, sino despues de ocurridos estos y prévia la correspondiente justificacion de los mismos, debiendo ser de aquellos que se conocen legalmente por *causas necesarias* y no bastando que sean de las *probables*, por mas justo y equitativo que parezca el que se las tome en consideracion.

El art. 8º previene que á la admision del recurso deberá preceder por parte del que lo interponga el depósito de 10,000 rs. vn. ó, en lugar de este, una fianza suficiente pero en doble cantidad; de cual requisito estan dispensados los fiscales de S. M. cuando sean ellos los que intenten el recurso, y tambien los particulares que hubieren litigado como pobres; bien que estos deberán obligarse en escritura pública ó en los autos á responder de la espresada suma cuando llegaren á mejor fortuna. No se espresa en el decreto cuál haya de ser la fianza suficiente que ha de prestarse cuando no se depositen los diez mil reales; por lo cual creemos con los SS. Pacheco y Bravo Murillo, que deberá admitirse del mismo modo la fianza fidejusoria que la caucion real; y que habrán de seguirse y adoptarse para calificar la idoneidad ó suficiencia de las que se ofrezcan los propios trámites y principios que en los demás casos en que por derecho comun han de asegurarse las resultas del juicio: y que deberá hacerse el depósito ó respectivamente haberse prestado la fianza dentro el término que al efecto señalare el tribunal *à quo*, ya que la ley ninguno ha establecido.

A tenor del art. 9º, interpuesto el recurso con arreglo á los artículos anteriores, le admitirá *sin mas trámites* el tribunal *à quo*, y mandará remitir al supremo el todo ó la parte de autos que se estime conducente, prévia citacion de los interesados para que comparezcan á usar de su derecho dentro de treinta dias contados desde el en que se les notificare el auto de admision y emplazamiento: debiendo ser dicho término de cincuenta dias para los recursos que se interpongan de la audiencia de Mallorca; y de sesenta para los de Canarias: y la remision deberá verificarse entregando originales á la parte recurrente *de conformidad con la contraria*, y con la obligacion de satisfacer previamente los portes de correo, la pieza ó piezas que se consideren bastantes para su determinacion: pero habiendo siempre de acompañarse, 1º, el me-

morial ajustado en copia autorizada, 2º, originales ó en copia literal, si existieren en otra pieza, la sentencia que causó ejecutoria la reclamacion de nulidad y todo lo relativo á la interposicion y admision del recurso, con un informe en que el tribunal manifieste los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo. A varias cuestiones y dificultades ha dado tambien lugar el art. que acabamos de transcribir: cuestiones que resuelven casi con entera uniformidad los ilustrados escritores que han comentado el decreto, á cuyas doctrinas muy poco ó nada tenemos, por nuestra parte, que añadir, y nos limitarémos en consecuencia á esponerlas y reproducirlas por su órden. El tribunal *à quo* debe admitir los recursos que se interpongan con todos los requisitos y formalidades al efecto prevenidas por la misma ley. Esto da bien claramente á entender que dicho tribunal ni aun tiene arbitrio para deliberar y decidir *en justicia* sobre la admisibilidad ó inadmisibilidad de los recursos que se interpongan, como no sea para declarar si se han cumplido ó no los requisitos estrínsecos al tiempo de intentarlos, pero de ninguna manera podrá desecharlos por inmotivados ó emulatorios ó á pretesto de no ser la sentencia ejecutoria contraria á ley clara y terminante ó de no haberse infringido ley alguna de enjuiciamiento: si semejantes facultades se hubiesen atribuido al tribunal *à quo*, se habria en cierto modo desvirtuado el recurso, y se habria consignado una exigencia bien superflua y hasta inmoral, por ser evidente que ningun tribunal cree fallar contra la ley ó contra las doctrinas legales ni con infraccion de los trámites del juicio, ó que si tal hubiese hecho con deliberada intencion no podria esperarse que el mismo lo declarase despues de haberlo hecho. Podrá sí el tribunal *à quo* desestimar el recurso por habérsele interpuesto fuera de término ó sin poder especial ni protesta de presentarlo, sin firma de letrado ó sin citar la ley ó doctrina infringida ó sin el previo depósito ó fianza, ó sin haberse oportunamente reclamado el defecto de tramitacion en que se apoyase el recurso; y aun creeríamos que le cabria igual facultad cuando fundase la inadmision en no ser ejecutoria la sentencia contra la cual se recurriese, ó en ser esta meramente de *vista* cuando se intentase el recurso por los motivos espresados en el art. 3º En segundo lugar, previénese en el art. 9º que la admision del recurso haya de proveerse *sin mas trámites*; espresion que les ha parecido ambígua y de difícil aplicacion á los comentadores que nos han precedido, bien que todos convienen en que no debe entendérsela tan al pie de la letra que queden absolutamente escluidos los *trámites* necesarios para ver y determinar, con audiencia de las partes, si se han cumplido ó no los requisitos que prescribe la ley, y si se les ha cumplido en el tiempo y en la forma debidas. A esto empero puede añadirse todavía que dicha interpretacion no solo está indicada en efecto por las mas atendibles é imperiosas razones de conveniencia, sino que está enteramente de acuerdo con el literal contexto del art. 9º, y mas que interpretacion es la fiel y exacta esposicion de lo que por el mismo se establece. Obsérvese que no se dice en él que haya de admitirse el recurso sin trámites de ninguna especie, sino sin *mas* trámites; espresion que supone la preexistencia de otros admitidos y autorizados por la ley y distintos de los que se escluyen por la misma; y obsérvese tambien que el tribunal no ha de admitir el recurso una vez interpuesto, sino una vez lo sea *con arreglo á los arts. anteriores.* Solo entonces tiene el tribunal la obligacion de admitirlo *sin mas trámites*: pero antes debe cerciorarse de si estan ó no cumplidas aquellas condiciones, y para adquirir ese previo conocimiento no prohibe la ley directa ni indirectamente que se observen los trámites propios de semejantes artículos, ni que se oiga á la parte en perjuicio de la cual se interponga el recurso y que tiene un interes en intervenir en la efectividad y apreciacion de las circunstancias esteriores ó de la forma en que la ley únicamente lo ha autorizado, ni que se admitan aunque sumariamente las pruebas ó informaciones que en algunos casos podrán ser necesarias, como en el de haberse promovido cuestion sobre la idoneidad del fiador propuesto para asegurar las resultas del recurso. Asi lo hemos visto observar por alguno de nuestros tribunales superiores, y no dudamos que esa será la práctica universalmente adoptada por los demás. En tercer lugar, al establecer el art. 9º la forma con que ha de verificarse la remision de los autos ó parte de ellos al tribunal supremo, previene que hayan de entregarse á la parte recurrente *de conformidad con la contraria.* ¿Que deberá hacerse empero cuando esa conformidad no existiere por oponerse la parte contraria á que se confie á la recurrente la conduccion de los autos? Creemos, con el Sr. Pacheco, que el mismo tribunal *à quo* habrá de decidir esa diferencia cuando se sucitase, segun las circunstancias del caso que ocurriere; si bien podria sospecharse no sin algun fundamento, si, al exigir la ley esa conformidad para poder entregarse los autos al recurrente, habrá querido tal vez conceder á la parte contraria el derecho facultativo de oponerse á ello sin necesidad de motivar su oposicion, ó á lo menos sin haber de justificar las causas en que la fundare.—En

cuarto lugar, se señalan tambien en este art. los términos respectivos segun las distancias, dentro los cuales han de comparecer las partes ante el Tribunal supremo, y la época ó actuacion desde la que deberán empezar á contarse los espresados términos, qué es el dia en que se notificare el auto de admision y emplazamiento. Á propósito de esto último y en el concepto de que los plazos señalados no son tal vez bastante largos, recuerdan los SS. Goyena y Aguirre en su Febrero la práctica que, dicen, habia prevalecido respecto del antiguo recurso de segunda suplicacion, en la cual acostumbraban á contarse los cuarenta dias para comparecer ante el Consejo desde el dia en que se verificaba la entrega de los autos al recurrente y no desde el de la notificacion del auto de admision, como lo prevenia tambien la letra de la ley. No hay duda que las dilaciones que pueden ocurrir y á veces ocurren en la saca de testimonios ó compulsas que en ciertos casos ha de practicarse, podrá retardar sin culpa de los litigantes la comparecencia de estos ante el Tribunal Supremo; por cuyo motivo hubiera sido quizas mas acertado declarar que no empezará á correr el término hasta la entrega de dichos autos ó que hasta verificarse esta no se practicarán los emplazamientos: pero enemigos declarados de establecer precedentes contra las terminantes disposiciones de la ley, sin una necesidad notoria é indeclinable que los autorice, creemos que seria abusivo é ilegal adoptar la antigua práctica observada en las segundas suplicaciones, mayormente cuando, habiendo debido tenérsela presente al redactar el decreto de 1838, no se la autorizó en él directa ni indirectamente, y considerando ademas que, antes de infringir la letra terminante de dicho decreto, puede sin dificultad admitirse la suposicion de que las partes estan obligadas á comparecer ante el tribunal Supremo aunque no se hayan remitido á este los autos á que se refiere el recurso, lo cual aunque anómalo no importa ningun absurdo, ó bien la de que si se considera á las partes legítimamente impedidas de comparecer mientras no se hayan remitido los autos en méritos de los que debe hacerse la comparecencia, aquel impedimento habrá de ser, á tenor de los principios generales, causa legal y bastante para declarar suspendido el término señalado por la ley para la comparecencia.—En quinto lugar, se establece en el art. que deben remitirse al tribunal Supremo ó la totalidad de los autos ó la parte de ellos que se juzgue necesaria ó conducente para la decision del recurso. »Semejante eleccion» dice muy acertadamente el Sr. Pacheco, «cuando hubiere lugar á ella, debe »hacerse por la audiencia ó tribunal *à quo*; »pero tampoco debe dudarse que si cualquiera »de los interesados creyese que no basta con »la parte de las actuaciones que señale el tri»bunal, y que es necesario remitir alguna »otra pieza, tendrá el derecho de reclamarlo, »y el tribunal la obligacion de acceder á ello:» y mas adelante añade el mismo escritor de acuerdo con el Sr. Bravo Murillo, que »cuan»do el tribunal Supremo no crea bastante la »parte de autos que le hubiere sido remitida »para ilustrarse y juzgar con acierto el recur»so..., innegable es su derecho, bien de oficio, »bien á instancia de alguna de las partes, para »mandar que se le remita todo lo restante de »los autos.»

Declárase en el art. 10º del decreto que la sentencia de que se interponga recurso de nulidad se ejecutará, si lo solicitare la parte que la obtuvo, dando *fianzas suficientes* de estar á las resultas; debiéndose sacar para dicho efecto los testimonios oportunos: sobre cual declaracion no puede ocurrir dificultad alguna como no sea la de determinar, cuáles hayan de ser las fianzas que por la ley se califican de suficientes para que, mediante las mismas, deba llevarse á ejecucion la sentencia reclamada: sobre lo cual discurre estensamente el Sr. Pacheco, y de acuerdo en un todo con él en esta parte, nos contentarémos con añadir que, pues en el art. del decreto que estamos examinando no se ha hecho mas que aplicar á los recursos de nulidad un principio de derecho comun, cual es el de que deben llevarse á ejecucion mediante fianza las providencias de las cuales se haya admitido algun recurso en el solo efecto devolutivo, las propias reglas comunes y ordinarias deberán regir en los recursos de nulidad, que rigen en los demas para apreciar y calificar la suficiencia de las fianzas ofrecidas para asegurar las resultas del recurso admitido en los términos espresados.

Art. 11º El auto en que se deniegue el recurso de nulidad por el tribunal *à quo* es apelable para ante el Supremo. Si se interpusiese la apelacion, el tribunal *à quo* mandará sacar testimonio de lo conducente por señalamiento de los interesados, y lo remitirá al Supremo dentro de los quince dias inmediatos al en que se les hubiese notificado el auto de que se apeló, emplazando á las partes para que se presenten á usar de su derecho en dicho Tribunal dentro del término respectivamente señalado por el artículo anterior (debe ser el 9º). El tribunal supremo, previa entrega de los autos á las partes para el solo efecto de que informen el dia de la vista, decidirá definitiva é irrevocablemente este incidente. A dos diferentes cuestiones puede dar lugar el literal contexto de este artículo: 1ª ¿Es tambien apelable el auto en que el tribunal *à quo* admita el recurso? 2ª ¿Dentro qué término ha-

brá de interponerse la apelacion espresamente autorizada por el decreto? Sobre lo primero difícilmente podria decirse mas de lo que ha dicho el Sr. Bravo Murillo en su precioso comentario copiado tambien, en esta parte, por el Sr. Pacheco. «En cuanto á la parte del art. «por la cual se declara apelable el auto denegatorio del recurso de nulidad, no podemos «menos de notar que no se haya hecho la «misma declaracion respecto del auto en que «aquel recurso se admite. La razon para lo «uno y para lo otro debió ser la misma, por«que igual injusticia puede cometerse dene«gando un recurso que proceda, que admi«tiendo el que no proceda. Sin embargo, no «concediéndose la apelacion en este último ca«so, no puede interponerse ni admitirse con «legalidad, porque no se puede conceder ni «admitir ningun recurso que la ley no conce«da espresamente. Por esto es necesario supo«ner concedido otro remedio para enmendar «ó evitar la injusticia que resultaria de haber «de faltar un recurso ilegalmente admitido; y «este remedio es el de conceder al litigante «agraviado por la providencia en que se ad«mitió el recurso, el derecho de pedir; y al «tribunal supremo la facultad de declarar que «no debió ser admitido, sin hacer declaracion «alguna sobre la cuestion principal, y man«dando devolver el depósito ó cancelar la fian«za..... Si dichas reclamacion y declaracion «podrán ser materia de un incidente previo «que se sustancie y decida con audiencia por «escrito de una y otra parte, ó si solo deberá «hacerse la primera de palabra en el acto de «la vista del recurso, la cual no se evite so«bre la cuestion principal: es cosa que, en «falta de una declaracion del legislador, de«berá ser objeto de las decisiones del tribunal, «las cuales formarán jurisprudencia sobre este «punto.»— Relativamente al vacío que se observa en este art. acerca el término, que no se ha prefijado en él, dentro del cual haya de interponerse la apelacion, no vemos que hayan hablado de él los que nos han precedido en este comentario. Y sin embargo no son, en nuestro concepto, enteramente despreciables las dudas que, en vista del mismo, pueden ocurrir. Puesto que los recursos que la ley concede á los litigantes para reclamar la *injusticia* de los fallos de las audiencias se conocen con el nombre de suplicaciones, es una novedad en la nomenclatura comunmente recibida el haberse calificado de *apelacion* el que puede intentarse contra la inadmision del recurso de nulidad. Pero ese distinto nombre ¿importará tambien una diferencia en el fondo y podrá dicho recurso interponerse dentro el término de los cinco dias que es el término ordinario de las *apelaciones*, ó habrá de intentársele dentro de los tres dias siguientes á la notificacion, que es el señalado por la ley para las suplicaciones de los autos interlocutorios? Nada sobre este particular se ha declarado en el decreto; y nó porque nos parezca esa cuestion teórica fácil de resolver, sino porque en casos dudosos conviene siempre adoptar la opinion mas favorable al derecho de las partes, creemos que deberá entenderse concedido el término mas dilatado de cinco dias; cuya interpretacion, ademas, es mas conforme con el literal contexto de la ley y con la denominacion especial de *apelacion* con que ha querido designar al recurso de que nos ocupamos.

Los arts. siguientes hasta el 23. inclusive tienen por objeto establecer el órden con que se debe proceder á la sustanciacion y decision del recurso de nulidad ante el tribunal Supremo, bien hayan comparecido oportunamente las partes ó dejado de comparecer, en esta forma: art. 12. Recibidos los autos en el tribunal supremo y pasado el término del emplazamiento *sin que se haya presentado la parte recurrente*, se declarará *á peticion de la contraria* por desierto el recurso, condenando al que le interpuso al pago de las costas causadas, y á la pérdida de la mitad de la cantidad depositada ó de que se obligó á responder: cuya cantidad se aplicará segun se previene para la del todo en el art. 22.=art. 13. Presentándose las partes en el tribunal Supremo por medio de procurador, se les entregarán los autos para instruccion de sus letrados por un término suficiente, con tal que no pase de 30 dias á cada una.=art. 14. Devueltos los autos y hecho, si se pidiere, el cotejo del memorial ajustado, se señalará dia para la vista del recurso, y se procederá á ella citadas las partes.=art. 15. Concurrirán siete jueces á la vista y determinacion de estos recursos. Á la de los que se interpusieren de las sentencias y actuaciones de la sala de justicia del tribunal especial de Guerra y Marina, asistirán los ministros y fiscal togado de la misma, que no hayan entendido en el negocio; tomándose del supremo de justicia los restantes hasta completar dicho número. =art. 16. La sentencia se pronunciará dentro de los 15 dias siguientes al de la vista. Contra ella no se admitirá recurso alguno.=art. 17. En la sentencia se hará espresa declaracion de si ha ó no lugar al recurso, esponiéndose los fundamentos legales del fallo.=art. 18. Cuando se declare haber lugar al recurso por ser el fallo contrario *á ley espresa y terminante*, el tribunal supremo devolverá los autos al tribunal *á quo*, para que sobre el fondo de la cuestion determine en última instancia *lo que estime justo* por siete ministros que no hayan intervenido en los anteriores fallos.=art. 19. Cuando se declare haber lugar al recurso por

infraccion de las leyes de enjuiciamiento de que trata el art. 4º, se devolverán los autos al tribunal *à quo* para que reponiendo el proceso al estado que tenia antes de cometerse la nulidad, lo sustancie y determine con arreglo á las leyes por ministros diferentes de los que tomaron parte en los fallos anteriores.=art. 20. Si la declaracion de nulidad recayere sobre autos seguidos en el tribunal de Guerra y Marina ó en audiencias que no constaren del número necesario de ministros hábiles, se remitirán por el tribunal supremo para los efectos espresados en los dos arts. precedentes á la audiencia mas inmediata.=art. 21. Contra el fallo del tribunal *à quo* ó del inmediato en procesos devueltos ó remitidos por consecuencia de la declaracion de nulidad, no habrá lugar á recurso alguno, *salvo el de responsabilidad* contra los ministros que lo dictaren. Aunque estos incurrieren en ella, su determinacion será siempre firme, y tendrá fuerza de cosa juzgada entre los litigantes.=art. 22. Siempre que se declare no haber lugar al recurso, se condenará al recurrente en las costas y en la pérdida de la suma depositada ó de que se obligó á responder. Esta cantidad se repartirá por mitad entre la parte contraria y el fondo de penas de justicia.=art. 23. En la Gaceta del Gobierno se publicarán los fallos del tribunal supremo relativos á los recursos de nulidad, y los que dictaren los superiores á quienes se devolviere el conocimiento de los autos anulados.

Espondremos por su órden las dudas y cuestiones que en la aplicacion de las referidas disposiciones se ha considerado que podian ocurrir, ó irémos tambien emitiendo nuestro parecer sobre cada una de ellas.—Primera, el término señalado por el decreto para la comparecencia de las partes ante el tribunal supremo bajo apercibimiento al recurrente de declararse por desierto el recurso si no lo verificare ¿debe entenderse tan rigurosamente fatal que haya de hacerse efectiva la pena conminada ó sea la desercion por el solo transcurso de dicho término, y aun cuando la parte recurrente haya comparecido despues de espirado aquel y antes que la contraria hubiere reclamado por su incomparecencia? Los SS. Bravo Murillo y Pacheco resuelven de conformidad esta cuestion por la negativa; y muy acertadamente en nuestro concepto, porque el entender y aplicar de otra manera la disposicion de dicho art. 12. seria contrariar la equidad y los principios no menos que la práctica generalmente recibida en órden á la desercion de recursos legítimamente admitidos; y ademas apenas lo consiente el literal contexto del mismo art., en el cual se establece que haya de darse por desierto el recurso *á peticion de la parte contraria*; de donde se infiere que no podrá hacerse la referida declaracion de oficio, ni se incurrirá en la desercion *ipso jure*, ni por consiguiente podrá solicitarla y obtenerla la parte á quien interese, cuando haya sido prevenida por la comparecencia del recurrente, en cuyo caso habrá este adquirido un derecho á utilizar el recurso, ya que se haya presentado antes de declarársele desierto. = Segunda cuestion; ¿Qué deberá decirse cuando no sea la parte recurrente, sino la vencedora la que no hubiere comparecido dentro el término señalado por la ley? Tambien sobre este punto se hallan enteramente conformes los dos distinguidos escritores, á quienes tantas veces nos hemos referido, y opinan que en tal caso deberá estarse á las reglas y práctica que se observan en los negocios y procedimientos comunes ú ordinarios, cual es la de seguirse respectivamente la sustanciacion en rebeldía de la parte no compareciente, oyéndosela empero siempre que se presentare antes de la vista: y añaden en corroboracion que asi estaba espresamente dispuesto en el proyecto de ley, mas previsor en esta parte que el decreto vigente, que fue aprobado por el congreso de diputados de **1838**. y no llegó á obtener la sancion Real, para publicarse y ponerse en planta. = Tercera cuestion; El haberse de sustanciar los recursos de nulidad verbalmente y sin alegaciones por escrito ¿debe entenderse tan rigurosamente y al pie de la letra que en ningun caso sea lícito presentar y admitir escrito alguno ni aun con referencia á incidentes estraños al punto principal que acaso hubieren sobrevenido? Puede suceder, en efecto, que alguna de las partes tenga por ilegítimos los poderes con que se haya presentado el procurador de la otra, puede que alguno de los defensores, conceptuando insuficientes para tomar el debido conocimiento del negocio y decidir el recurso, las piezas de autos que al efecto se han remitido y le han sido comunicadas, crea interesante y necesario pedir que se reclamen otras; puede ocurrir tambien, y segun el señor Pacheco ha ocurrido practicamente el caso de advertirse por los defensores algun defecto ó alteracion sustancial y sospechosa en los autos originales ó testimonios remitidos, y otros incidentes en fin de semejante naturaleza que, sin influir directamente en la cuestion ó cuestiones que son objeto del recurso, es indispensable tomarlos en consideracion y resolver acerca de ellos lo que corresponda antes de fallar el negocio definitivamente. Esta necesidad es sobre todo incuestionable en el primero de los casos que acaban de citarse ó sea en el de ponerse en duda la legitimidad de los poderes. ¿Cómo puede negarse á cada una de

las partes el derecho de pedir sobre ese particular una previa y especial declaracion? Y si semejante incidente se promoviere ¿cómo podrá prescindirse de sustanciarlo por escrito? Otro caso puede ofrecerse mas verosímil todavía y en el que aumenta la necesidad de separarse de la rigurosa tramitacion prescrita por el decreto. Supóngase que despues de remitidos los autos al tribunal supremo, si se quiere despues de comunicados á las partes y antes de procederse á la vista, muere alguno de los interesados. Luego que su fallecimiento llegare á noticia de su procurador, tiene este obligacion de ponerlo en conocimiento del tribunal, y de acreditarlo debidamente. ¿Cómo lo hará sin presentar un escrito, sin producir la fe de óbito, la carta tal vez en que se le haya participado aquel suceso? Despues deberá emplazarse á los herederos ó sucesores del difunto, ¿cómo acreditarán estos su calidad ó personalidad para gestionar en aquel negocio? Y si sobre esa misma calidad sobrevienen dificultades, si tratare de impugnarla la parte contraria ¿podrá negársele el derecho de ser oida? ¿Podrá siquiera tenerse por parte á los nuevamente comparecidos, sin comunicar á su adversario, aun cuando no lo haya pedido, los títulos ó documentos con que hubieren acreditado la sucesion? Todos estos casos no estan espresamente previstos por la ley, ni debian estarlo, porque pertenecen al dominio del derecho comun, y es demasiado sabido que todo juez ó tribunal que conoce de un negocio, puede y debe conocer de todas las incidencias y emergencias del mismo, para que esto haya de declararse especial y determinadamente respecto de cada uno de los jueces y tribunales que pueden irse creando é instituyendo y de cada uno de los procedimientos especiales que para ciertos negocios ó recursos establecen las leyes. Lo único, pues, que en el art. 12. del decreto se trató de prevenir fue que los recursos de nulidad hubiesen de decidirse y se decidiesen sin admitir *sobre su procedencia* nuevos documentos ni alegaciones escritas y con los mismos méritos sobre que hubiesen recaido los fallos reclamados. Mas ¿es esto decir que hubiesen de dejarse sin decidir los incidentes que siempre pueden ocurrir estraños á la cuestion principal y por circunstancias sobrevenidas, ó que cuando ocurrieran hubiese de sustanciárselos y decidírselos verbalmente y en el acto de celebrarse la vista sobre el fondo del recurso? Con sobrada razon, pues, opina el Sr. Bravo Murillo que en ciertas circunstancias podrá y deberá darse lugar á alegaciones escritas y aun á la práctica de las diligencias que convengan ante el mismo tribunal supremo, con suspension y separadamente de la vista del recurso de nulidad; añadiendo el señor Pacheco que asi lo solicitó en un caso práctico en que creia necesario consignar un hecho tan interesante, como la visible alteracion y enmienda de una parte sustancial de las actuaciones remitidas, y que asi volveria á solicitarlo en cualquiera otro caso de igual naturaleza, á pesar de no haber accedido á ello dicho supremo tribunal. Abundamos por nuestra parte en la misma opinion, y estamos convencidos de que no solo no es aquella doctrina opuesta al espíritu, pero ni aun á la letra terminante del decreto, ya porque en él, como no se han previsto los casos espresados ú otros parecidos, no puede decirse por lo mismo que se haya escluido de ellos el procedimiento que requieran según su naturaleza; ya porque, segun antes hemos indicado, aun teniéndolos presentes, era bien inútil hablar de ellos, porque allí solo se trataba de establecer la tramitacion propia y especial de los recursos en lo que constituye su especialidad: y bastaba guardar silencio sobre todos los demas incidentes comunes, para que se entendiese que debia regulárselos según los principios generales ó procedimientos ordinarios, en todo lo que se refiriesen á la personalidad de los litigantes, á su legítima representacion y demas circunstancias eventuales que pueden ocurrir y ocurren con frecuencia en toda actuacion judicial. Tambien en las apelaciones de los autos interlocutorios y de los recursos de nulidad establecidos por el art. 41. Reglam. prov. está establecido que las audiencias hayan de decidir sin otros trámites que los informes verbales de los defensores. Y sin embargo es práctica constante el admitir escritos sobre incidentes semejantes á los que quedan indicados. Hasta en el mismo decreto (art. 12.) se declara que por la incomparecencia del recurrente haya de darse por desierto el recurso *á peticion* de la parte contraria. Esta peticion previa es evidente que deberá hacerse por escrito: y hé aqui que, al regularizarse ese incidente, (único que la ley debia prevenir especialmente, porque es tambien especial de los recursos, ó á lo menos era necesario ó muy conveniente que se declarase si en los recursos de nulidad cabia la desercion lo mismo que en los de apelacion y súplica) se ha reconocido la necesidad de una alegacion escrita y de un previo pronunciamiento. — Cuarta cuestion: Cuando despues de admitido ó simplemente interpuesto el recurso y hecho el depósito ó prestada la fianza renunciare el recurrente á la prosecucion de aquel ¿deberá admitírsele la renuncia? y en caso afirmativo ¿cuáles serán sus efectos? La ley no ha previsto este caso: y por consiguiente nos parece debe resolvérsele en cuanto quepa con arreglo á los principios de derecho comun, á tenor de los cuales se-

ria indudablemente admisible semejante renuncia, obligándose empero al renunciante á indemnizar á la parte contraria y satisfacerle todas las costas que se le hubieren ocasionado por la interposicion del recurso. Pero ¿incurrirá tambien el recurrente en la pérdida del depósito lo mismo que si el recurso se hubiese declarado desierto? El silencio de la ley, en esta parte, equivale á una espresa relevacion de dicha pena, como si no se hubiese considerado igualmente merecedor de ella al que se presenta á desistir de su pretension por creerla infundada, que al que, desconfiando de su buen éxito, la desampara sin dar de ello conocimiento al tribunal y faltando al respeto que se le debe. — Quinta cuestion. El no haber lugar á recurso alguno contra el fallo del tribunal *à quo* ó del inmediato en procesos devueltos ó remitidos por consecuencia de la declaracion de nulidad segun lo previene terminantemente el art. 21 ¿escluye tan solamente la reiteracion del recurso sobre el mismo punto ó infraccion de ley ó de doctrina que fue objeto del primero, ó tambien el que tratase de intentarse sobre puntos distintos en el mismo negocio y fundado en nuevas infracciones? Sobre este particular apenas podemos hacer mas que reproducir en resúmen lo que con su acostumbrada exactitud y maestría han espuesto los propios SS. Pacheco y Bravo Murillo. La declaracion de nulidad puede proceder de que el tribunal supremo haya considerado al fallo reclamado contrario á alguna doctrina legal ó ley clara y terminante, ó bien de haberlo creido pronunciado con infraccion de las leyes de enjuiciamiento. Si es lo primero, necesariamente ha de recaer sobre el mismo punto que fue objeto del recurso el nuevo fallo que profiera la audiencia á quien se hayan devuelto ó remitido los autos: pero entonces podrá ser dicho fallo conforme á la opinion manifestada por el tribunal Supremo en los motivos en que hubiere fundado la declaracion de nulidad, ó podrá ser contrario á dicha opinion y conforme de toda conformidad con la misma sentencia de revista declarada nula (lo cual, aunque parece absurdo y contrario al objeto de la ley, está con todo autorizado directamente por la misma, como verémos luego). En ninguno de dichos casos podrá reclamarse nuevamente del espresado fallo ni intentarse contra él el recurso de nulidad, porque esto seria prolongar indefinidamente las actuaciones. Pero ¿qué deberá decirse cuando el nuevo fallo no sea conforme con las indicaciones del Tribunal supremo ni con la sentencia declarada nula? El Sr. Pacheco ha demostrado la posibilidad de que esto suceda en aquellos negocios graves y complicados, como suelen ser los en que se interpone el recurso, que no solo sean susceptibles esclusivamente de dos sentencias contradictorias, sino de muchas otras combinaciones entre los intereses y pretensiones encontradas que los constituyen. Y ¿podrá decirse en ese caso que el nuevo recurso de nulidad que acaso se intentare recaiga sobre la misma cuestion que fue decidida por el primero? De ninguna manera: antes es muy posible que se reclame con él la infraccion de una ley ó doctrina que antes no se tuvo presente: y por esto consideramos muy dudoso el que en la referida hipótesis hubiese de denegarse el nuevo recurso de nulidad, pues aunque está bien terminante la letra de la ley no dando lugar al mismo, parece con todo mas conforme á su espíritu el entenderla de modo que solo haya querido prohibir la reiteracion del recurso cuando este tuviere por objeto la misma infraccion ó causa de nulidad sobre la que haya recaido ya una decision del tribunal Supremo: bien que podria presumirse de otra parte que dicho caso, aun habiéndolo previsto los AA. del decreto, hubiesen tratado deliberadamente de comprenderlo en la prohibicion de reiterar el recurso, por lo muy arriesgado que hubiera sido el disponer lo contrario y la mucha facilidad con que hubiera podido abusarse de aquella disposicion y promoverse con ocasion de la misma interminables y emulatorias disputas: y tal vez lo tuvo presente tambien el Sr. Bravo Murillo, aunque lo pasó en silencio y opinó que, en el caso de haberse declarado la nulidad por infraccion de ley ó de doctrina, era conveniente no dar absolutamente lugar á reclamar otra vez la nulidad del fallo que despues de aquella declaracion se profiriese. Pero cuando la nulidad se hubiese declarado por infraccion de alguna ley de enjuiciamiento, devueltos los autos al tribunal *à quo*, no solo debe este reponerlos al estado que tenian cuando la nulidad fue cometida, sino proseguir despues el juicio por todos sus trámites hasta pronunciar otra vez el fallo que fue declarado nulo, no por defecto alguno intrínseco, sino por lo vicioso de los procedimientos que lo habian preparado y dado lugar á él. Ahora bien, este nuevo fallo ó sentencia, aun despues de purgado del vicio estrínseco por decirlo asi y accidental de que antes adolecia, podrá contener en el fondo ó en su parte dispositiva una infraccion de ley ó doctrina legal. ¿Podrá, pues, en tal caso intentarse contra él el recurso de nulidad con arreglo al art. 3º del decreto, asi como antes se le intentó con arreglo al art. 4º? ¿Podrá reiterársele tambien con arreglo á este mismo art. pero fundado en algun vicio de procedimiento distinto é independiente del que fue objeto del primero? En nuestra humilde opinion es tan obvia y senci-

lla la contestacion á las cuestiones que acabamos de proponer, que no merecen siquiera el nombre de tales, ni puede decirse que acerca de las mismas sean verdaderamente problemáticos ó ambiguos la letra ni el espíritu del Real Decreto. «Contra el fallo del Tribunal *à quo*, ó del «inmediato en procesos devueltos ó remitidos «*por consecuencia de la declaracion de nuli-* «*dad*, no habrá lugar á recurso alguno.» Hé aquí lo que dispone literalmente el art. 21: y fuera ciertamente necesario dar á esas palabras una torcida y violenta interpretacion, para creer que con ellas se haya querido aludir á otro fallo que á aquel que recaiga precisamente sobre el mismo punto ó cuestion que ya ha sido objeto del recurso y de la consiguiente declaracion de nulidad. Devueltos los autos declarados nulos por algun vicio en el procedimiento, el tribunal *à quo*, con arreglo al art. 19, ha de proveer que *se reponga el proceso al estado que tenia antes de cometerse la nulidad*, para sustanciarlo despues y determinarlo con arreglo á las leyes. Si otra cosa proveyere, ó si se resistiere á verificar la reposicion, contra esta providencia ó fallo no habrá lugar á recurso alguno, salvo el de responsabilidad, porque aquella providencia es verdaderamente la que se ha dictado *á consecuencia de la declaracion de nulidad*. Pero si intentado el recurso contra la sentencia de vista, y repuestos los autos, se profiriere de nuevo dicha sentencia en iguales ó distintos términos que la vez primera, si se suplicare de esta y en la de revista pretendiere alguna de las partes que se ha infringido una ley ó doctrina legal sobre el fondo del negocio, ó que se ha cometido algun nuevo defecto de sustanciacion oportunamente reclamado y distinto del que ya ha debido quedar subsanado, ¿cómo puede seriamente dudarse de si contra semejante sentencia podrá intentarse el correspondiente recurso? De ella puede decirse que ha sido proferida mas bien *con ocasion* que *á consecuencia* de la declaracion de nulidad; y debe considerársela lo mismo que si hubiese recaido sobre un negocio distinto que la primera, porque las diversas incidencias de un juicio, aun que todas conspiran á un mismo fin, son tan separadas é independientes unas de otras en cuanto á su índole y objeto especial, como dos juicios vertientes entre distintas personas y sobre diversos intereses. Supóngase que en un juicio declarativo de propiedad sobre adjudicacion de bienes fallado en las tres instancias separadas se ha intentado y decidido el recurso de nulidad sobre el fondo del negocio y ha recaido la cuarta sentencia que formará estado en cuanto á dicha adjudicacion. Supóngase tambien que en esta sentencia, como en las anteriores, se hubiere dejado pendiente de un ulterior juicio la liquidacion de frutos que pueden ser muy cuantiosos y ofrecerse acerca de aquella cuestiones muy graves y complicadas, por las cuales se hayan seguido otra vez las tres instancias ordinarias. ¿Pondrá nadie la menor duda en que la sentencia de *revista* que recayere sobre dicha liquidacion no está comprendida en el art. 21. del decreto, y que podrá intentarse contra ella un nuevo recurso de nulidad por cualquiera de los motivos espresados en el mismo decreto? Y sin embargo, será tambien «un «fallo del tribunal *à quo* en proceso devuelto «por consecuencia de una declaracion de nu- «lidad.» Nosotros no sabemos ver diferencia entre el caso que acabamos de proponer, y el en que, declarada ó desatendida por el tribunal Supremo la nulidad de una sentencia de vista ó de revista por algun defecto de enjuiciamiento, y devueltos los autos al tribunal *à quo*, se reclamara despues contra la nueva sentencia proferida por este último por ser contraria en el fondo á una ley ó doctrina legal ó por contener alguna nulidad en la forma, distinta de la que antes ha sido reclamada y declarada ó al contrario.—Sexta cuestion. Hemos dicho que despues de declarada nula una sentencia como contraria á ley ó á doctrina legal, podia suceder que el tribunal *à quo* volviese á decidir el negocio en los propios términos en que se le habia decidido por la sentencia declarada nula. ¿Es esto efectivamente posible y lo consiente la letra y el espíritu del decreto que estamos examinando? ¿Será legalmente válido semejante fallo cuya nulidad ha sido formalmente declarada por el tribunal que ejerce la suprema inspeccion y autoridad sobre los demas tribunales? Asi lo entiendo el Sr. Pacheco, y asi en efecto lo declaran poco menos que espresamente los artículos 18 y 21. del decreto, pues se establece en el primero que «declarándose haber lugar «al recurso por ser el fallo contrario á ley «clara y terminante, el tribunal Supremo de- «volverá los autos al tribunal *à quo*, para que «sobre el fondo de la cuestion *determine lo* «*que estime justo*» y en el 21 que «contra el «fallo del tribunal *à quo*.... no habrá lugar á re- «curso alguno; *salvo el de responsabilidad con-* «*tra los ministros que lo dictaren*» y se añade que «aunque estos incurrieren en ella, su de- «terminacion será siempre firme, y tendrá fuer- «za de cosa juzgada entre los litigantes.» Si en algun caso pueden los ministros del tribunal *à quo* incurrir en responsabilidad, será indudablemente en el de fallar contra las indicaciones del tribunal Supremo, ó sea, de declarar *válido* y legítimo lo mismo que aquel ha declarado *nulo* y ha dejado una vez sin efecto. Y sin embargo para ese caso precisamente, de responsabilidad prescríbese en el de-

creto que no podrá impugnarse en concepto alguno el fallo que diere lugar á ella, antes bien que será este *firme y tendrá la fuerza de cosa juzgada:* por manera que es bien inequívoca en esta parte la intencion de los AA. del Decreto, por muy absurda que parezca semejante disposicion, de mal ejemplo para los litigantes y tan contraria al objeto de los recursos de nulidad, como al decoro y prestigio del tribunal Supremo y de la administracion de justicia en general; sobre lo cual nos abstendrémos de emitir nuestra opinion, porque ya hemos dicho ser nuestro objeto el de expositar las disposiciones del decreto, mas bien que discurrir sobre la mayor ó menor conveniencia y oportunidad de las mismas. Solo sí añadirémos que, si por consideraciones generales y sacadas de la índole y objeto del recurso se cree malamente establecido que las audiencias ó tribunales *à quo* puedan desautorizar las decisiones del tribunal Supremo en los términos espresados, con mayor motivo deberá censurarse y calificarse de poco meditada aquella disposicion, si se atiende á que es absolutamente estéril é ilusorio el medio consignado en el mismo decreto para neutralizar los fallos confirmados ó pronunciados de nuevo por las audiencias despues de haberse declarado haber lugar contra ellos al recurso de nulidad. Dispónese en el citado art. 21. que por semejantes fallos podrá reclamarse la responsabilidad de los ministros que los hubieren dictado. Pero ¿cómo y ante quién podrá intentarse aquella reclamacion? ¿Qué ley positiva ó consuetudinaria, qué práctica ó precedentes judiciales la sancionan y regularizan? Tan solo por el Real decreto de 24 marzo de 1834 está declarado que otra de las atribuciones del tribunal Supremo es la de juzgar á los magistrados de los tribunales superiores *con arreglo á la ley de responsabilidad que se estableciere.* Pero esta ley está todavía por publicarse y el decreto de 1838 que nació incompleto permanece todavía en el mismo estado al cabo de ocho años de promulgado y puesto en planta; siendo ó debiendo ser del todo ineficaz para producir el objeto que con él se propusieron sus autores, siempre que alguna audiencia se desentendiere de obtemperar las indicaciones del tribunal supremo ó de hacer efectiva la nulidad de alguna sentencia que aquel hubiere declarado. Cuando tal suceda, deberá llevarse á efecto esa misma sentencia anulada y rehabilitada despues; y si bien tendrá derecho la parte perjudicada de intentar el recurso de responsabilidad contra los magistrados que la hayan proferido, pero ni sabrá cómo intentarlo, ni, caso que lo intente y el tribunal Supremo llegue á admitirlo, tendrá este los medios legales de sustanciarlo y decidirlo. Y aun no es eso lo peor, sino que, como observa muy oportunamente el Sr. Pacheco, hasta en algunos casos podrá dudarse y será verdaderamente cuestionable si existirá ó no ese derecho y facultad de interponer el recurso de responsabilidad por el fallo contrario á la decision del tribunal Supremo. Supóngase que el recurso de nulidad ha recaido sobre alguno de los muchos puntos dudosos y verdaderamente opinables de nuestra Jurisprudencia. Si el tribunal *à quo* persistiese en la misma opinion que dió lugar al recurso y fue reprobada por el tribunal Supremo, ¿en qué podria fundarse entonces la reclamacion de nulidad? ¿Diríase que el tribunal *à quo* ha infringido de nuevo una ley clara y terminante? Pero, sobre que esto seria abrir de nuevo la misma cuestion ya debatida y prejuzgada en méritos del recurso, ni aun esa ley *espresa* existiria, si se tratase de un punto dudoso no definido por la ley y resuelto con diversidad por los escritores y los tribunales. ¿Se alegaria la improcedencia del fallo, por fundarse este en una opinion reprobada por el tribunal Supremo en méritos del recurso de nulidad? Pero, como dice el mismo Sr. Pacheco, «la responsabilidad no puede exigirse á »los jueces sino por crímenes ó faltas, no por «meras opiniones.» (*a*) ¿Podria suponerse que ya es de suyo una falta de respeto, un delito ó un acto, por decirlo asi, de insubordinacion contra el tribunal Supremo, el sancionar y aplicar una doctrina que aquel ha reprobado y declarado ilegal ó inadmisible? Mas esto equivaldria á suponer que el tribunal *à quo* en los procesos devueltos por declaracion de nulidad no tiene la facultad *declarativa* ó la libertad de interpretacion y que no es mas que un eco del tribunal Supremo para pronunciar en forma de *sentencia* lo que aquel ha autorizado como una doctrina ó *principio* de Jurisprudencia. Y entonces ¿á qué fin se habria establecido en el decreto que los tribunales *à quo*, en los procesos devueltos, determinaran sobre el fondo de las cuestiones *lo que estimasen justo?* ¿Con que objeto se habria prescrito que fallasen *ministros diferentes de los que tomaron parte en los fallos anteriores?* Y ¿á qué fin, sobre todo, se habria aumentado hasta *siete* el

(*a*) Obsérvese que el Sr. Pacheco, al valerse de ese argumento, admite necesariamente la hipótesis de que se haya sustanciado y decidido un recurso de nulidad sobre algun punto dudoso y cuestionable, no determinado por las leyes, ni por prácticas ó doctrinas *universalmente* recibidas, y aun añade á propósito de eso mismo que "en semejantes casos es en los que es mas útil el recurso y mas conducente á su objeto de uniformar la Jurisprudencia;" con lo cual ha venido, aunque indirectamente y por incidencia, á corroborar la opinion que antes dejamos sentada, de que debe darse lugar al recurso, no solo por la infraccion de doctrinas *dogmáticas* ó prácticas universalmente recibidas y que puedan calificarse de leyes ó derecho consuetudinario, sino tambien por la infraccion de doctrinas probables en cuestiones árduas y sujetas científicamente á discusion.

número de esos ministros, si propiamente no habian de deliberar ni juzgar, sino llenar una mera fórmula, y presidir á la redaccion y publicacion del concepto sancionado virtualmente por el tribunal Supremo? Y sobre todo mientras no exista, como no existe, ley alguna de responsabilidad ¿como podrá decirse que pueda esta reclamarse por el mero hecho de pronunciarse un fallo con *desacato* del tribunal Supremo? ¿cómo podrá calificarse de verdadero *desacato* esa insistencia en una particular opinion que está casi espresamente autorizada por la ley? (*b*).

—Por el art. 24 y último del decreto se previene que «en los pleitos sobre negocios mer» cantiles continuará observándose lo dispuesto » en el Código de Comercio acerca los recursos » de injusticia notoria.» Nada dirémos sobre si era lo mas conveniente el asimilar ó uniformar, en esta parte, los negocios mercantiles con los comunes ó conservar como se conservó en estos últimos el recurso de injsticia notoria que para los mismos se hallaba establecido: y nos limitarémos á transcribir lo que, á propósito de él, dice el Sr. Pacheco, al compararlo con el recurso de nulidad y al notar las circunstancias en que convienen y se diferencian uno de otro. »El recurso de nulidad debe interpo» nerse en el tribunal *à quo* dentro de los diez » dias siguientes al de la notificacion de la sen» tencia: mas el de injusticia, aunque ha de » interponerse ante el mismo tribunal, puede » usarse dentro de treinta dias despues de no» tificado el fallo. Por la interposicion del re» curso de cualquiera de las dos especies tiene » que hacerse depósito, pero en los de comer» cio la cantidad es de 5,500 rs. vn. y en los » comunes de 10,000. y en aquellos ha de ha» cerse la deposicion despues que el tribunal » *à quo* admite el recurso dentro de treinta » dias, y en estos ha de preceder á ese trámite. » Tienen en ambos que remitirse los antece» dentes necesarios al tribunal Supremo; pero » no es uno mismo el término que desde el em» plazamiento se concede para introducir am» bas clases de negocios: en los mercantiles se » conceden treinta dias para presentarse ante » el tribunal Supremo; en los comunes, ademas » del término ordinario tambien de treinta dias, » se conceden cincuenta á los que vengan de » la isla de Mallorca y sesenta á los de Cana» rias. Presentadas en el tribunal Supremo las

(*b*) La legislacion francesa, cuyo sistema sobre las demandas de *casacion* se quiso al parecer adoptar al regularizarse nuestros recursos de nulidad, establece tambien que, declarada la nulidad de una sentencia por el Tribunal Supremo (*cour de cassation*), hayan de devolverse los autos al tribunal *à quo* para que este vuelva á fallar ó decidir sobre el fondo del negocio: y en tanto le da á este la facultad y autoridad de confirmar ó rehabilitar el primer fallo anulado, como que ha previsto espresamente ese caso, y ha establecido que, cuando ocurriere, pueda pedirse otra vez la nulidad y reiterarse sobre el propio asunto y por los mismos motivos la demanda ó recurso de *casacion*: por manera que, segun esto, los tribunales superiores se hallan formalmente autorizados para fallar contra las indicaciones del Tribunal Supremo, sin incurrir por ello en responsabilidad alguna. Pero la esperiencia acreditó en el vecino reino que semejante sistema no llenaba el objeto para el cual se habian instituido las demandas de casacion, y que, lejos de uniformarse con él la jurisprudencia, y de poner la fijeza y unidad del Derecho á cubierto de las arbitrarias interpretaciones, se admitia la posibilidad de que sobre un mismo negocio recayesen muchas decisiones erróneas y se intentasen muchos recursos de nulidad; en vista de lo cual se trató de remediar este inconveniente, y por la ley de 1.º de abril de 1837 si bien se estableció que, llevado un negocio por segunda vez al Tribunal Supremo, se limitase este, lo mismo que la primera, *á declarar si habia ó nó nulidad*, sin determinar sobre el fondo de las pretensiones de las partes, ó, lo que es igual, *sin causar sentencia*, y que debiese remitir nuevamente los autos al tribunal superior correspondiente para que la profiriese; mas se añadió tambien que en dicho caso, ó en el de „resultar anulado el segundo fallo ó ejecutoria del tribunal *à* „*quo* por los mismos motivos que el primero, deberia con„formarse dicho tribunal con la declaracion del Supremo so„bre el punto de derecho decidido por este último (*si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale se conformera à la déclaration de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour*. art. 2. de d. l.); de donde se infiere que, cuando despues de esta segunda declaracion de nulidad por el tribunal Supremo, se resistiese el tribunal *à quo* á hacerla efectiva y pronunciase la misma sentencia dos veces declarada nula, incurriria sin duda alguna en responsabilidad, porque ya no infringiria una ley ó un principio de derecho comun, sino un precepto directamente impuesto á los tribunales en aquel caso determinado. Este precepto que es el complemento del sistema francés, es el que no se ha consignado en nuestro Decreto de 1838. Sin él quedan indefinidamente las audiencias en la mas absoluta libertad de contrariar las indicaciones del Tribunal Supremo, y por lo mismo faltan los términos hábiles para que pueda exigírseles por ello la responsabilidad. No es nuestro intento, lo repetimos, calificar el sistema adoptado, ni compararlo con el de nuestras antiguas leyes en las segundas suplicaciones en las que fallaba el Consejo y determinaba definitivamente sobre el fondo del negocio, como se establecia tambien por el proyecto de ley sobre recursos de nulidad aprobado por el Congreso en 1838. Pero séanos lícito observar que, al prescindir de aquel precedente histórico, y al adoptar con preferencia al mismo el de una legislacion estraña, hubiera podido adoptarse este en todas sus partes y no dejar en una materia tan importante, un vacío imposible ahora de llenar mientras no se promulgue la tan ansiada ley de responsabilidad, y muy difícil de que se le llene con esta satisfactoriamente y en armonía con las disposiciones del decreto: porque, al establecerse, como se establece, que las audiencias, en los procesos devueltos ó remitidos por declaracion de nulidad, hayan de *determinar lo que estimen justo*, se ha poco menos que imposibilitado el medio de declarar á los magistrados de las mismas incursos en responsabilidad, cuando, sobre todo en materias opinables, hayan *estimado justo* rehabilitar una sentencia anulada y la hayan vuelto á proferir. Quizás, al redactarse el decreto, se quiso respetar el principio consignado en el art. 262 de la Constitucion de 1812, de que todos los negocios hayan de fenecer en el territorio de cada audiencia. Pero tambien ese principio quedaba siempre salvo, mientras no fuese el Tribunal Supremo, sino la audiencia respectiva la que en último resultado *pronunciase materialmente la sentencia*, y aunque la ley la obligase á pronunciarla de conformidad con la opinion manifestada por aquel, ya fuese desde la primera declaracion de nulidad, como hubiera podido establecerse, ó bien despues de la segunda, como está establecido por la ley francesa de 1837. A mas de que, disponiéndose como se dispone en el art. 20 del Decreto que, en falta de ministros hábiles en la audiencia *à quo*, en lugar de devolverse los autos á la misma, hayan de remitirse á la inmediata para que dé su fallo, ¿no queda de todos modos violado el principio de la Constitucion de 1812? El único medio de conservarlo en toda su integridad era el de obligar espresamente á las audiencias á haber de conformarse con las decisiones del tribunal supremo; en cuyo supuesto no hubiera sido indecoroso para los magistrados que hubiesen proferido la sentencia nula, el obligarles á ellos mismos á proferir otra en distinto ó contrario sentido, y mucho menos el que, habiendo de proferirla otros magistrados distintos, se hubiese llamado en falta de ellos á abogados del territorio ó jueces de primera instancia, quienes en tal caso no hubieran tenido que enmendar el fallo de los primeros, sino aplicar á los negocios respectivos la decision ya formulada por el Tribunal Supremo.

»partes, convienen ambos recursos en que no »se admiten escritos de ningun género, pre»tensiones ni documentos; pero se entregan »por via de instruccion, con la diferencia que »en los de comercio se dan diez dias para re»conocerlos y en los comunes se pueden dar »hasta treinta á cada una de las partes. Fi»nalmente, desestimado el recurso en uno y »otro caso, pierde el que le interpuso la can»tidad depositada; pero el Código de Comer»cio no prefija el destino ó inversion de la »misma, por lo que, con arreglo al art. 444. »se aplica en la forma prevenida por las leyes »comunes.» Convienen ademas los dos recursos en que, para interponer el de injusticia notoria, como para el de nulidad, se necesita poder especial, siendo de creer que tambien en los primeros, aunque no está asi espresamente prevenido, se podrá conceder como en los segundos un término competente para presentar dicho poder al procurador que no haya podido recibirlo por estar ausente su principal, aunque esto no será tan fácil que suceda en los negocios mercantiles por ser en ellos mucho mas dilatado el término para interponer el recurso. Sobre la aplicacion del depósito con arreglo á las leyes comunes en el caso de desestimarse el recurso, puede dudarse si dichas leyes comunes deberán ser las que regian acerca de los antiguos recursos de injusticia notoria en los negocios ordinarios, ó las que rigen sobre los recursos de nulidad ó sean las establecidas por el decreto de 1838. Con arreglo á este último debe repartirse la cantidad depositada por mitad entre la parte vencedora y el fondo de penas de justicia; con arreglo á las primeras se la aplicaba por terceras partes iguales una á penas de Cámara, otra á los magistrados de cuya sentencia se hubiese interpuesto el recurso y otra al que la hubiese obtenido. Creemos, pues, que habiéndose abandonado en el decreto de 1838. ese sistema de hacer partícipes en el depósito á los jueces contra cuyo fallo se hubiese intentado el recurso, y siendo este uno de los puntos en que no puede haber razon alguna especial para arreglarlo de distinta manera en los negocios comunes que en los mercantiles, en estos como en aquellos habrá de repartirse hoy la cantidad depositada en la forma que lo previene el decreto, y no como lo prescribian las leyes anteriores, segun lo opinan los SS. Goyena y Aguirre en su Febrero lib. 4º parte 2ª tit. 26. secc. 2ª n. 695.; porque, si bien al publicarse el Código de comercio regian dichas antiguas leyes, y á ellas por consiguiente hubo de referirse en concreto dicho art. 444. del Código de comercio, mas la espresion general *con arreglo á las leyes comunes* de que se usó en el mismo, puede muy bien y debe en este caso traducirse *con arreglo á las leyes que ahora rigen ó que en adelante rigieren para los negocios comunes*; ni hay motivo para presumir que no se hubiese adaptado la propia fórmula, si, en vez de la reparticion por terceras partes, la hubiesen prescrito las leyes de entonces por mitad, como ahora está mandado. Asi como en los recursos de injusticia notoria debe el recurrente lo mismo que en los de nulidad hacer previamente un depósito para asegurar sus resultas, creemos que tambien en los primeros, aunque no lo espresa el Código de comercio, estarán dispensados los litigantes pobres de cumplir aquella obligacion con tal que se obliguen á responder de ella para cuando lleguen á mejor fortuna, y asi se observaba en los antiguos recursos de injusticia notoria sobre los negocios comunes. — Sobre lo que debiese hacerse en el caso de que las audiencias se denegaran á admitir dicho recurso, nada disponian las leyes recopiladas, ni, como observan muy oportunamente los señores Goyena y Aguirre, podian haber previsto dicho caso, porque segun ellas no debia interponerse el recurso ante las audiencias, sino directa é inmediatamente ante el mismo Consejo que habia de decidirlo. La ley de enjuiciamiento para los negocios de comercio introdujo en ellos la novedad de que debiera intentarse el espresado recurso ante la audiencia (art. 435. de d. l.) y á pesar de esto no previno tampoco el caso posible de que dicho tribunal *à quo* se denegase á admitirlo. Pero en nada obstante ese silencio, creemos que debe considerarse apelable el referido auto de denegacion por ante el tribunal supremo, lo mismo que el en que se haya denegado un recurso de nulidad; y nos mueve á opinar asi no solo la razon de analogía entre ambos recursos, y el no haber motivo particular para no aplicar al primero esa disposicion que en favor de los interesados se ha establecido en el segundo, sino tambien la consideracion de que la misma ley de enjuiciamiento en su art. 415. admite el que en los negocios mercantiles las partes que se sientan agraviadas de la providencia en que se hubiere negado la apelacion puedan usar de su derecho ante el tribunal superior, y este, previos los competentes informes, declarar aquella admitida: y asi no es de creer que quisiesen concederse al tribunal supremo respecto de los inferiores menos facultades que á estos respecto de los jueces ó tribunales de primera instancia: ni hay inconveniente en que en el caso de denegarse una audiencia á admitir un recurso de injusticia notoria se pueda reclamar de esa denegacion en los mismos términos que está establecido para los recursos de nulidad en los negocios comunes.

El recurso de injusticia notoria en las causas de comercio no tiene lugar contra las sentencias interlocutorias, ni contra las definitivas en pleitos cuyo interes no esceda de cincuenta mil reales vellon, pero sí contra todas las demas de esta última clase, sean de vista ó de revista que causen ejecutoria, art. 1217. del Código de comercio: y una vez admitido, para lo cual no se necesitan otros requisitos que el del poder especial, no puede declararse haber lugar á él, sino por violacion manifiesta de las formas sustanciales del proceso en última instancia ó por ser el fallo dado contra ley espresa art. 1218. de d. Código: de donde se sigue que en los casos de dudosa interpretacion y que no esten espresamente previstos y definidos por la ley, no tendrá facultad el tribunal supremo de declarar nulos los fallos ó ejecutorias de las audiencias, aunque considere mas fundada y procedente la decision contraria á la que en ellos se hubiere consignado. Por lo que hace al número de magistrados del tribunal supremo que han de asistir á la vista y definitiva determinacion del espresado recurso, nada se ha dicho en el Código de comercio ni en la ley de enjuiciamiento, no quedando por consiguiente otro medio que el de arreglar este punto á tenor de lo dispuesto por las leyes comunes para los pleitos ó negocios ordinarios. Pero ocurre aqui la misma dificultad de que antes nos hemos ocupado, y es la de saber si esas leyes comunes serán las que regian para los antiguos recursos de injusticia notoria hoy abolidos, ó las que estan actualmente vigentes sobre los recursos de nulidad que han sustituido á aquellos. Para ver y determinar los primeros eran necesarios nueve jueces segun el art. 97. del Reglam. prov. para la admin. de just.: y basta para los segundos que concurran siete, segun el art. 15. del decreto de 1838. En nuestra opinion deberia observarse lo dispuesto en este último que es el que forma en la actualidad el derecho comun y al cual deben conformarse los puntos no espresamente previstos por las leyes mercantiles: bien que sobre el particular forzosamente han de haber recaido ya decisiones del tribunal supremo en los casos que se hayan ofrecido y aquellas formarán jurisprudencia sobre cuál de las dos referidas prácticas haya de adaptarse con preferencia.

Por lo que hace á los antiguos recursos de segunda suplicacion é injusticia notoria que, á tenor de las leyes recopiladas, tenian lugar en los negocios ordinarios contra las ejecutorias de las audiencias por ante el supremo Consejo, y fueron suprimidos por el mismo Real decreto de 1838., no nos ocuparémos de ellos mas que para referir los casos escepcionales en que, segun el citado art., se conservó todavía la facultad de interponerlos; esto es, en los negocios, en que respectivamente procediese su admision, y que se hallasen ya pendientes en las audiencias, tribunales de comercio y ordinarios antes del 13. de agosto de 1836., en cuyo dia se publicó ó restableció la Constitucion del año 12., que, como hemos visto, sancionaba los recursos de nulidad y los sustituia, aunque sin regularizarlos, á los antiguos de las leyes recopiladas. Dispúsose en el propio art., 1º, que solo pudiese intentarse el de injusticia notoria, no el de segunda suplicacion en los pleitos que, aunque empezados en las audiencias por avocacion antes del 13. de agosto, hubiesen sido devueltos para su prosecucion á los jueces de primera instancia en virtud de lo dispuesto por el art. 37. del Reglam. prov. para la admin. de just.: y se estableció en el art. 2º que, para poder ser admitidos dichos recursos en los mencionados negocios, deberian interponerse dentro el término de veinte dias, que empezarian á contarse á los dos meses despues de la publicacion del decreto: con lo cual, al paso que se respetó el principio de no dar á la ley efecto retroactivo, se limitó justamente el derecho indefinido que tenian las partes para interponer el recurso de injusticia (pues las leyes recopiladas no señalaban para ello plazo alguno determinado) y tambien el que hubieran podido pretender para intentar el de segunda suplicacion aquellos interesados á quienes se les habia suspendido por haberse tal vez publicado la Constitucion, mientras corria el término de veinte dias que para aquel estaba prefijado, ó mientras se sustanciaba el pleito incoado en época en que era lícito interponerlo. Pero, puede haber y ha habido de hecho algunos negocios empezados por avocacion que, al espirar el referido plazo no estaban todavía vistos y determinados en última instancia, ni habian sido devueltos á los jueces inferiores, con arreglo á lo mandado en el Reglam., porque este solo mandaba y debia mandar la devolucion de los que, al publicarse el mismo, estaban pendientes todavía en primera instancia ante los tribunales superiores: cuya circunstancia no se tuvo presente sin duda al prefijarse en el decreto el plazo de dos meses y veinte dias para interponer los recursos de segunda suplicacion é injusticia notoria en los negocios en que respectivamente procedieran, ó, lo que es mas probable, se dió por sobreentendido que el señalamiento de dicho plazo tan solo se referia á los negocios que estuviesen ya conclusos dentro de los dos meses siguientes á la publicacion de la ley, sin perjuicio de que en los demas y á medida que se fuesen fallando por ejecutoria, pudiesen interponerse los antiguos ó á lo menos el de segunda suplicacion dentro el tér-

mino ordinario, ó sea el de veinte dias á contar desde la notificacion. De otra manera ó vendríase á parar en el absurdo de que en los casos espresados no tendrian las partes recurso alguno contra las ejecutorias de las audiencias por las que se creyesen perjudicados, ó bien deberia darse lugar en los mismos al nuevo recurso de nulidad establecido por el decreto, lo que fuera una verdadera anomalía y aun podria ser una grave y trascendental injusticia, atendidas las muchas restricciones con que está limitada la facultad de interponer dicho recurso de nulidad, las cuales, si bien pueden ser muy fundadas y equitativas segun el actual sistema de enjuiciamiento, no lo serian tal vez aplicadas á la antigua organizacion de los tribunales, y á los suprimidos *casos de Corte*, únicos en que tenia lugar el recurso de segunda suplicacion. Supóngase un negocio grave por su cuantía y por las difíciles cuestiones que forman su objeto, y en el cual, estando ya fallado por una audiencia en primera instancia antes del 13. de agosto de 1836., haya recaido sentencia de revista conforme con la de vista con posterioridad á 1838. Hé aqui uno de los casos en que, con arreglo á las leyes recopiladas, tenia lugar el recurso de segunda suplicacion atendida solamente la gravedad é importancia del negocio y sin necesidad de alegar defecto alguno en el procedimiento, infraccion de ley ni de doctrina: y sin embargo no podria en él intentarse el recurso de nulidad contra dicha sentencia de revista, porque aquel solo se concede cuando no es conforme esta con la de vista: de donde se infiere que el aplicar á semejante caso el decreto de 1838. equivaldria á privar á los interesados de todo recurso y de toda una instancia, con la cual habian podido contar al empezar el negocio por avocacion con arreglo á las leyes recopiladas. Hé aqui por qué, á pesar de tratarse, en cierto modo, en el citado decreto de un punto de enjuiciamiento y no de derechos exigibles, no quisieron sus AA. darle efecto retroactivo, y hé aqui por qué, á pesar de ser exacta, por punto general, la doctrina sustentada por el Sr. Pacheco de que *la retroactividad de las leyes de sustanciacion* puede admitirse sin inconveniente, y de que el cambiarse aquellas aun en los procedimientos ya incoados no puede causar perjuicios á los particulares, porque las nuevas *fórmulas* han de servir tan legítimamente ó mejor que las abolidas para resolver los antiguos negocios, con todo esto no deja de sufrir aquella doctrina algunas razonables y necesarias escepciones, ni deja de haber en materia de sustanciacion algunos puntos que no son de *mera fórmula ó ritualidad*, sino que afectan y pueden alterar sustancialmente los *derechos adquiridos*, como se verifica en todo lo concerniente á los recursos ó remedios legales para impugnar los fallos ó sentencias con los cuales cuentan ya ó pueden contar los interesados cuando entablan sus respectivas pretensiones, y no podria sin grave injusticia privárseles del derecho de intentarlos. Los que, pudiendo entablar una demanda ante el juez ordinario con la apelacion y súplica ante la audiencia, preferian entablarla por avocacion ante esta última, privábanse por el hecho mismo de una de las tres instancias ordinarias, porque de los fallos de las audiencias no habia apelacion, ni podia suplicarse mas que una sola vez ll. 2. tit. 21. y 1. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.; pero quedaban compensados con la facultad de interponer en su caso la segunda suplicacion para ante el Consejo supremo, facultad que no tenian los que empezaban los pleitos ante los jueces ordinarios, y de la cual no podia privarse, sin causarles gran perjuicio, á los que, contando con ella, habian propuesto sus instancias por *caso de Corte*. Al contrario, empero, cuando por el Reglam. prov. para la admin. de just. se prohibieron los *casos de Corte*, no podia haber inconveniente en que semejante prohibicion, á mas de los negocios que empezaran en lo sucesivo, se hiciese tambien estensiva á los que ya estaban incoados y pendientes en primera instancia ante las audiencias, ni con esa retroaccion se perjudicaba en manera alguna á los interesados, ya que, en lugar de las dos instancias de vista y de revista ante las audiencias y la de segunda suplicacion ante el Consejo, se les concedian las tres ordinarias, ó sea la primera ante el inferior y las de apelacion y súplica ante la audiencia respectiva: se hacia con esto, es verdad, una alteracion en el personal de los jueces que las partes, en ejercicio de su derecho, habian elegido; pero se les designaban otros de quienes podian y debian esperar igual rectitud é inteligencia en la decision de los negocios: y hé aqui uno de los casos en que, como dice muy bien el Sr. Pacheco, puede admitirse sin inconveniente la retroactividad de las leyes referentes á la sustanciacion. Por esto en el art. 37. de d. Reglam. se mandó que los negocios empezados por avocacion y que pendiesen todavía en primera instancia debiesen pasar desde luego á los jueces letrados de los partidos ó distritos respectivos para que los continuaran segun su estado; y consecuencia de esto fue que en ellos ya no pudiese tener lugar la segunda suplicacion, toda vez que esta solo podia interponerse en los *casos de Corte* y dejaban desde entonces de ser tales los que, por hallarse en primera instancia en 1835., pudieron ser comprendidos en la nueva organizacion de los tribunales y pasados á los jue-

ces inferiores ú ordinarios. No era, pues, necesario siquiera que en el decreto de 1838. se declarara que en los espresados negocios no tendria lugar la segunda suplicacion, ni hubiera dejado de ser asi, aun cuando no se hubiese declarado, ni creemos que los Autores del decreto lo declarasen con el ánimo ó creencia de hacer una innovacion, sino con el de consignar una consecuencia de lo que estaba justamente dispuesto por el Reglam. prov. Ahora, el recurso de injusticia notoria, mas lato y de mas fácil introduccion que el de segunda suplicacion y que el de nulidad nuevamente establecido, tenia lugar, segun el antiguo régimen, en todos los negocios indistintamente, ya fuesen empezados por avocacion ante las audiencias, ya lo fuesen ante los jueces ordinarios. De él podia decirse, lo que de la segunda suplicacion dice no muy exactamente el Sr. Pacheco, que era *una verdadera cuarta instancia en los negocios, interpuesta sin causa alguna especial, sino como una mera apelacion :* pero, por mas que repugnase á los buenos principios el que en tales términos se diese lugar á ella, el hecho es, que nuestras antiguas leyes la habian espresamente sancionado, y que tenian adquirido un derecho á interponerla ó á lo menos una legítima esperanza de poder utilizarla todos los particulares que hubiesen incoado sus instancias mientras aquellas leyes estuvieron vigentes : y como lo estuvieron en esta parte no solo hasta la abolicion de los *casos de Corte,* los cuales para nada influian en aquel recurso, sino tambien despues de ella y hasta que quedó definitiva y esclusivamente sancionado y sustituido á los antiguos recursos el nuevo de nulidad, hé aqui otro de los casos en que hubiera sido injusta y perjudicial á los derechos adquiridos la retroactividad de las disposiciones del Decreto, y hé aqui como fue muy filosófico y consecuente el que, aun despues de su publicacion, se conservara como se conservó á los particulares la facultad de intentar el recurso de *injusticia notoria* en todos los negocios sin distincion que hubiesen estado pendientes en cualesquiera tribunales superiores ú ordinarios antes del 13 de agosto de 1836, y la de interponer la segunda suplicacion, nó en todos los pleitos en que respectivamente procediera, esto es en los empezados por *Caso de Corte,* sino tan solo en los que, habiendo empezado como tales, hubiesen continuado y llegado á su término en el propio concepto, y no hubiesen sido remitidos á los jueces de primera instancia para su continuacion despues de publicado el Reglam. prov. Justa fue tambien y aconsejada por los buenos principios la prevencion de que dichos antiguos recursos, en los casos en que habia llegado á ser dudoso si podia ó no interponérselos restablecida ya la Constitucion de 1812, y en que se los autorizaba todavía por el Decreto, hubiesen de intentárse dentro un plazo determinado, y que finido este, debiese desaparecer tambien todo vestigio del antiguo sistema que quedaba abolido para lo sucesivo: mas, al prefijarse para el espresado objeto el término de dos meses, no pudo entenderse (lo repetimos) que se comprendieran en él los pleitos que despues de los dos meses no estuviesen todavía finidos por sentencia; y en ese mismo concepto hasta el citado Sr. Pacheco tan enemigo en teoría de que no se diera al Real Decreto, en esta parte, efecto retroactivo, entiende que el haberse de contár el término legal de los veinte dias desde aquel en que cumplieran dos meses de la publicacion del decreto en la Gaceta de Madrid, se estableció únicamente para los pleitos que en aquella época estuviesen *conclusos.* Y en efecto, admitido el principio de la no retroactividad, debió de admitírsele con todas sus consecuencias, y pues lo admitieron los Autores del decreto respecto de los negocios ya conclusos al tiempo de su publicacion, la propia idéntica razon obraba respecto de los que se fuesen terminando en lo sucesivo y hubiesen empezado con iguales condiciones; y en estos últimos no podia prefijarse el término de dos meses sin imposibilitar á las partes la interposicion de los recursos, siempre que por causas agenas de su voluntad ú otramente legítimas se dilatase la prolacion de la sentencia por mas tiempo del que habian previsto los Autores del Decreto. Por nuestra parte podemos todavía añadir que en un caso práctico muy reciente hemos interpuesto, á fines del año último (1846), los recursos de segunda suplicacion é injusticia notoria, contra dos sentencias conformes de vista y revista, proferidas en un negocio que, empezado por avocacion antes de 1835, no fue remitido entonces al juez ordinario, sino que continuó en la Audiencia donde habia principiado y no llegó á su término hasta mediados del último noviembre. Como este podrán ocurrir otros varios, y si bien ignoramos todavía cuál será en él la decision del tribunal, pero creemos que no se nos objetará siquiera el transcurso de los dos meses del decreto, ni se entenderá que en semejantes casos haya sufrido otra limitacion la facultad de interponer los antiguos recursos, que la de haber de intentarse tambien dentro de los veinte dias siguientes á la notificacion el de injusticia notoria, para el cual no habia, segun las leyes recopiladas, plazo alguno determinado, y de hecho se le utilizaba indefinidamente.

Al tratar en este mismo apéndice de las causas ó motivos por los cuales puede intentarse contra las sentencias el recurso de nulidad, hemos tenido ocasion de observar que no debia contarse entre aquellos la falsedad de las pruebas, en méritos de las cuales la sentencia se hubiese proferido, ni el hallazgo de nuevos documentos, aunque estos sean tales que, á habérselos tenido á la vista, hubiera debido notoriamente proferirse el fallo en diverso ó contrario sentido. Dejamos demostrado á este propósito que por semejantes causas puede pedirse la *revocacion ó rescision*, no la *nulidad* de las sentencias, y que el recurso en que esto se solicite es una verdadera demanda de *restitucion*: así está espresamente declarado en las ll. 1 y 2 del presente tit. y verdaderamente hubiera sido un contrasentido el confundir aquel recurso con los de nulidad y apelacion; pues, por muy falsas que aparezcan despues las pruebas ministradas en un juicio, y por muy notorio que sea el haberse fundado en ellas la sentencia proferida, nunca podrá esta calificarse de injusta en el fondo, ni de defectuosa en la forma esterior, toda vez que el juez ha debido pronunciarla con arreglo á la verdad legal resultante del proceso, y hasta la parte que la impugna viene á reconocer la legitimidad de la misma, cuando ofrece nuevas pruebas para lograr su rescision. Pero ¿cuáles serán las condiciones ó requisitos necesarios para poderse intentar legalmente aquel remedio de restitucion? ¿Ante quién, cómo y dentro qué término deberá entablársele? y ¿cuáles serán los trámites que deberán seguirse para sustanciarlo y decidirlo? Ante todo debemos observar que el hallazgo de nuevos documentos no es siempre y en todos los casos un motivo suficiente para poder pedir restitucion de una sentencia ejecutoria: antes bien la l. 15. tit. 11. de esta Partª, comparando la fuerza respectiva del juramento con la de la sentencia, declara espresamente que *el pleyto que es librado por jura, se podria reuocar por cartas que fuessen falladas de nueuo, seyendo atales que por ellas se pudiesse aueriguar el contrario de aquello que jurara aquel que vencio el pleyto por la jura. Mas si el pleyto fuesse librado por juyzio de que non se alçasse ninguna de las partes, non se podria reuocar por cartas, nin por prueuas que fallasse despues de nueuo.* Tambien se lee en la l. 19. tit. 22. de esta Partª que *non se puede desfacer el juyzio despues que fuere dado, si non se alçare del; maguer mostrassen despues cartas ó preuilegios que ouiessen fallado de nueuo, que fuessen atales que si el Judgador las ouiesse vistas ante que el juyzio diesse, que judgara de otra manera.* Ademas, en el art. 67. del Reglam. prov. para la admin. de just. se establece que en los pleitos de propiedad, aun en aquellos casos en que está prohibido interponer suplicacion de la sentencia de vista, pueda aquella tener lugar siempre que « se presenten « nuevos documentos jurando la parte que los ha « encontrado nuevamente y que antes no los tu« vo, ni supo de ellos, aunque hizo las diligencias « oportunas: » lo cual indudablemente no se hubiera establecido, si el hallazgo de nuevos documentos se hubiese considerado como motivo legal y bastante para entablar indistintamente el remedio de restitucion, aun contra las sentencias de revista y las demas ejecutorias. Asi que ni por el Reglam. prov. ni antes por las leyes recopiladas se ha hecho en esta parte innovacion alguna en lo que estaba dispuesto por las de Partida; y por lo mismo tan solo tendrá lugar la espresada restitucion cuando se alegue el hallazgo de nuevos documentos para probar la falsedad del juramento supletorio en virtud del cual se haya proferido la sentencia, ó bien cuando se alegue y ofrezca probar por otros medios la falsedad de los testigos ó escrituras en cuyos méritos se hubiese fundado tambien la sentencia pronunciada, ll. 15. y 25. de d. tit. 11. y l. 1. del presente tit. Por lo que hace al término dentro del cual la restitucion puede pedirse, tenemos tambien espresamente declarado en d. l. 1. que es el de *veinte años* á contar desde el dia en que hubiere sido dada la sentencia, cuando esta se impugnare por la falsedad de las pruebas ministradas. Pero si se alegare la falsedad del juramento, no hay término prefijado para pedir que se rescinda la sentencia, aunque por analogía puede fundadamente creerse que entendieron las leyes conceder el propio término de veinte años. Tampoco está determinado en el Código de las Partidas cuál sea el juez competente para conocer de las demandas de restitucion que se fundaren en la falsedad del juramento supletorio; mas tambien habrá de entenderse ser el mismo que puede conocer de ellas cuando vienen fundadas en la falsedad de las pruebas documentales ó testimoniales, en cuyo caso establece d. l. 2. del presente tit. que podrá *desfacer el juyzio aquel mismo judgador* que lo hubiere dado, *o otro su mayoral*: sobre lo cual, empero, debemos observar lo propio que acerca las restituciones por menor edad dejamos observado en la adicion á la nota 16 del tit. prox. antecedente, esto es, que, atendida la actual organizacion de los tribunales y á tenor de lo dispuesto en el art. 58 del Reglam. prov., apenas puede hoy concebirse que las audiencias sean competentes para conocer en primera instancia de las referidas demandas de restitucion, pues ni está continuada esta facultad entre las que *únicamente* corresponden á dichos

tribunales, segun el citado art. 58, ni cabe en el actual sistema de enjuiciamiento el que aquellos conozcan de negocio alguno, fuera de los espresamente esceptuados, que no les vaya remitido por un juez inferior en méritos de algun recurso de apelacion ó nulidad legítimamente interpuestos y admitidos. De otra parte, una demanda de restitucion fundada en la falsedad de las pruebas ó del juramento supletorio, ni aun puede calificarse de recurso en queja contra los procedimientos del juez que por dichas pruebas ó juramento ha proferido su fallo, ni equipararse á aquellos de que conocen las audiencias en virtud de la inspeccion que la ley les concede sobre los jueces inferiores ú ordinarios de los territorios respectivos; antes bien es notorio que no está ni puede estar quejosa del juez la parte que, al pedir que se rescinda una sentencia por ser falsas las pruebas que la motivaron, ofrece justificar aquella falsedad con nuevos méritos (pues de otra manera no podria pedir la restitucion), y por lo mismo reconoce que se obró bien y rectamente fallando en virtud de unas pruebas que se tenian y debian tenerse por legítimas y verdaderas. Semejantes restituciones, pues, se entablan contra la parte que dolosamente ha obtenido la sentencia favorable, no contra el juez ó tribunal que la profirió: y esta consideracion nos afirma todavía mas en la doctrina que antes dejamos asentada ó sea la de que los jueces ordinarios son los únicos competentes para sustanciar y decidir semejantes demandas, no solo cuando se dirijan contra sentencias proferidas por ellos mismos, sino tambien contra las que hayan pronunciado los tribunales superiores; porque nada tiene de irregular ni de indecoroso el que un juez de primera instancia rescinda ó *desate* un fallo dictado por la audiencia, haciéndolo en virtud de nuevos méritos y fundándolo, no en que dicho tribunal superior haya incurrido en equivocacion ó fallado maliciosamente, sino en que se la ha sorprendido presentándole *legalmente* como verdadero, lo que en realidad no lo era y despues se ha probado ser falso.

Por lo demas á tenor de lo declarado en el final de d. l. 1. y como observa muy oportunamente nuestro Gregor. Lopez en la nota 7 del presente tit., no basta para que pueda pedirse la restitucion el que se alegue haberse ministrado en un pleito pruebas falsas. Es necesario tambien que se haya fundado en ellas la sentencia cuya rescision se solicita: circunstancia que será en el dia muy difícil justificar estando, como está, prohibido á todos los jueces y tribunales el que funden ó motiven sus sentencias: y asi tan solo podrá intentarse hoy la restitucion contra las sentencias proferidas en negocios en que no se hayan ventilado mas que cuestiones de hecho ó se haya suscitado alguna de derecho pero dependiente de aquellas, y sobre las mismas cuestiones no se hayan ministrado otras pruebas que aquellas cuya falsedad se alega y ofrece justificarse. Y tampoco bastará que esa falsedad ofrezca justificarse por los medios de prueba comunes y ordinarios, antes bien será necesario que estos sean muy relevantes y notoriamente exentos de toda sospecha, como si se presentare un documento público y á todas luces indubitado, ó un considerable número de testigos mayores de toda escepcion y de incontestable probidad: y ni aun tal vez con semejantes medios nos parece que podria concederse la restitucion, siempre que en el anterior ó primitivo juicio se hubiese ya tratado mas ó menos directamente la cuestion de falsedad, por mas que se alegasen despues nuevos méritos para justificarla que antes no se hubiesen tenido presentes. De otra suerte con dicho remedio se abriria una puerta á los litigantes de mala fe para que, quebrantando la autoridad de lo juzgado y neutralizando la fatalidad de los términos probatorios ordinarios, pudiesen siempre bajo frívolos pretestos volver á abrir la misma discusion ya cerrada y obtener una nueva instancia con el nombre de restitucion. Asi está poco menos que espresamente declarado por las citadas leyes del tit. 11., esto es, que la falsedad del juramento supletorio no pueda justificarse mas que por medio de *cartas* ó escrituras, y lo propio deberia decirse tambien aunque se fundase la restitucion en la falsedad de otras pruebas distintas del juramento supletorio, toda vez que, si se tratare de justificarla por medio de testigos, apenas las declaraciones de estos ofrecerán una garantía de verdad suficiente, para que en méritos de ellas se declaren falsas las de los que ya hubiesen depuesto ó los documentos que se hubieren producido para obtener la sentencia egecutoria que trate de rescindirse por medio de la restitucion: y en este concepto hemos dicho antes ser necesario para pedirla el que se ofrezca una prueba estraordinariamente relevante y exenta por notoriedad de toda sospecha: y hasta puede creerse indispensable asimismo que esa prueba sea tal que la parte que la ofrece no haya podido ministrarla antes con mas oportunidad y durante el juicio contra el cual solicita ser restituida. Lo que hemos dicho de no poderse pedir la restitucion contra una sentencia por el hallazgo posterior de nuevos documentos, aunque estos sean tales que á habérselos tenido presentes notoriamente hubiera debido fallarse de otra manera, debe entenderse sin perjuicio, no solo de los casos escepcionales espresamente mencionados en la ley, como son los en que la sentencia proferida lo haya sido contra el fisco ó contra el Rey, dd. ll. 15. tit.

11. y 19. tit. 22. de esta Partida, sino tambien del en que la parte que produce los documentos nuevamente hallados alegue no haberlos podido presentar mas oportunamente y antes de la sentencia por dolo ú ocultacion cometidos por la parte contraria; pues entonces podria pedirse y obtenerse la rescision de la sentencia, si no por el remedio de la restitucion, á lo menos por la accion ordinaria de *dolo*, que de hecho produciria los mismos resultados; de suerte que, en rigor, no puede decirse que este caso constituya una escepcion de la regla general por la que se prohibe la restitucion por el nuevo hallazgo de documentos, asi como tampoco lo es lo establecido á favor del Rey y el Fisco, porque estos, al igual de los menores, las Iglesias, los pródigos, etc. podrán ser restituidos, nó en virtud de los documentos nuevamente producidos, sino por el privilegio general que les está concedido, siempre que han sido perjudicados, en consideracion á la falta de interes personal en los que administran sus bienes y deben instruir y preparar la defensa de sus derechos en juicio; siendo de notar, empero, que al Rey y al Fisco para conseguir la mencionada restitucion, cuando la pidan contra una ejecutoria produciendo nuevos documentos, no se les concede el *quadrienio legal* que es el término ordinario dentro del cual pueden los privilegiados usar de dicho beneficio, sino el de *tres años* á contar desde el dia en que hubiere sido dada la sentencia; á menos que puedan y ofrezcan probar que por parte de su procurador ó defensores respectivos ha habido *dolo* en no buscar y presentar oportunamente los documentos que despues se trata de producir, en cuyo caso podrán intentar la restitucion perpetuamente ó *en qual tiempo quier*, segun espresion de d. l. 19.

En órden á los trámites ó procedimientos que deberán observarse al sustanciar las demandas de restitucion cuando se las intente legalmente por la falsedad del juramento supletorio ú otra especie de prueba, no encontramos que estén directa ni indirectamente establecidos ó determinados por las leyes de Partidas y tampoco por el derecho comun; y nos inclinamos á creer que serán los mismos que para un juicio ordinario, atendido que fundándose, como se ha de fundar, la restitucion en nuevos méritos distintos de aquellos por los cuales se ha proferido la sentencia, deberá considerarse como una demanda separada é independiente dirigida á promover y decidir, no la misma cuestion que fue objeto del primer juicio, sino la de falsedad de las pruebas ministradas en él. Asi, pues, nos atrevemos casi á afirmar que de la sentencia que profiriere sobre dicho punto el juez de primera instancia, podrá á su vez interponerse el recurso de apelacion y en su caso el de súplica en los propios términos que si se tratara de un negocio comun y nuevamente empezado. Por lo demas, empero, y aun con respecto á esas restituciones que autorizan espresamente las leyes por la falsedad de las pruebas, bueno será tener presente lo que se lee en la ley 4. C. *de re judic.* á propósito del nuevo hallazgo de documentos, esto es, que *sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est.* Son semejantes remedios tan susceptibles, de todos modos, de que se abuse malamente de ellos, que deben considerarse como de estricta interpretacion, y en caso de duda declararse que no ha lugar á ellos, mas bien que admitirlos con facilidad.

Al concluir este apéndice en el que nos habíamos propuesto tratar de todos los recursos que se conocen en lo judicial con inclusion de los que no estaban reconocidos y autorizados por las leyes de Partidas, deberíamos hacer especial mencion de los *recursos de fuerza*, como otros de los que compete ver y decidir á las Audiencias, §. 4. art. 58. del Reglamento provisional para la admin. de just.; y nos habríamos efectivamente detenido en el exámen y esposicion de los textos legales que los sancionan y regularizan y de las doctrinas que con ocasion de los mismos se han emitido, á no impedírnoslo el temor de alejarnos demasiado de nuestro objeto primario y esclusivo que es el de comentar y espositar las leyes de Partidas en lo que nos parece ofrecer alguna dificultad la glosa de Gregor. Lopez, y de adicionarlas en la parte de las mismas que por las leyes y reformas posteriores han sufrido variacion. Los Autores de este Código no autorizaron los actuales *recursos de fuerza*, ni por otro medio alguno que sepamos trataron de legislar sobre la materia que aquellos tienen por objeto: de donde se sigue que, en esta parte, mas bien que haberse verificado un cambio en nuestra legislacion, puede decirse que se ha creado de nuevo una parte de ella que antes no existia; se ha decidido en sentido favorable á las regalías de la Corona la grande y árdua cuestion que por necesidad debia de haberse suscitado entre las dos Potestades espiritual y temporal igualmente soberanas é independientes, sobre cuál de ellas debia dirimir las competencias que se promoviesen acerca el privativo conocimiento de los negocios de dudosa calificacion; y se ha declarado tambien que los jueces eclesiásticos, aunque delegados de la Potestad espiritual y del todo

independientes de la temporal en cuanto á la jurisdiccion ó autoridad declarativa que ejercen sobre el fondo de los negocios sometidos á su decision, no lo estan, empero, (antes bien deben considerarse como subalternos del mismo poder secular) en cuanto á la autoridad ordinativa ó sea á la ritualidad y direccion que deben dar á los juicios de su privativa competencia. Por esto se entablan los *recursos de fuerza en el conocer y proceder* ante las audiencias contra los jueces eclesiásticos inferiores á quienes se ha declinado la jurisdiccion y que se deniegan á declararse incompetentes en un negocio de que hayan empezado á conocer, y los *recursos en no otorgar* y los *en el modo de conocer y proceder* contra dichos jueces, siempre que, aunque en negocios pura é indubitadamente espirituales, se resisten á admitir una apelacion legítimamente interpuesta, ó dejan de observar los trámites y procedimientos que para los juicios comunes y ordinarios estan establecidos. Los propios recursos antes espresados competen privativamente ante el Tribunal Supremo de justicia, cuando se les entabla contra los jueces ó tribunales eclesiásticos superiores: y ademas hay algunos otros como son el llamado de *nuevos diezmos*, el de *inmunidad*, el de *retencion de bulas, de proteccion, de millones* y otros varios, acerca cuyo objeto y naturaleza nos abstendrémos de hablar estensamente, contentándonos con remitir á nuestros lectores á los títulos del libro 2. de la Nov. Recop. y á los profundos y magistrales tratados que sobre el particular han publicado los célebres jurisconsultos Salgado, Covarrubias y Conde de la Cañada: y á lo que en el apéndice al tit. 24 de esta Partida dejamos dicho sobre la cuestion por los citados escritores tan debatida de si debe ó no calificarse de verdaderamente judicial el conocimiento que de los *recursos de fuerza*, en general, compete por las leyes á los tribunales ordinarios como delegados del Príncipe ó de la Potestad temporal.

TITULO XXVII.

COMO LOS JUYZIOS, QUE SON VALEDEROS, DEUEN SER CUMPLIDOS, E QUIEN LOS PUEDE CUMPLIR.

Cumplidamente se muestra en los otros Titulos ante deste, de como los juyzios se deuen dar, e en que manera, e por que razones se pueden desatar, despues que son dados. E agora queremos aqui mostrar, de como se deuen cumplir los juyzios valederos, que non pueden, nin deuen ser quebrantados, por ninguna de las maneras que en las leyes de suso mostramos. E primeramente diremos, quien los puede cumplir. E en que manera. E contra quien. E en que cosas. E de si, en que tiempo.

LEY 1. *Quales Juezes pueden cumplir los Juyzios que fueren dados derechamente.*

Cumplir (1) pueden los juyzios, aquellos que son valederos, aquellos mismos Judgadores que los dieron (2). Esso mismo pueden fazer los Mayorales dellos (3). E otrosi dezi-

(1) Trae orígen esta ley de la l. 15. pr. D. *de re judic.* cap. *pastoralis* 28. *de offic. deleg.* y de lo anotado por Azon *in summa* C. *de execut. rei judic.* y V. Specul. tit. *de execut. sent.* §. *nunc dicendum.*

(2) Y habiéndose proferido sentencia á mi favor y contra mi adversario en la ciudad de Florencia ¿podré pedir que se haga la ejecucion en el lugar del orígen? V. Bart. á la l. 15. §. 1. D. *de re judic.* Alex. allí col. 4. y sigs. y Specul. tit. *de execut. sentent.* d. §. *nunc dicendum* col. pen. vers. *sed pone judex Perusinus.*

(3) Mientras sean tales, que, por derecho comun, puedan llevar las sentencias á ejecucion, como los Adelantados que pueden ejecutar las de los inferiores de su territorio, V. Specul. tit. y §. citados col. 2. vers. *ut autem:* y V. allí mismo col. 3. versic. *sed pone*, donde trata de quién deberá llevar á efecto la sentencia de un juez inferior confirmada en grado de apelacion, y Glos. y Abb. al cap. *pastoralis*, *de offic. deleg.* §. *præterea* y Bart. á la l. 15. pr. y Alex. allí col. 9. D. *de re judic.* espresando este último ser la mas comun opinion la de que es el juez de apelacion quien en tal caso debe ejecutar lo juzgado, bien que esceptúa algunos casos que pueden verse allí mismo.—*En el dia, la ejecucion de las sentencias compete privativamente á los jueces inferiores que han conocido de los negocios respectivos en primera instancia; y aunque hayan pasado aquellos á los tribunales superiores ó audiencias por via de apelacion, no ejecutan aquellas sus fallos, sino que deben remitir al juez *à quo* testimonio ó certificacion de la sentencia ejecutoria de vista ó de revista que hubieren proferido, para que, á instancia de las partes, pueda el inferior respectivo llevarla á cumplimiento. V. el apéndice á este tit.

mos, que si el juyzio fuere dado en vn lugar, e la cosa que judgaron es en otro; que el Juez en cuyo lugar (4) es, deue cumplir la sentencia, entregando la cosa al vencedor, despues que ouiere recebido carta, del que dio (5) la sentencia, sobre ello. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, cuando el Judgador diesse la sentencia, en razon de debda que alguno deuiesse, cuyos bienes fuessen en otro lugar, e non en aquel do dieron el juyzio. E non tan solamente los Juezes pueden por si cumplir los juyzios que son valederos; mas aun los pueden fazer cumplir por sus omes (6) que tengan señalados para esto, o por la Justicia, o por el Merino del lugar a quien lo mandassen.

LEY 2. *Como los Juyzios valederos deuen ser cumplidos.*

Cumplidos deuen ser los juyzios valederos en esta manera. Ca deuen primero catar (7) los que los mandan cumplir, si aquel que es vencido, otorgo la debda por si; o si le fue prouado, de guisa que non lo pueda contradezir: e deue fazer esto llanamente sin agrauiamiento, e con buenas palabras, entregando la cosa al vencedor contra el demandado, o a sus herederos, en tanta quantia, o en aquellas cosas que señaladamente son puestas en el juyzio. E si por aventura aquellos contra quien fuesse dado el juyzio, fuessen rebeldes, de manera que refertassen la entrega, queriendose amparar por fuerça; estonce deuen los Judgadores ayuntar omes armados (8), e venir al lugar con ellos, e cumplir su juyzio poderosamente, de manera que la justicia vença.

LEY 3. *En quales bienes deue ser cumplido el Juyzio.*

En las cosas, e en los bienes del dueño del pleyto, contra quien es dado el juyzio, se deue mandar cumplir, e fazer la entrega; primeramente (9) tomando de las cosas que fueren muebles (10), tantas en que se pueda

(4) L. 15. §. 1. D. *de re judic.*

(5) Conc. cap. *Romana* 1. §. *contrahentes* 3. *de for. compet.* l. 13. §. 3. C. *de judic.* y cap. *postulasti* 14. *de for. compet.* El juez, empero, que de otra parte, tenga jurisdiccion sobre el que ha sido condenado, ¿podrá llevar á ejecucion la condena, sin que le remitiere exhorto ó le comisionare á dicho efecto el juez que la hubiere pronunciado? Bart. á d. l. 13. §. 1. dice que no podrá hacerlo *de oficio;* pero sí, cuando la parte se lo pidiere, intentando la accion *in factum* que en virtud de la misma sentencia le compete; opinion que, segun Alex. allí, es la mas comun: y en efecto hay mucha diferencia entre la demanda de ejecucion segun que se la haya intentado por uno ú otro de los dos medios espresados, como observan los mismos Bart. y Alex. á la l. 7. D. *de re judic.* A pesar de esto, empero, y atendido principalmente lo dispuesto en la l. 5. tit. 8. lib. 3. del *Ordenam.* [l. 1. tit. 28. lib. 11 Nov. Recop.] creeria mas bien que toda sentencia trae siempre aparejada ejecucion, ya se pida esta de oficio, ya por medio de la accion *in factum*, por mas que diga Bart. á d. l. 7. insiguiendo la opinion de Specul. tit. *de execut. sentent.* §. *breviter* princ. fundándose en la Glos. notabl. á la l. 20. vers. *exercere* hácia el fin D. *de inof. testam.* donde dice que la accion *in factum* proveniente de una sentencia es ejecutiva. Esto mismo sostienen, contra Bart. Juan de Imol. á d. l. 7. Anton. despues de Inoc. al cap. 1. *de libell. oblat.* y Alex. á d. l. 7.; y esto sobre ser, al parecer, mas verosímil es mas propio para hacer que los pleitos no sean interminables, y que se ejecuten las sentencias con celeridad; opinando tambien lo propio Rodrigo Suarez en su repeticion á la l. 56. D. *de re judic.* 2. notabl. fol. 107. col. 4. y sigs.

(6) Añad. l. 68. y Glos. allí D. *de rei vindic.*

(7) Conc. ll. 1. y ult. C. *de execut. rei judic.*

(8) Añad. d. l. 68. D. *de rei vindic.* l. 19. tit. 13. Part. 5ª y Glos. al cap. *petimus* 2. cuest. 1.

(9) Y si, al trabarse la ejecucion, no se observase el órden aqui establecido, podria apelar de ella la parte ejecutada; pero, no apelando, seria válido el procedimiento, segun Bart. á la l. 15. §. 2. D. *de re judic.* cuya opinion es la mas comunmente recibida. —* V. el apéndice á este tit.

(10) Conc. l. 15. §. 2. D. *de re judic.* y V. Specul. tit. *de execut. sentent.* §. *sequitur* y Juan Andr. allí adicion 1. habiendo cesado, por lo declarado en nuestra ley aqui, la duda promovida por Juan de Imol. acerca de si lo dispuesto en el §. 2. de d. l. 15. habia sido derogado por la *Novell.* 4. cap. 3. collat. 1. y por la autent. *hoc nisi* C. *de solut.* en las cuales se previene que se den en pago al acreedor las cosas mejores. Pero ni siquiera por derecho comun puede decirse que estuviese derogada d. l. 15., porque el citado cap. 3. de

cumplir, e pagar la quantia de la debda que es puesta en la sentencia : e si el mueble non abondasse, deuen tomar de las cosas que son rayz (11), tantas que cumplan. E quando todo esto non cumpliesse para fazer la entrega, deuen entregar al vencedor, de las debdas manifiestas (12) que deuen al vencido, fasta que se cumpla la quantia de la sentencia. E non deuen entregar, por razon de la debda sobre que fue dado juyzio, en cauallos, nin en armas (13) de Caualleros, nin en soldada (14), nin en tierra que fuesse puesta para guisamiento dellos : nin en bueyes de arada (15), cuyos quier que sean, fallando otros bienes (16) del vencido en que se pueda cumplir el juyzio. E si por auentura, en cumpliendo el juyzio, acaesciesse contienda (17) sobre las cosas que tomauan para fazer la entrega; diziendo algunos, que eran suyas, o que auian derecho en ellas, e non de aquel contra quien fue

la *Novell.* 4. se refiere á otro caso bien diverso y especial, cual es el de no haberse encontrado comprador de las cosas ejecutadas, ó el de haberse presentado alguno [ofreciendo determinadamente comprar alguna de las cosas de mas valor] antes de proferirse sentencia; en cuyo caso nada tiene de estraño que por d. cap. 3. se conceda al acreedor la facultad de apoderarse de las cosas mejores del deudor, ó de instar que se adjudiquen al que ofrece comprarlas, ni el que haya de observarse lo que pretende Juan de Plat. á la l. 7. hácia el fin C. *de omn. agr. desert.*, esto es, que se adjudiquen al acreedor los bienes del deudor mas cercanos á los que aquel ya poseyere en el mismo territorio; sin perjuicio, empero, de observarse lo dispuesto en d. l. 15. §. 20., cuando, subastados los bienes del ejecutado, se haya encontrado quien los comprase, y V. sobre lo mismo la l. 3. tit. 14. Part. 5ª y lo anotado allí, * glosa 10. y V. tambien la adicion á la misma, con el apéndice al presente tit.

(11) Y si el deudor prefiriere que se ejecuten primero los bienes inmuebles que los muebles ¿ deberá no obstante observarse lo dispuesto aqui ? Parece que nó; porque esto está establecido á favor del deudor, segun indica Bart. á d. l. 15. §. 2. hácia el fin, y lo propio afirma Abb. al cap. *quoad consultationem, de re judic.* col. antepen. : sin que obste lo que espresa Alex. á d. l. 15. §. 2., fundándose en lo dispuesto respecto de los créditos del deudor : porque lo que acaba de decirse solo es aplicable á aquellas cosas que estan en los bienes ó en el patrimonio del deudor y que este verdaderamente posee : mas relativamente á los créditos no obra la misma razon, por no ejecutarse estos, sino cuando, á falta de otros bienes tienen que escederse los límites ordinarios de la ejecucion ; en cuyo caso se traba aquella en bienes que no son propiamente del ejecutado y estan poseidos por otro tercero : y asi lo opina Bald. á la l. 5. C. *de execut. rei jud.* pudiendo verse á propósito de lo dicho la l. 130. del *Quaderno de las Alcabalas* y l. 16. tit. 26. Part. 2ª — * Del *quaderno de alcabalas*, á que se refiere el glosador aqui, formado por los Católicos Reyes en 1491. quedan todavía algunas leyes en el tit. 12. lib. 10. Nov. Recop. entre las cuales no se cuenta la 130. citada en la presente nota, la que establecia, al parecer, el órden con que debia procederse en el apremio y ejecucion de los deudores de aquel impuesto. Pero hemos creido inútil detenernos en averiguar los términos en que se hallaba concebida, no solo porque ya no está vigente, sino tambien porque ni aun para el objeto á que se la cita en esta nota podia ser de utilidad alguna, toda vez que por otras leyes posteriores se hallan resueltas espresamente las cuestiones á que habian dado lugar estas nuestras leyes de Partida, como verémos en el apéndice al presente tit.

(12) Dispónese asi á tenor de lo establecido en la l. 15. §. 9. D. *de re judic.*

(13) Añad. l. 23. tit. 21. Part. 2ª y l. 3. tit. 2. lib. 4. *Ordenam. Real* [l. 1. tit. 2. lib. 6. Nov. Recop.] y pragmat. 104. fol. 121. de mi edicion.—* V. l. 13. tit. 31. lib. 11. Nov. Recop.

(14) Conc. l. 4. C. *de execut. rei jud.*

(15) Añad. l. 7. y autent. *agricultores* C. *quæ res pign. oblig. poss.* l. 4. tit. 3. Part. 5ª, y ll. 7. y 8. tit. 12. lib. 5. *Ordenam.*—*V. ll. 12., 13., 14., 15. y 16. tit. 31. lib. 11. Nov. Recop.

(16) Asi, pues, en falta de otros bienes, podrá tambien trabarse la ejecucion en los que se esceptuan aqui como privilegiados, l. 40. D. *de re judic.* y d. l. 4. C. *de exec. rei judic.* y, acerca de si, en tal caso, deberá reservarse al ejecutado, hallándose ocupado en el servicio de la república, la porcion de su sueldo necesaria para su subsistencia, V. Cyn. Bald. y Salic. á la l. 5. C. *quæ res pign. oblig. poss.* donde opinan por la afirmativa. ¿ Podrá, empero, trabarse la ejecucion en los caminos públicos y otros objetos semejantes, cuando aquella se hubiere decretado contra una universidad ? V. Juan Andr. adicion. á Specul. tit. *de execut. sentent.* §. *sequitur* versic. *si universitas* y lo anotado por Bald. á la rubr. C. *de contrahend. empt.* versic. *tertiò quæro.*—*V. el apéndice.

(17) Conc. l. 15. §. 4. D. *de re judic.*

dada la sentencia; estonce deue el Judgador llanamente (18) saber verdad, si es como dizen; e si fallare (19) que es assi, deue dexar las cosas, e cumplir el juyzio en las otras del vencido, que fallare que son sin contienda. E todas estas cosas que diximos fasta aqui en esta ley, han lugar en los juyzios que fuessen dados por razon de debda que deuiesse el vencido, o por otra cosa que fuesse tenido de fazer. Mas quando el juyzio fuesse dado sobre cosa cierta, quier fuesse mueble, o rayz, que ome demandasse por suya; estonce deuen cumplir el juyzio en aquella cosa misma (20), de qual natura quier que sea.

LEY 4. *Como se deue cumplir la sentencia que fuere dada contra muchos sobre alguna cosa.*

Acaesce a las vegadas, que dan sentencia contra muchos omes, sobre alguna cosa que deuen dar, o fazer, condenandolos, que la paguen, o la fagan. E porende dezimos (21), que si el Judgador, que diere tal sentencia como esta, condenare señaladamente a cada vno dellos por todo, que se puede cumplir la sentencia en los bienes de cada vno dellos. E si ciertamente non fuesse dada condenando a cada vno por todo; estonce dezimos, que se deue cumplir en los bienes de todos comunalmente, pagandolo todos por cabeças (22): e non pueden apremiar (23) a ninguno dellos por todo, quando la sentencia fuere assi dada; maguer se ouiesse obligado cada vno por todo, a la sazon que entraron fiadores, o debdores de so vno.

LEY 5. *Fasta quanto tiempo deue ser cumplido el Juyzio que fuere dado contra alguno.*

Seyendo el juyzio valedero, de manera que se deue cumplir, porque alçada non tomaron del, o si fue tomada, que confirmaron la sentencia, assi que non ay mas alçada; si el juyzio fue dado en razon de debda que el demandado conociesse, o fuesse vencido della, delante el Judgador, deuenlo cumplir en sus bienes fasta diez dias (24). E si por auentura

(18) V. Bart. á la extravag. *ad reprimendum* glos. vers. *summariè* y l. 7. tit. 19. Part. 4ª

(19) Lo mismo procederia, sin necesidad de tomar este sumario conocimiento, cuando hubiese otras cosas respecto de las cuales no hubiese cuestion, ú otramente creyera el juez conveniente trabar en ellas la ejecucion, Bart. á d. l. 15. §. 4. vers. *sed illud.* D. *de re judic.*

(20) Añad. l. 68. D. *de rei vindic.* cap. *cum Bertoldus* 18. *de re judic.* y Specul. tit. *de execut. sentent.* §. *sequitur* princ.

(21) Conc. ll. 1. y 2. C. *si plur. una sent. fuer. condemn.* y lo que se dispone aqui tendrá respectivamente lugar, aunque la condena proceda de una causa criminal, segun Specul. tit. *de sentent.* §. *species* hácia el fin, y Bald. adicion allí col. 4.

(22) Y si fueren dos comunidades las que hubieren sido condenadas ¿deberán contribuir cada una por la parte viril, ó entrambas solidariamente y en proporcion á sus facultades? V. Alberic. á d. l. 1. y l. 29. princ. D. *pro soc.* Y ¿quedarán obligados tambien por partes viriles el Abad y el Cabildo, cuando entrambos hayan sido condenados á pagar una determinada cantidad? Asi lo opina Bald. á la l. 21. C. *de appell.* y á la autent. *causam quæ fit cum monacho* C. *de Episc. et cleric.*

(23) Y esto tendria lugar, cuando se accionase en virtud de la sentencia: mas, cuando por la accion primitivamente intentada hubiese podido obligarse solidariamente á todos los convenidos, aunque no se hubiese espresado asi en la sentencia, podria aquella intentarse nuevamente, segun la Glos. á la l. 1. C. *si plur. un. sent. fuer. condemn.*; cuya opinion es generalmente recibida, y entonces deberá condenarse *in solidum* á cada uno de los convenidos, sin que puedan estos oponer la escepcion de cosa juzgada en virtud de la primera sentencia en la que habian sido condenados sin solidariedad, lo que es digno de notarse.—*Parécenos, empero, que si en el juicio ya terminado por sentencia se hubiese formado cuestion sobre si existia ó no y debia hacerse efectiva la solidariedad de la deuda, habria de estarse irremisiblemente á lo que resultase de la mencionada sentencia, y podria el deudor contra quien se intentase otra vez la accion solidaria oponer la escepcion de cosa juzgada, toda vez que, habiéndose pedido por el actor que se profiriese la condena *in solidum* y no habiéndolo verificado el juez en vista de la oposicion del demandado, esto equivaldria á una tácita declaracion de que la deuda no era verdaderamente solidaria, aunque asi, en espresos términos, no se hubiese declarado.

(24) Nótese bien esto; pues, por derecho comun antiguo, era ese término de dos meses, l. 31. D. *de re judic.* y de cuatro por el derecho nuevo del C. ll. 2. y últ. C. *de usur. rei judic.*, lo mismo que por derecho canónico, cap. *quoad consultationem* 15. *de re judic.* y cap. *quærenti* 26. *de offic. deleg.*: pero podia ser abreviado por el juez con justa causa, l. 2. D. *de re judic.* Por derecho del Reino, como se declara

fuesse dado sobre alguna cosa cierta que ome demandasse por suya; estonce deuese cumplir luego en aquella cosa sobre que fue dado el juyzio: e si el condenado (25) dixesse, que non podria fazer luego entrega della, porque es en otra parte; si esto non dixesse maliciosamente, deue dar buenos fiadores, que aquel plazo que el Judgador tuuiere por guisado, que de aquella cosa, o aquello en que fuere apreciada, si non la pudiesse auer. E si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razon de alguna cosa que deuiesse fazer (26), deuelo apremiar (27), que la faga assi como fue puesto, o lo prometio: e si el juyzio fuesse dado sobre algun pleyto de escarmiento de justicia de muerte, o de perdimiento de miembro, deuese luego (28) cumplir de dia (*a*) concejeramente (29) ante los omes, e non de noche a furto (30). Ca la justicia non tan solamente deue ser cumplida en los omes por los yerros que fazen; mas aun porque los que la vieren, tomen ende miedo, e escarmiento, para guardarse de fazer cosa por que merezcan recebir otro tal.

(*a*) paladinamente Acad.

LEY 6. *Como deuen ser vendidos los bienes que fueren tomados a alguno, por razon de entrega, o de Juyzio.*

Entregado (31) seyendo algun ome en los bienes de su debdor por sentencia del Juez, si el debdor no pagasse lo que auia a dar, puede meter en almoneda aquella cosa que le entregaren, con otorgamiento del Judgador, e almonedearla (*b*) fasta veynte dias (32), e de si deuese vender al que mas diere por ella, de los veynte dias en adelante. E si por auentura mas valiesse que la debda que auia a recebir, lo demas deuelo dar (33) al que era señor de la cosa. E si valiesse menos (34), deue el Judgador aun, entregar en los bienes del vencido, aquello que valia de menos. E si acaeciesse, que en los (*c*) veynte dias sobredichos

(*b*) fasta treinta dias en adelante. Et si por aventura etc Tol. 1.
(*c*) treinta Tol. 1.

aqui, estan señalados diez dias desde que la sentencia haya obtenido autoridad de cosa juzgada. —*La l. 1. tit. 17. lib. 11. Nov. Recop. previene que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se haya de llevar á cumplimiento y ejecucion dentro el término de tres dias, si fuere sobre cosa *raiz ó mueble que no sea de dineros*, y dentro de diez dias, *si el juicio fuere dado sobre dineros.*

(25) Conc. §. 2. y Glos. allí *Instit. de offic. judic.*

(26) Parece inferirse de aqui que, el que ha contraido la obligacion de hacer, si ha sido condenado por sentencia, podrá ser compelido á verificar el hecho estipulado, contra lo que generalmente sucede, ó sea, que el que está obligado á *hacer*, cumple pagando los perjuicios ocasionados por su incumplimiento; bien que lo contrario opina Bart, á la l. 72 col. pen. D. *de verb. oblig.* Pero Bald. sostiene despues de la Glos., á la l. 68. D. *de rei vindic.* que es propio de toda sentencia el que pueda compelerse á la parte al cumplimiento de la misma, sin que tenga aquella la eleccion de pagar los perjuicios, aunque antes la hubiere tenido; y asi parece confirmarse por nuestra ley aqui, pudiendo verse sobre lo mismo la l. 3. tit. 14. Partida 5ª con lo allí anotado.

(27) Pero ¿dentro de qué término habrá de procederse á ese apremio? V. Bald. á la l. últ. col. últ. C. *de execut. rei judic.*

(28) Entiéndase, luego que haya la sentencia obtenido la autoridad de cosa juzgada, sea que de ella legalmente no haya apelacion, ó que, habiéndola, las partes hayan dejado pasar el término concedido para apelar, sin hacerlo, V. Specul. tit. *de execut. sent.* §. *videndum* Ang. é Imol. á la l. 6. D. *de appell.* y Abb. al cap. 2 *de re judic.* y añad. l. 18. C. *de pœn.*

(29) Añad. la últ. tit. 31. Partida 7ª y l. 16. §. últ. D. *de pœn.*

(30) Tal vez deberia esceptuarse de lo dispuesto aqui el caso en que pudiese resultar escándalo ó se temiese alguna intentona de arrebatar al reo de manos de la justicia, arg. lo anotado por la Glos. á la l. 1. C. *de fid. instrum.* col. últ. al fin.

(31) V. l. 13. tit. 6. lib. 3. del *Ordenam.* y nótese que lo dispuesto aqui por nuestra ley es distinto de lo que disponia el derecho comun en l. 31 D. *de re judic.* y V. Azon *in summa* hácia el fin C. *de execut. rei judic.*—* V. el apéndice.

(32) V. l. 52. tit. 5. Partida 5ª Respecto de las rentas Reales V. ll. 11. y 13. tit. 4 lib. 6. *Ordenam. Real*, y acerca de los casos de Hermandad V. las leyes *de la Hermandad* fol. ult. sobre lo cual deben observarse los estatutos y costumbres locales, Glos. y Bald. á la l. ult. C. *de jur. dom. impetr* Si las cosas ejecutadas fueren muebles, bastará que se subasten por el término de diez dias, segun d. l. 52, nótese al propósito de lo dispuesto aqui la l. 31. D. *de re judic.* — * V. el apéndice.

(33) Conc. l. 31. al fin D. *de re judic.*

(34) Añad. ll. 3. y 9. C. *de distract. pign.*

non saliesse comprador (35) que la comprasse, por miedo, o por amor del vencido, o por otra razon; estonce deue el Judgador otorgarla al vencedor, como en manera de compra, por tanto quanto entendiere (36) que vale la cosa.

(35) Añad. l. 15. §. 3 D. *de re judic.*

(36) Nótense bien estas palabras á propósito de lo que opinan la Glos. y DD. á d. l. 15. §. 3. D. *de re judic.* sobre lo cual V. Alex. allí, donde espresa que si los bienes ó cosas ejecutadas se hubieren adjudicado simplemente al acreedor, se entenderán adjudicados en pago de toda la deuda, V. Bart. y Salic. á la l. 3. C. *de execut. rei judic.* y Alex. á d. l. 15. §. 3 col. 2. 3. y 4.

APÉNDICE.

Todas las disposiciones establecidas en el presente título relativamente á la ejecucion de las sentencias han sido espresamente ratificadas por las leyes posteriores ó modificadas en gran manera por las mismas; de suerte que ya no es en el dia el Derecho de Partidas sino el de Nov. Recop. el que rige sobre la materia. En este concepto, pues, nos proponemos hacer una sucinta reseña de las leyes que en la actualidad estan vigentes, insiguiendo en ella el mismo órden adaptado acerca del particular por los compiladores de las Partidas. Esplicarémos en primer lugar quiénes son hoy los jueces competentes para llevar las sentencias á ejecucion: 2º, cómo deben proceder y qué trámites deben observar para ello; 3º, contra quién ha de entenderse la ejecucion ó quiénes no pueden ser ejecutados; 4º, cuáles son las cosas exentas de que sobre las mismas se trabe ejecucion; 5º y último, desde cuándo y hasta qué tiempo puede pedirse y decretarse la ejecucion de las sentencias una vez hayan obtenido la autoridad de cosa juzgada.

La l. 1. del presente título en la que se declaraba que pudiesen cumplir y ejecutar las sentencias los mismos jueces que las hubiesen dictado ó sus superiores ó *mayorales* respectivos, está derogada por la l. 1. tit. 17. y mas espresamente por la l. 4. tit. 29. lib. 11. Nov. Recop., en la primera de las cuales se establece que «despues que el juicio que se diere » por el Alcalde fuere *confirmado* ó pasado en » autoridad de cosa juzgada, que el *Alcalde* » *que diere el juicio* lo haga cumplir y ejecu» tar:» y en la segunda que «cuando algun » pleito de ejecucion viniere en grado de ape» lacion y confirmare el Alcalde mayor la sen» tencia, *remita la ejecucion al inferior*, *y no* » *la haga el.*» Insiguiendo y aun ampliando esta misma disposicion, cuando en el art. 58. del Reglam. prov. se enumeraron las facultades *únicas* que competian á las audiencias, no se continuó entre ellas la de ejecutar y llevar á cumplimiento las sentencias de vista ó de revista que profirieran, sino tan solo la de conocer en *segunda y tercera instancia* de los negocios ó causas que los jueces inferiores les remitiesen en apelacion ó en consulta, ó por via de recurso de nulidad: y en el art. 59. se declaró que «fuera de aquellas facultades le» gítimas que las audiencias tienen en los casos » de apelacion, competencia y recurso de fuer» za, proteccion ó nulidad, no puedan de ma» nera alguna avocar causa pendiente ante el » juez inferior en primera instancia, ni entro» meterse en el fondo de ellas cuando promue» van su curso, ó se informen de su estado, ni » pedírsela aun *ad effectum videndi*, ni retener » su conocimiento en dicha instancia cuando » haya apelacion de auto interlocutorio, ni em» barazar de otro modo á dichos jueces en el » ejercicio de la jurisdiccion que les compete » de lleno en la instancia espresada.» La ejecucion de una sentencia ó es parte del mismo juicio en el cual ha sido aquella proferida, ó es el objeto de otro juicio sumario pero distinto del declarativo cuyo fallo se trata de llevar á cumplimiento: en el primer caso la ejecucion que debia ser el término y complemento del juicio habrá de considerarse suspendida por la apelacion ó recurso de nulidad que se hayan interpuesto, de modo que una vez se hallen aquellos recursos decididos queda alzada la suspension y se procede á continuar y terminar el negocio naturalmente ante el mismo juez que lo habia empezado. En el segundo caso ó sea en el de considerarse la ejecucion de la sentencia como un juicio distinto y separado del declarativo, todavía es mas notorio y evidente que con la demanda en que dicha eje-

cucion se pide se promueva la primera instancia de aquel nuevo juicio, cuyo conocimiento, por lo tanto, corresponde privativamente al juez inferior ú ordinario. Solo, pues, los jueces que conozcan de los negocios y los fallen definitivamente en primera instancia son los competentes para llevar á ejecucion los fallos que en los mismos hubieren recaido y obtenido autoridad de cosa juzgada, no solo cuando la sentencia de primera instancia haya sido confirmada y sea la que deba ejecutarse, sino tambien cuando haya sido revocada por la de vista ó de revista que cause ejecutoria: á cuyo último caso no se estendia la disposicion de las leyes recopiladas que antes hemos citado. Ahora, si bien por regla general son los jueces inferiores ú ordinarios los que conocen esclusivamente de todos los negocios en primera instancia, los hay, empero, de escepcionales, como las causas formadas contra dichos jueces por delitos cometidos en el ejercicio de su jurisdiccion, cuyo conocimiento aun en primera instancia compete privativamente á las audiencias; y la ejecucion de los fallos que en semejantes causas recayeren, sin duda alguna estará á cargo de los mismos tribunales superiores, quienes deberán observar para ello lo que prescriben respectivamente á los jueces inferiores las leyes comunes para proceder ejecutivamente en los negocios de su privativo conocimiento, y deberán cometer á la primera autoridad del pueblo ó partido respectivo las diligencias que, para la espresada ejecucion, hayan de practicarse fuera de la residencia del tribunal, art. 73. de d. Reglam.; en el cual no se ha hecho, en esta parte, mas que ratificar ó aplicar á dicho caso especial lo que generalmente para todos los demas estaba ya prescrito por las leyes 5. y 8. tit. 29. lib. 11. Nov. Recop. esto es, que para la cobranza de cantidades ó ejecucion de sentencias, cuando el juez competente no pueda verificarlas por sí mismo, no se puedan enviar ejecutores ni otras personas especialmente comisionadas, sino que se deba encargar la práctica de las diligencias correspondientes á las justicias ordinarias del lugar en donde la ejecucion haya de verificarse. Lo mismo que de las audiencias debe decirse respectivamente del tribunal supremo acerca de los negocios de que debe conocer aquel, segun las leyes, en primera instancia. — Los laudos ó sentencias arbitrales, por no tener potestad de ejecutarlas los que las han proferido, deben ser llevadas tambien á cumplimiento por los jueces de primera instancia á cuya jurisdiccion esté sujeta la parte, contra quien ha de practicarse la ejecucion, l. 35. tit. 4. de esta Part. l, 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Recop.

Por lo que hace á las personas contra quienes habrá de entenderse la ejecucion de una sentencia cuando se la haya proferido contra varios, nada tenemos que añadir á lo dispuesto por la l. 4. del presente tit. y á lo que observa sobre la misma nuestro Glosador: y asi podrá decretarse dicha ejecucion *in solidum* contra todos y cada uno de los que por ella hayan sido condenados, cuando se haya declarado espresa ó tácitamente que hubiese de entenderse solidaria la condena; teniéndose, empero, presente lo que se ha dicho en la adicion á la nota 23. y advirtiéndose que en la actualidad y segun lo terminantemente prevenido por la l. 10. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop. aunque sean muchos los deudores ú obligados en un contrato, no puede entenderse ni por consiguiente declararse que haya solidariedad en la obligacion contraida, á menos que asi espresamente se hubiere estipulado y convenido.

Los trámites que deberán observarse para llevar á ejecucion y cumplimiento una sentencia serán distintos, segun que se proceda por la via de apremio ó por la verdaderamente ejecutiva: y adviértase que llamamos aqui via de apremio, nó á la que por la ley de enjuiciamiento está especialmente establecida para ciertos casos ó pleitos de comercio, ni á la que creen los Autores que ha de seguirse en algunos negocios comunes, en los cuales se observa una sustanciacion aun mas rápida y sumaria que la ejecutiva, sino al procedimiento que deberá observarse para apremiar á la parte condenada por la sentencia á que cumpla lo que en ella le ha sido mandado, siempre que la condena no consista en el pago de cantidades, sino en la verificacion de algun hecho, en la entrega de una cosa mueble ó la dimision de una finca, de la cual, hallándose existente la cosa que deba entregarse, no podrá escusarse el litigante vencido, aunque ofrezca en cambio pagar los perjuicios que de su incumplimiento pudieren seguirse á la parte vencedora. En semejantes casos ni deben cumplirse, ni materialmente es posible que se cumplan la mayor parte de los requisitos y formalidades establecidas para el juicio ejecutivo, las cuales se refieren casi todas al cumplimiento de las sentencias sobre pago de cantidades y al modo de proceder para hacer efectivo dicho pago con los bienes del deudor en el caso de denegarse este ó de no poder cumplirlo por falta de numerario. La obligacion de *hacer*, segun nuestro derecho, no se convierte en obligacion de pagar el *id quod interest*, ó de resarcir los daños y perjuicios que puedan seguirse al acreedor de la falta de cumplimiento, sino cuando se hallare aquel imposibilitado de verificar el hecho prometido, á tenor de lo anotado por Gregor. Lopez en la glos. 26 de este

tit. y de lo dispuesto en la l. 3. tit. 14. Partida 5ª y V. lo dicho allí (nota 11). Si, pues, el que está obligado á hacer debe cumplir aquello mismo que prometió, una vez aquella obligacion haya pasado á ser ejecutiva ó sancionada por una sentencia con autoridad de cosa juzgada, para llevar esta sentencia á cumplimiento deberá procederse por la via de apremio, la cual consistirá en pasar el mismo juez ó tribunal á llevar á efecto por sí la providencia ejecutoriada, haciendo uso de la fuerza en caso conveniente, ó bien en apercibir y multar al deudor si impidiere indirectamente el cumplimiento del mandato de ejecucion, en aplicarle las penas conminadas por la ley (*a*) contra los que estorban la ejecucion de lo juzgado, y hasta en ponerle preso y proceder criminalmente contra él, si fuere muy renitente, toda vez que entonces ya no habrá solo una contravencion de una obligacion legítimamente contraida, sino un punible desacato y un acto de desobediencia á la autoridad pública ejercida y representada por el juez ejecutor. En estos términos deberá, en nuestro concepto, entenderse y aplicarse lo dispuesto por la l. 2. del presente tit. para el caso en que *aquellos contra quienes fuese dado el juizio fuessen rebeldes, e refertasen la entrega*, en el cual *deuen los judgadores ayuntar omes armados e venir al lugar con ellos, e cumplir su juizio «poderosamente» de manera que la justicia venza.* Todo lo dicho, empero, debe entenderse sin perjuicio de que se oiga á la parte que ha sido condenada por sentencia á hacer ó entregar alguna cosa determinada, siempre que, á pesar de no ser imposible, se resistiere á verificar aquel hecho ó entrega, no con intencion de rebelarse contra los mandatos del juez ejecutor, sino por alguna derecha razon que alegare en calidad de escepcion; la cual deberá serle atendida, siendo de aquellas que pueden oponerse en la via ejecutiva en los términos que luego tendrémos ocasion de esplicar: y sin perjuicio tambien de que la parte contra quien se hubiese proferido la sentencia pueda, antes ó despues de haber pedido la rigurosa ejecucion por la via de apremio, instar que se declare al deudor renitente incurso en la obligacion de pagar y resarcir los daños y perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento, porque la citada ley 3. solo priva al deudor de la eleccion ó alternativa de ofrecer libremente la referida indemnizacion en lugar de cumplir el hecho prometido; pero no escluye el derecho y facultad en el acreedor de pedirla, siempre que por la morosidad del obligado ó por otra razon legítima crea mas conveniente reclamar los daños y perjuicios que el cumplimiento ó verificacion del hecho que habia estipulado. Mas es de advertir que, una vez el acreedor haya optado por lo primero, deberá suspenderse enteramente la via de apremio para el efecto de cumplir estrictamente lo juzgado; y, sin perjuicio de seguir procediendo contra el deudor, si á ello hubiere dado lugar con su inobediencia ó desacato, deberá procederse á la liquidacion del *id quod interest* ó perjuicios reclamados, y á la exaccion de los mismos, luego que sean líquidos, en iguales términos que para la ejecucion de una condena de cantidades. Y debemos finalmente advertir que, al tratar de esa via de apremio establecida para la ejecucion de las sentencias en que no se haya mandado *pagar* una cantidad, sino *hacer* algo, hemos equiparado á las mismas aquellas en que se mande *dar*, *entregar* ó *restituir* una cosa determinada y existente, porque aun cuando estas últimas no se dirigen á hacer efectiva una verdadera obligacion de *hacer* en la legal significacion de esta palabra, pero son de igual naturaleza y ofrecen el propio carácter en cuanto á su ejecucion y cumplimiento, el cual se ha de realizar al fin por medio de un *hecho* distinto del *pago* ó *entrega* de cantidades, único que las leyes recopiladas han tenido presente al ordenar y regularizar el verdadero juicio ejecutivo.

Este, pues, tiene por objeto, segun acabamos de indicar, el que se haga efectivo el pago de las deudas declaradas legítimas y exigibles por sentencia ejecutoriada, ó reconocidamente tales por confesion del deudor ú otra de las causas ó títulos que traen aparejada ejecucion; y está dividido por las leyes y doctrinas de los Autores en dos partes ó procedimientos distintos por su naturaleza y objeto: el primero se dirige á preparar la ejecucion y á instruir el juicio sumario ejecutivo, embargando bienes del deudor, oyendo y decidiendo las escepciones que este oponga siendo tales que legalmente procedan en dicho juicio: el segundo tiene por objeto la realizacion de la venta de los bienes embargados y el pago de la deuda ó la adjudicacion de los mismos bienes al acreedor cuando nadie haya querido comprarlos: y esta última parte del juicio ejecutivo es la que nuestros Prácticos califican especialmente de *via de apremio;* pretendiendo que puede empezarse por ella y prescindirse del procedimiento preparatorio é instructivo, aun cuando se trate de pago de cantidades, y siempre que lo que se trate de ejecutar sea, no un crédito escriturario ó confesado por el deudor ú otro de los títulos que traen aparejada ejecucion, sino una sentencia de un tribunal ó

(*a*) Entre otras de dichas penas está prescrita por la l. 2. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. la de confiscacion de bienes, que no podrá hacerse efectiva por estar entre nosotros completamente abolida, art. 10. de la Constitucion de 1837, y asi deberán imponerse en aquel caso las que por nuestro derecho penal escrito ó consuetudinario se hallen establecidas por el delito de resistencia á la justicia.

juez de derecho ó de árbitros arbitradores pasada en autoridad de juzgado. Pero dudamos que, aun para la ejecucion de una sentencia ó laudo, pueda adoptarse en general la referida práctica, como no sea en el caso de procederse á ella por el mismo juez y en méritos del propio espediente en que dichos fallos se hubiesen proferido; pues si se dejase pasar algun tiempo despues de ejecutoriados y se presentare despues la parte vencedora con testimonio ó certificacion de los mismos instando separadamente la ejecucion, deberian, en nuestro concepto, observarse los propios trámites y formalidades que para los demas casos ordinarios, y no habria razon para empezar inmediatamente por la *via de apremio;* antes deberia darse lugar á la legítima contradiccion y dispensarse al deudor todas las consideraciones y plazos que, aun en la via ejecutiva, otorgan las leyes á los demandados para que puedan hacer su defensa y oponer y probar las escepciones que acaso les competan. En este concepto puede decirse que el juicio ejecutivo tambien es contradictorio y solo se diferencia del ordinario en que no todas las escepciones que en el segundo pueden oponerse en el primero, en que se conceden en este unos términos mas breves y perentorios que en aquel para oponerlas y probarlas, y en que la via ejecutiva, á diferencia de la ordinaria, aun en aquellos casos en que es susceptible de discusion, empieza siempre y substancialmente por asegurarse, con el embargo y depósito de bienes suficientes, las resultas del juicio, antes de emplazarse al demandado, quedando asi preparado el apremio para llevarlo despues á efecto, si, á pesar de lo que alegare aquel, resulta ser procedente la ejecucion solicitada. Tan solo, pues, en aquellos casos en que no haya absolutamente probabilidad ni posibilidad próxima de tener el deudor escepciones que oponer contra la demanda ejecutiva, podrá prescindirse de las formalidades establecidas para facilitarle su defensa, y empezarse el procedimiento por la via de apremio sin previa discusion: y eso únicamente podrá ocurrir, segun antes hemos indicado, nó siempre que se pida la ejecucion de una sentencia judicial ó arbitral, sino cuando se la pida en méritos de los mismos autos en que haya recaido ó inmediatamente despues de proferida y ejecutoriada; en cuyo caso habrá una certitud y evidencia moral de que no puede alegarse motivo racional alguno para oponerse á su cumplimiento. Tres especies de escepciones, por punto general, se admiten en los juicios ejecutivos, las que se dirigen á impugnar la autenticidad del título con que la ejecucion se pide, las que niegan la personalidad del que la solicita ó de aquel contra quien la demanda se dirige, y las que tienden á probar que el crédito ejecutivo, á pesar de haber sido válido y legítimo en su principio, ha dejado de existir con posterioridad ó de tener fuerza ejecutiva, por haber mediado pago, novacion, pacto de no pedir ú otro de aquellos hechos por los cuales se estinguen ó modifican las obligaciones ya contraidas. Si se pide, pues, la ejecucion de una sentencia ejecutoriada en méritos de los mismos autos en que se la haya proferido ¿cómo es posible que se oponga la escepcion de falsedad ni que por otro medio se trate de poner en duda la autenticidad de la misma ante el propio juez que la ha dictado y que preside á las actuaciones, de las cuales aquella forma parte? Y si la demanda de ejecucion se propone inmediatamente despues de haber obtenido dicha sentencia la autoridad de juzgado, ¿cómo puede admitirse la presuncion de que se haya verificado el pago y lo haya aceptado el mismo acreedor que pone aquella demanda, ni que haya este remitido la deuda ó celebrado pacto de no pedir? Posible es que semejante pacto exista, que la deuda esté pagada, pero es tan remota la posibilidad de que un litigante tenga el atrevimiento de reclamar un crédito al acabarlo de cobrar ó remitir, que la ley no ha debido presumirla. De otra parte, aun las escepciones de *usura, dolo ó fuerza* que tambien son admisibles en el juicio ejecutivo, no podrán, en nuestro concepto, tener lugar contra la ejecucion de una sentencia ejecutoriada; porque esta, ó bien ha llegado á serlo á pesar de las referidas escepciones oportunamente opuestas en el juicio ordinario, en cuyo caso ya estará prejuzgada su legitimidad ó improcedencia; ó el deudor no habrá cuidado de oponerlas, pudiendo, y entonces no es justo permitirle que las oponga en el juicio ejecutivo, ni es verosímil que tenga derecho de oponerlas, no habiéndolas deducido en ocasion mas oportuna y para él mas favorable. Las escepciones de *personalidad* siempre que se refieran á los propios individuos que han formado parte en el pleito, menos todavía, que las espresadas, podrán oponerse por punto general á la ejecucion de la sentencia, porque en esta está reconocida y sancionada la *personalidad* de los espresados individuos; de modo que el ponerla en duda seria impugnar, mas bien que la ejecucion, la legitimidad de la sentencia misma. Y por estas razones creemos que podrá procederse inmediatamente por via de apremio, y prescindirse del procedimiento preparatorio é instructivo (incluso el requisito de previa conciliacion que tambien es indispensable en los juicios ejecutivos), siempre que se trate de llevar á ejecucion una sentencia en méritos de los mismos autos en que se la haya dictado, y luego despues

de ser aquella ejecutoriada, pues entonces ni hay posibilidad de que se opongan escepciones, ni la referida ejecucion forma objeto de un nuevo juicio, sino que es parte, continuacion y complemento del ordinario en el que dicha sentencia ha recaido. Si, esto no obstante, el reo ejecutado alegare y ofreciere probar incontinenti alguna de las escepciones procedentes en el juicio ejecutivo, deberá oírsele y permitirle que la pruebe; porque el procederse, en dichos casos, por la via de apremio, solo significa que en ellos no se admite *à priori* la presuncion de que pueda haber oposicion legítima, y que no importa nulidad el que no se concedan *ipso jure* los términos legales para deducirla; nó que en el caso de que haya de hecho oposicion, pueda desatendérsela y llevarse adelante la ejecucion á pesar de las reclamaciones del ejecutado.

Cuando, empero, se pida la ejecucion de una sentencia con testimonio ó certificacion de ella ante un juez distinto del que la ha proferido, como necesariamente ha de suceder en los laudos ó sentencias arbitrales, cuyo cumplimiento compete privativamente á los jueces ordinarios, ó cuando la ejecucion haya de practicarse fuera del lugar del juicio y se la instare ante un juez comisionado, presentándole al efecto el correspondiente exhorto ó provision espedidos por el que profirió la sentencia ¿que dificultad habrá en que contra esas letras de comision que forman el título ejecutivo pueda oponerse por el ejecutado la legítima escepcion de *falsedad*? ¿Cómo no podrá oponerse asimismo la escepcion de *falta de personalidad* contra el que instare la ejecucion, siempre que lo hiciere, nó el mismo que obtuvo la sentencia ejecutoriada sino sus herederos ó sucesores, ó siempre que aquella se instare, nó contra el mismo que sucumbió en el juicio ordinario, sino contra sus herederos por haber uno ú otro fallecido despues de proferida y ejecutoriada la sentencia? Hé aqui como, aun instándose la ejecucion de un fallo, puede haber casos en que no esté escluida la presuncion de que el demandado pueda oponerse legítimamente á la demanda ejecutiva: y por esto hemos dicho que para cesar aquella presuncion y para poderse en consecuencia proceder desde luego por la *via de apremio* á semejante ejecucion es necesario que se la pida en méritos de los propios autos y ante el propio juez ó tribunal que hubiese proferido la ejecutoria, y que la inste la misma persona que obtuvo dicha ejecutoria y contra la misma que en ella hubiese sido condenada: porque, tan solo concurriendo estas circunstancias, podrán calificarse de notoriamente indubitadas ó incuestionables la *legitimidad* del título y la *personalidad* de las partes ejecutante y ejecutada. Y hemos añadido tambien ser indispenble que la ejecucion se pida sin intermision y luego despues de proferida y ejecutoriada la sentencia; porque si llegase á mediar un espacio considerable de tiempo, aunque no bastante para perderse el derecho ejecutivo por la prescripcion, cesaria forzosamente la presuncion de que contra la demanda propuesta no han de poderse oponer las escepciones de pago, remision, novacion, pacto de no pedir ni otra alguna de aquellas que, sin escluir la preexistencia y legitimidad del título, se fundan en la estincion del mismo despues de legítimamente constituido. ¿Cuánto tiempo, empero, será menester ó se considerará suficiente para escluir aquella presuncion y con ella la facultad de poderse pedir y proveer la ejecucion por la *via de apremio*? Difícil, ó por mejor decir imposible, es determinarlo: y solo podrá hacerlo, por su prudente arbitrio y apreciando las circunstancias de los casos, el juez ante quien se instare la ejecucion: la cual, empero, en caso de duda deberá proveerse, en nuestro concepto, mas bien en la forma ordinaria, que por la *via de apremio*, ya porque siempre en semejantes casos debe adaptarse la interpretacion mas favorable al deudor, ya tambien por que, en último resultado, nunca puede ser tan grande el perjuicio que resulte al ejecutante de empezarse por el procedimiento preparatorio é instructivo, como el que pudiera irrogarse al ejecutado prescindiéndose de aquel indebidamente y negándole los medios de hacer la defensa que tal vez legítimamente le compete. Por lo demas, es este uno de los muchos puntos en que tan solo á la *autoridad* de la ley y no á la *razon* privada es dado establecer una regla general. A cualquiera se le alcanza que para el efecto de graduar las probabilidades de que el demandado haga oposicion á la demanda de ejecucion de una sentencia, no es lo mismo el pedirla algunos años despues de haber sido aquella proferida que el pedirla inmediatamente y como una continuacion del mismo juicio ordinario y declarativo en que se la ha proferido. Pero, ¿en qué momento se verifica ese cambio tan notable en el derecho adquirido por el que obtuvo una sentencia favorable? Esto es lo que la ley tan solo tendria facultad de determinar, asi como ha determinado que en el último momento en que cumplen los diez ó veinte años de la prescripcion se pierda el dominio que se tenia sobre una cosa, y que en el último momento en que se cumple el año vigésimo quinto de la edad natural se adquiera la capacidad civil de administrar y obligarse por sí que un momento antes no se tenia todavía. Pero ese límite que la ley tan solo podia establecer, en tanto no lo ha establecido en el particular de que nos es-

tamos ocupando, como que ni siquiera está por ella espresamente autorizada la práctica de poderse empezar una ejecucion por la *via de apremio* en los negocios comunes y ordinarios, y únicamente es doctrina de autorizados escritores y comunmente recibida la de que pueda procederse al apremio desde luego, cuando se trate de la ejecucion de una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Nosotros creemos, fundados en las razones que hemos espuesto, que semejante doctrina debe entenderse con las limitaciones que tambien dejamos esplicadas; pero no podemos marcar exacta y precisamente la línea de division entre los casos comprendidos en la regla general y los que, en nuestro juicio, deben calificarse de escepcionales por razon del tiempo transcurrido desde la prolacion de la sentencia hasta la instancia de ejecucion: y por esto hemos dicho que debe quedar al arbitrio judicial el determinar segun las circunstancias, si habrán ó no de considerarse escluidas la presuncion y posibilidad próximas de que tenga el ejecutado escepciones que oponer, y si habrá ó no lugar en consecuencia á procederse por la via rigurosa de *apremio* ó por la preparatoria é instructiva del juicio ejecutivo ordinario. — En los negocios mercantiles y tambien en los comunes de menor cuantía encontramos espresamente autorizado el procedimiento ejecutivo por la via de apremio; bien que solo en los primeros está perfectamente regularizado, con declaracion no solo de los casos en que tendrá aquel lugar, sino tambien de las circunstancias que deberán concurrir para que pueda empezarse por él prescindiéndose del procedimiento preparatorio ó instructivo. La ley de 10. de enero de 1838. para los pleitos de menor cuantía se limita á declarar en su art. 24. que en la ejecucion de las sentencias que recayeren en los mismos y consiguiente exaccion de costas deberán los jueces proceder de plano sin permitir gastos y dilaciones que puedan escusarse: y que para ello, si requerido el deudor, no pagase dentro de dos dias, se embargarán y venderán en almoneda pública bienes suficientes; los muebles á los tres dias y los raices á los nueve pregonándolos de tres en tres. Nada se dice aqui del caso en que se pida la ejecucion mucho tiempo despues de ejecutoriada la sentencia; en el cual, lo mismo que en el de proceder aquella de un pleito de mayor cuantía, creemos nosotros que deberá procederse á la traba de ejecucion y embargo de bienes, y demas trámites propios de un juicio ejecutivo ordinario. Mas previsora la ley de enjuiciamiento para las causas y negocios de comercio ha clasificado cuidadosamente los titulos que traen aparejada ejecucion, y declarado, en sus arts. 350 y 352, cuáles sean aquellos en cuya virtud puede procederse rigurosa é inmediatamente por la via de *apremio*. Entre estos ha continuado las sentencias de los tribunales de comercio ó las arbitrales que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada y los laudos de amigables componedores consentidos por las partes ó contra los que no se hubiese reclamado dentro el término de la ley: pero ha declarado ademas espresamente que tan solo podrá procederse por la sobredicha *via de apremio, cuando se la intentare en los tres meses siguientes al dia en que hubiere adquirido dicha sentencia ó laudo fuerza ejecutiva; y que despues de este plazo tendrá solamente lugar el procedimiento de ejecucion por los trámites señalados para los casos ordinarios.* Ese término de tres meses dentro el cual está circunscrita en los negocios mercantiles la facultad de instar por la *via de apremio* la ejecucion de las sentencias ó laudos pudiera aplicarse prudencialmente y por analogía á los negocios comunes, y servir de norma á los jueces ordinarios al apreciar segun su arbitrio las circunstancias de los casos, y al determinar el modo con que respectivamente corresponda proceder para llevar sus sentencias á ejecucion.

Debemos, empero, advertir antes de dejar esta materia que todo lo dicho respecto de las sentencias ejecutoriadas es aplicable del mismo modo á las ejecutivas ó sea á las que deben llevarse á efecto sin embargo de los recursos de apelacion ó nulidad que contra las mismas se hayan intentado. Parécenos asimismo evidente que en los casos en que se inste la ejecucion de una sentencia por la *via de apremio*, no deberá celebrarse para ello otro especial juicio de conciliacion; porque, si bien las demandas ejecutivas no estan esceptuadas de la necesidad de aquel prévio requisito, pero no puede calificarse en rigor de nueva demanda, sino de una continuacion del mismo juicio ya pendiente la solicitud de que se lleve á efecto la sentencia ejecutoriada, deducida sin intermision y en méritos de los propios autos en que aquella ha recaido: y finalmente advertirémos tambien que, no por fundarse la via de apremio en la inverosimilitud de que el ejecutado oponga legítimas escepciones ó en la presuncion de que no podrá oponerlas, se ha de considerar escluido absolutamente todo medio de defensa, antes bien se atenderá en justicia la oposicion que tal vez se formare, y deberá concederse al ejecutado el plazo suficiente para justificarla, siempre que ofrezca hacerlo incontinentí, y señalándose para ello un término mas breve aun y perentorio que el que las leyes prescriben en el juicio ejecutivo ordinario. Tampoco, en esta parte, encontramos directa ni indirectamente regularizada por el derecho comun la sobredicha via de apremio: pero podemos ci-

tar como reglas de analogía las disposiciones establecidas por la citada ley de enjuiciamiento. En ella se dispone (art. 356.) que hallando el tribunal que procede de derecho el apremio que se hubiere solicitado, se despachará mandamiento cometido á los alguaciles, para que con asistencia de escribano requieran al deudor al pago de la deuda, y no haciéndolo en el acto, procedan al embargo de sus bienes: que (art. 357.) hecho el embargo se citará al deudor para la venta de los bienes embargados, si dentro de tercero dia no opusiere escepcion legítima contra el apremio; y que (art. 358.) no puedan admitirse mas escepciones que las de falsedad del título, falta de personalidad en el portador, pago y transaccion ó compromiso; debiendo proponerlas el deudor por escrito y probarlas en los tres dias prefijados en la citacion, y sin que se le admita otra prueba (art. 359.) que la documental ó confesion judicial del acreedor.

Hasta aqui lo relativo á los negocios ó casos en que puede procederse incontinenti y por la *via de apremio* á la ejecucion de una sentencia: veamos ya cómo debe sustanciarse el juicio ejecutivo en los demas casos ordinarios, ya se trate en ellos de una sentencia ó laudo, ya de otro cualquiera de los títulos que traen aparejada ejecucion. Escusado es advertir que debe en ellos prepararse la demanda con la correspondiente conciliacion y acompañársela con el título ejecutivo, pidiendo en ella el demandante que se libre el correspondiente mandamiento de ejecucion contra los bienes de su deudor por la cantidad de la deuda, cuyo importe debe jurar en el mismo escrito ó despues de presentado, por la décima, (donde esta estuviere en práctica) y por las costas causadas y que se causaren hasta su cumplido reintegro, y protestando abonar en cuenta los pagos hechos legítimamente, para no incurrir en la pena de satisfacer el exceso y otro tanto que por la plus-peticion señala la l. 6. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. El juez, en vista de la demanda, debe examinar con mucho cuidado el título en que se funda, y ver si el crédito es en efecto ejecutivo, si ha llegado á ser exigible, ó si estan todavía por cumplir el plazo ó condicion bajo los cuales se le haya tal vez constituido, y tambien si, siendo válida ó legítima, ha llegado á transcurrir el tiempo necesario para estinguirse por la prescripcion: pues si, por su omision ó negligencia, despachase indebidamente la ejecucion, y despues se declarase esta nula, no podria exigir derechos algunos del acreedor demandante por los procedimientos practicados, antes deberia restituir los que tal vez hubiese exigido y cobrado, con el cuádruplo y las costas originadas á las partes, l. 8. tit. 28. y l. 11. tit. 30. lib. 11. Nov. Recop., en la última de las cuales no solo se conmina con la espresada pena á los jueces que hayan cobrado derechos del acreedor por una ejecucion indebidamente trabada, sino que ademas se les previene que *en adelante no se lleven los tales derechos*, esto es, que no los exijan directa ni inmediatamente del acreedor demandante al dictar las primeras providencias y al practicarse los procedimientos preparatorios é instructivos, sino que hayan de esperar para cobrarlos que por la sentencia de remate quede definitivamente declarado si la ejecucion es ó no procedente; lo propio que, respecto de los escribanos, está mas espresamente mandado por la l. 18. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec.; esto es, que en los juicios ejecutivos no puedan exigir ó llevar derechos algunos hasta que se haya sentenciado la causa; despues de lo que, tasados los derechos devengados, hayan de cobrarse, junto con la deuda principal, del producto de los bienes ejecutados, so pena de privacion de oficio é inhabilitacion perpetua para obtener otro en caso de contravencion. Si el juez, creyendo que el título presentado no tiene fuerza ejecutiva, ó que por otra razon la demanda es improcedente, proveyere que «pida el actor conforme á derecho» ó confiriere traslado de ella al demandado, convirtiendo asi la instancia de ejecutiva en ordinaria, ó si, para mejor enterarse, previniere al deudor que «pague dentro el »término de la ley, ó deduzca dentro del mis»mo la razon que tuviere para no hacerlo» puede el acreedor pedir la reposicion de semejantes providencias y usar del recurso de apelacion, caso que el juez se denegare á reponerlas; bien que, por punto general, no deberá considerarse perjudicado por ellas y hará mejor en consentirlas, siempre que el traslado de la demanda se hubiere proveido con la cláusula de *sin perjuicio;* con la cual no se entiende prejuzgada la cuestion de si el título producido tiene ó no fuerza ejecutiva, sino que se da á entender tan solo que el juez no ha formado juicio decididamente sobre ello y desea oir al demandado antes de calificar la demanda y de proceder ejecutivamente en virtud de la misma, V. á D. Joaquin Escriche, Diccionario de Legisl. y Jurispr. tomo 2. pag. 606. art. «Juicio ejecutivo» §§. 9. y sigs. donde esplica estensa y razonadamente los procedimientos sucesivos que han de observarse en el espresado juicio, y al cual remitimos á nuestros lectores para no esceder los límites de la presente obra, contentándonos con citar las leyes que sobre el particular estan vigentes, y discurrir con la posible brevedad sobre cada una de las principales cuestiones que, á propósito de las mismas, se han suscitado. La ley 10 de d. tit. 20. lib. 11. Nov. Recop. previene el modo con

que ha de espedirse el mandamiento ejecutivo, firmado por el juez y autorizado por el escribano, y entregarse al acreedor para que use de él cuando le pareciere y lo dé para su cumplimiento á cualquiera de los alguaciles del juzgado, bajo pena de nulidad del mandamiento que de otra manera se espidiere, ó que directamente no se entregare á la parte; bien que, como advierte el citado Sr. Escriche, ha prevalecido y se observa generalmente la práctica de entregarlo á un alguacil con el consentimiento del acreedor. Espedido el mandamiento, pasa el alguacil con el escribano á la casa del deudor, y le requiere para que en el acto satisfaga la deuda con las costas, ó de lo contrario designe bienes en que hacer la ejecucion; cuyo requirimiento ha de ser personal, previas las correspondientes diligencias en busca del deudor en el caso de no encontrársele en su domicilio; despues de las cuales puede procederse á la ejecucion en su ausencia, dejando copia del mandamiento ejecutivo á su familia: y cuando no solo no pudiére ser habido el deudor en persona, sino que se encontrare su casa cerrada, está espresamente prevenido en las ll. 6. y 11. tit. 29. lib. 11. Nov. Recop. que no puedan abrirla los ejecutores por sí, ni trabar ejecucion en los bienes que hallaren en ella, sino que deberán dar aviso al juez para que mande lo que corresponda, dejando entre tanto guarda á la puerta; y aun despues que dicho juez hubiere providenciado, no abrirán dichas casas sin avisar antes al Alcalde del lugar ó en su defecto á un regidor ó á dos vecinos honrados para que concurran á ver abrir las puertas y asistir á la formacion del puntual inventario que deberá describirse, y se hagan cargo de las llaves que deberán depositarse en poder de los mismos despues de practicadas las mencionadas diligencias. Esta disposicion de las citadas leyes se referia especialmente á los casos en que hubiese de trabarse la ejecucion ó tuviese el deudor su domicilio en aldeas ó lugares distintos y separados del de la residencia del juez, y se hubiesen trasladado allí el alguacil y el escribano. En el dia, empero, como, por punto general, todas las diligencias que se han de practicar fuera del lugar de residencia se cometen á los alcaldes constitucionales respectivos, podrán estos proceder por sí á la apertura de la casa del deudor que se encuentre cerrada, formalizando siempre un escrupuloso inventario de todo lo que hubiere en ella y guardando en su poder las llaves; y lo propio deberá practicar el juez que haya decretado la ejecucion cuando esta deba trabarse en el lugar de su residencia, de modo que jamás el escribano y alguacil procedan á allanar la casa que encuentren cerrada sin especial mandato del juez y sin la intervencion de este, ó en su defecto de dos vecinos honrados en la calidad de testigos.

Estando el deudor presente, puede designar para la ejecucion los bienes de su propiedad que mejor le parezca; y en caso de no querer hacerlo, lo practicará el acreedor ó en su nombre el alguacil; pero debiendo entonces guardarse el órden establecido por la l. 3. del presente tit. y l. 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. y empezarse por los bienes muebles ó semovientes, en falta de ellos los inmuebles y, no bastando unos y otros, los créditos, derechos ó acciones que el deudor tuviere á su favor, sobre lo cual son dignos de notarse los términos en que se espresa la citada l. 3. al disponer que, á falta de muebles é inmuebles, se haya de trabar la ejecucion *en las debdas manifiestas que deuen al vencido* ó ejecutado; de modo que, segun esto, no todos los créditos ó derechos podrán comprenderse en la ejecucion, sino únicamente los que sean confesados á favor del ejecutado, segun la l. 15. §. 9. D. *de re judic.* citada por nuestro glosador en al nota 12. del presente tit., ó los que sean líquidos y ejecutivos; pues, de otra manera, podria despues hacerse ilusoria la ejecucion trabada, si pudiesen llegar á ser litigiosos los créditos que se hubiesen embargado: y asi solo en falta de créditos ejecutivos podrán embargarse los que no lo sean. Este órden de proceder, segun el unánime sentir de nuestros Prácticos, se halla establecido en favor del deudor; el cual puede en consecuencia renunciar á él y designar ó consentir que se designen para la ejecucion y se ejecuten bienes raices antes que los muebles, y los créditos y derechos antes que los muebles y raices, debiendo entenderse que lo consiente siempre que, presenciando el acto ó enterado de él por la correspondiente notificacion, no protesta contra semejante tergiversacion del órden establecido, ni reclama la nulidad de la ejecucion trabada. Debemos, empero, advertir que, en nuestro concepto, tan solo el haberse de ejecutar los bienes muebles antes que los inmuebles es lo que se halla establecido en favor del deudor ejecutado y lo que este puede renunciar en el acto de trabarse la ejecucion: mas no el que hayan de ejecutarse los muebles é inmuebles antes que los créditos ó acciones, y de estas las ejecutivas antes que las ordinarias: esto último creemos mas bien estar prescrito á favor de los acreedores ejecutantes y para el efecto de que no sean ilusorias las ejecuciones que, á instancia de los mismos, se hubieren trabado; por lo que no reparamos en afirmar que, ni aun consintiéndolo el ejecutado, podrá prescindirse, en esta parte, del órden señalado por las leyes. A

propósito de eso mismo observan algunos AA. muy oportunamente que si la ejecucion se hubiere pedido y decretado en virtud de un crédito con simple hipoteca especial ó de una sentencia referente al pago ó entrega de cosas ciertas y determinadas, por estas ó por la que esté especialmente hipotecada deberá empezarse la ejecucion, sin podérsela ampliar á los restantes bienes del deudor ejecutado, sino en el caso de resultar insuficiente la hipoteca ó de haber perecido por culpa del mismo deudor las cosas á que se refiriese la sentencia. De todos modos, empero, debe siempre prescindirse de aquellos bienes que, aunque hallados en poder ó en la casa del deudor, estan espresamente esceptuados por la ley de poder trabarse ejecucion sobre los mismos, los cuales pueden verse en las ll. 3. y 5. tit. 13. Part. 5. l. 3. tit. 5. lib. 1. Nov. Recop. ll. 15. y 16. tit. 5. Part. 5. ll. 12. y 24. tit. 31. de esta Part. l. 2. tit. 19. Part. 4. ll. 4., 13., 15., 16., 18. y 19. tit. 31. lib. 11. N. R. art. 10. del Decreto de Cortes de 8. de junio de 1813. restablecido en 6. de setiembre de 1836. l. 17. tit. 31. lib. 11. N. R. y ll. 2. y 4. art. 27. tit. 20. lib. 7. ll. 1., 2., 9., 13., 15., tit. 2. lib. 6. N. R. y la l. 3. del presente título; la cual encontramos citada por el Sr. Escriche en comprobacion de la práctica que dice observarse generalmente de no trabarse ejecucion sobre el estipendio, sueldo ó salario de los militares, jueces, catedráticos ú otros empleados públicos ni de los clérigos, en la parte que se considera necesaria para sus alimentos, esto es, en las tres cuartas partes, en las dos terceras ó en la mitad, segun la importancia del sueldo ó estipendio, y la clase y familia del deudor. En realidad se observa entre nosotros la referida práctica, y se considera que gozan el llamado *beneficio de competencia* todos los que perciben sueldo ó dotacion del Estado, para el efecto de no embargarles mas que una parte de él en caso de trabarse ejecucion sobre sus bienes: pero no podemos menos de observar que la citada l. 3. del presente título prohibe en términos absolutos el que la ejecucion se trabe *en soldada;* esto es, no solo en los sueldos ó estipendios de empleados públicos, sino tambien en los salarios de cualquiera especie, aunque los perciba el ejecutado de algun particular ó establecimiento privado; en cuyo caso, lo mismo que si se percibieran del Estado, deben semejantes sueldos ser considerados en la clase de *alimentos*, y de todos modos comprendidos en la letra y el espíritu de la ley que ha usado la palabra genérica *soldada* sin restriccion ni limitacion alguna. Por lo demas, empero, nos parece muy conforme á la equidad y justicia el que la prohibicion de d. ley, no se haya entendido y aplicado en la práctica tan absoluta y rigurosamente, como pudiera deducirse de su literal contexto; el cual parece esceptuar de la ejecucion no solo la parte necesaria para la subsistencia, sino la totalidad del salario ó *soldada* que perciba el deudor ejecutado. A nuestro modo de ver, no cabe duda en que la intencion del legislador, en esta parte, fue la de conceder un privilegio personal y un verdadero beneficio de competencia á los que vivieran de su salario, mas bien que de establecer una escepcion real á ejemplo de las establecidas respecto de los caballos padres, las armas y caballos de los caballeros y otras cosas, que no tanto estan esceptuadas por consideracion á sus dueños, como por su naturaleza y circunstancias y en beneficio del público: y por lo mismo no hay motivo para que en una ejecucion deje de embargarse una parte del sueldo del deudor, cuando con la parte restante pueda este atender á su precisa subsistencia y á la de su familia. Sobre las demas personas que disfrutan legalmente del espresado beneficio de competencia, puede verse, á mas del citado D. Joaquin Escriche en su Diccionario, á Febrero adicionado por los SS. Goyena, Aguirre y Montalban lib. 4. tit. 29. secc. 3. §. 5. num. 832., 2ª edicion, donde se esplican circunstanciadamente los casos en que dicho beneficio tiene lugar, ya por privilegio personal concedido al ejecutado, ya por las relaciones particulares que medien entre el mismo y el acreedor ejecutante, ó tambien por la naturaleza de la obligacion en virtud de la cual la ejecucion se hubiere trabado. V. l. 32. tit. 11. Part. 4. l. 4. tit. 4. l. 15. tit. 10. l. 1. tit. 15. Part. 5. l. 23. tit. 6. Part. 1. y l. 3. tit. 15. d. Part. 5. y es de advertir asimismo que, en este particular ha sido modificado algun tanto el derecho escrito por la costumbre, y se ha hecho estensivo el espresado beneficio de competencia á algunos casos ó personas á quienes la ley directamente no lo concede como, por ej., á los que han venido á estado de insolvencia por algun infortunio accidental é inculpable, como guerra, naufragio, incendio, etc.

Los bienes comprendidos en la traba (que tan solo pueden serlo los que se consideren suficientes para el pago total de la deuda y de las costas) está espresamente prevenido por la l. 1. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. que, siendo muebles, hayan de depositarse por inventario ante escribano en poder de persona lega, llana y abonada del pueblo, sin que el alguacil ni el Juez ejecutor puedan llevarlos ni tenerlos en su poder ni dejarlos en el del deudor ejecutado: el cual ademas está obligado, segun la l. 12. tit. 28. de d. lib. 11 á prestar la fianza llamada de *saneamiento* en seguridad de

que los bienes embargados, sean de la clase que fueren, son de la propiedad del deudor y serán suficientes para el pago de las deudas de las costas; cuya prestacion de fianza eximia al ejecutado, segun la citada ley, de ser reducido á prision, no siendo de las personas que disfrutaban el privilegio de no poder ser encarceladas por razon de deudas. En el dia, empero, atendido que apenas hay persona que no goce legalmente de aquel privilegio, y que, aun para las demas, ha caido totalmente en desuso la espresada prision por deudas, apenas podrá conseguirse que los deudores á quienes se ejecutare presten la referida fianza; toda vez que nunca ha de hacerse efectiva la pena única con que la ley les conminaba para el caso de denegarse ó resistirse á prestarla.

Hecha la traba ó embargo de bienes en la forma que queda esplicada, debe procederse á hacer la notificacion llamada *de estado*, que consiste en enterar al deudor de la ejecucion que se ha trabado sobre sus bienes y de las diligencias que al efecto se han practicado, y tiene por objeto segun las ll. 14., 15. y 16. tit. 30. lib. 11. Nov. Rec. el que quede consignada la hora en que se ha procedido á la espresada traba, y conste asi cuándo ha de concluir el dia natural dentro del que, á contar desde dicha notificacion, puede el ejecutado, pagando la deuda, librarse del rigor de la ejecucion y del pago de las costas que con ella se hubieren ocasionado, inclusa la décima, donde hubiere costumbre de exigirla. Y la mencionada notificacion ha de hacerse en la persona del deudor, pudiendo ser habido, ó, de nó, en su casa á su muger, hijos ó criados y, en falta de estos, á los vecinos mas inmediatos; debiendo, empero, preceder mandato judicial y por consiguiente instancia de parte para que pueda prescindirse de la notificacion personal, practicándose en tal caso hasta tres diligencias en busca del mismo interesado, y no una sola, como afirma el Sr. Escriche en el lugar citado; pues está espresamente prevenido en el art. 3. de la ley de 4. de junio de 1837. que «la notificacion por cédula se hará á la primera diligencia en busca, sin necesidad de mandato judicial, escepto en los emplazamientos ó traslados de demanda, *notificaciones de estado*, y citaciones de remate en los juicios ejecutivos:» de suerte que indudablemente la omision de las tres espresadas diligencias en busca, como la de cualquiera otra de las formalidades prevenidas en dicha ley de 1837., á tenor de lo terminantemente declarado en la misma, importaria la completa nulidad de todos los procedimientos ulteriores á costas y responsabilidad del escribano que hubiese hecho la notificacion por cédula á la primera diligencia; y en igual responsabilidad incurriria, segun d. l. 14. dd. tit. y lib. N. R., si dejase de anotar en la notificacion de estado la hora precisa en que la hubiese practicado. Sobre la facultad que conceden nuestras leyes á los deudores ejecutados de redimir, por decirlo asi, la ejecucion y librarse del pago de las costas pagando la deuda dentro las primeras veinte y cuatro horas, observa muy oportunamente dicho Sr. Escriche que, atendida la facilidad con que podria abusarse de ella y convertirla en un medio de molestar á los acreedores de buena fe, ha prevalecido la práctica laudable y equitativa de exigirse en todo caso al deudor las costas de la ejecucion; y aunque satisfaga la deuda dentro el primer dia natural, siempre que provenga aquella de réditos, rentas, salarios ú otras obligaciones de tracto sucesivo: y aun nos parece que la referida práctica podria sin grave inconveniente, generalizarse á todas las demas especies de obligaciones desde que, debiéndose preparar las demandas ejecutivas con la correspondiente previa conciliacion, al celebrarse esta y mucho antes de empezarse las diligencias ejecutivas ya sabe el deudor que está amenazado de ellas y debe por lo tanto resignarse á todas sus consecuencias, si á pesar de esto no ha verificado el pago mas oportunamente; circunstancia que no tuvieron ni pudieron tener en consideracion las leyes recopiladas, ya que, á tenor de ellas el mandamiento judicial y la consiguiente traba ó embargo de bienes eran el primer aviso que tenia el deudor de que se quisiese proceder contra él ejecutivamente. Por lo demas ateniéndonos estrictamente á lo que en las mencionadas leyes está dispuesto, no solo dentro de las veinte y cuatro horas ó de un dia natural, sino hasta los tres dias ó setenta y dos horas despues de la notificacion de estado puede el deudor satisfaciendo la deuda eximirse del pago de la décima, donde hubiere la costumbre de exigirla: pero nunca de las costas, sino mediante el pago dentro del primer dia.

En el acto de notificarse al deudor, segun se ha dicho, el estado de la ejecucion, se le hace saber tambien que van á darse los pregones para la venta de los bienes ejecutados en el caso de no consistir estos en dinero, ó de no ser tales que con ellos mismos en especie deba hacerse pago al acreedor: á cuyos pregones, asi como al término señalado para darlos puede renunciar el deudor ejecutado y tambien á los primeros protestando querer gozar de este último; en cuyo caso, aunque no se dan los pregones por estar renunciados, se suspende, empero, el curso y continuacion de las diligencias ejecutivas por todo el término prefijado por las leyes para pregonar los bienes, del mismo modo que si

estos se pregonasen en realidad. Asi lo sientan á lo menos unánimes todos nuestros Prácticos, y asi vemos que se observa constantemente por nuestros tribunales, sin que sepamos determinar, empero, en qué textos ó principios legales ha podido fundarse semejante doctrina, ni qué consideraciones de justicia ó equidad han podido hacer que los deudores ejecutados tengan á la mano el disfrutar de una dilacion tan inmotivada y sin objeto desde el momento en que han manifestado renunciar y renunciado á los pregones. Ni comprendemos siquiera cómo estos han podido considerarse tan absolutamente establecidos en beneficio esclusivo del deudor, que es en lo que se fundan todos los Prácticos para decir que puede aquel renunciarlos libremente; antes bien, si la ley ha dispuesto que se den los pregones luego de trabada la ejecucion, debe ser indudablemente para procurar asi desde un principio la mayor concurrencia posible de licitadores en la subasta de los bienes embargados y aumentar asi la probabilidad de que se vendan aquellos con mayor ventaja; en lo cual tanto interes tiene el acreedor como el ejecutado, no solo para que no haya de ampliarse la ejecucion en otros bienes y retardarse asi el pago si los primeros no pueden venderse, ó se venden á bajo precio, sino tambien para no haber de contentarse con cobrar solo una parte de su crédito si el resultado de la venta es tal que no baste á cubrirlo y el deudor no tiene otros bienes que los primitivamente embargados: por lo que, no siendo exacta la suposicion en que se funda esa facultad atribuida al deudor ejecutado de renunciar á los tres pregones, creemos que, discurriendo por principios, no deberia permitírsele que lo hiciese; sobre todo no habiendo ley alguna que asi espresa ni tácitamente lo establezca; pues tan solo la l. 13. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. habla muy en general y por mera incidencia de *pregones renunciados* (prohibiendo á los escribanos el exigir derechos por ellos) sin que pueda determinarse, empero, si aquel texto se refiere á pregones renunciados por el deudor, ó por este de comun acuerdo con el acreedor. Digno es de considerarse ademas que, pregonándose desde luego la venta de los bienes ejecutados y habiendo de llegar por este medio á noticia de todos el hecho de haberse trabado en ellos ejecucion, en el caso de no ser aquellos propios del deudor que los ha designado ó en cuyo poder han sido encontrados, es mucho mas probable que comparezca inmediatamente á reclamarlos el verdadero dueño ó cualquiera otro que crea tener algun derecho en ellos, y que se evite asi lo que, por desgracia, sucede muy á menudo de empezar á complicarse y entorpecerse con tercerías el procedimiento ejecutivo, precisamente cuando el acreedor á costa tal vez de muchos gastos y sinsabores ha logrado vencer la oposicion del ejecutado y poner el juicio en estado de remate. De esta ventaja no despreciable se priva tambien al acreedor dejando de darse los tres primeros pregones por la renuncia del demandado, y, lo que es peor todavía, se le sujeta, sin compensacion alguna, á todos los inconvenientes que trae para él aquella formalidad omitida, cuales son, el haber de esperar sin adelantar un paso que discurra todo el término que para la misma está señalado y del que siempre se permite gozar al ejecutado. Esto último que es, en nuestro concepto, lo mas contrario no solo á los buenos principios sino á la misma equidad natural, bien podria haberse evitado considerándose al deudor, ya que se le concediese la facultad de renunciar á los pregones, en la alternativa á lo menos de haber de consentirlos ó de renunciar junto con ellos el término que para su publicacion y solo para ella está por la ley establecido. Mas no parece sino que se ha partido del principio de que el pregonarse los bienes antes de la citacion de remate es un trámite enteramente inútil que, como dice el Sr. Ortiz de Zúñiga en su Biblioteca judicial, ningun efecto produce mas que el de ocasionar gastos y dilaciones; y tanto se ha exagerado la inutilidad y la falta de objeto de dichos pregones que se ha llegado á considerarlos prescritos con la sola mira de conceder un respiro mas al deudor ejecutado, suspendiéndose por todo el término de los mismos el curso del procedimiento ejecutivo. Es, en efecto, notable que antes de la citacion de remate, aunque se pregonen los bienes, no puede anunciarse el dia en que se ha de verificar la subasta, por no poderse saber en aquel estado si el deudor opondrá ó nó escepciones á la demanda ejecutiva, si solicitará ó nó el término de prueba ni si se diferirá poco ó mucho la sentencia, por lo cual de todos modos ha de anunciársela despues nuevamente; y asi se practica por medio de un *cuarto y último pregon* que no encontramos directa ni indirectamente autorizado por las leyes, y que sin embargo es de todo punto indispensable siquiera para enterar del dia y hora señalados para la subasta á los que quieran tomar parte en ella. Pero todo esto que puede significar y realmente significa que la publicacion de todos los pregones, tal como la prescriben las leyes recopiladas, antes de la citacion de remate es insuficiente, no arguye que sea enteramente inútil y sin objeto; antes bien, como nos parece haberlo demostrado, no deja de producir algun efecto, en cuanto, anticipando la publicidad de la subasta y proporcionando á los licitadores mayor espacio de tiempo para calcular sobre ella, aumenta la probabi-

lidad de que sea mas concurrida y mas ventajoso su resultado en beneficio del deudor y del acreedor. Como quiera que sea de esto y á pesar de todo cuanto llevamos dicho en contra de la práctica que, respecto de dichos pregones, se ha establecido, no podemos menos de observar que en esta parte, como en la que mas, ha venido á quedar completamente fijada nuestra jurisprudencia, de manera que de cada cien juicios ejecutivos en los noventa nueve se espresa en la diligencia de notificacion de estado que el deudor ha renunciado los pregones de la ley con protesta, empero, de gozar de su término; sin que tengamos noticia ni creamos exista ejemplar de haberse hecho oposicion á esa supuesta facultad del ejecutado, y sin que sepamos un solo escritor que teóricamente contradiga esa doctrina que ha pasado á ser universalmente recibida. Nosotros, empero, no hemos sabido prescindir de hacer sobre ella las antecedentes observaciones, porque, á mas de desautorizada y destituida de fundamento, la consideramos muy agena del carácter y objeto del procedimiento ejecutivo, y porque siempre nos ha repugnado el que de un modo tan gratuito y, en nuestro concepto, ilegal se inauguren las esperas, entorpecimientos y disgustos por que tiene que pasar el que, para hacer efectivos sus legítimos créditos, ha de acudir á la via judicial. Demasiados medios encuentran los litigantes maliciosos en la imperfeccion de nuestras leyes para prolongar indefinidamente todo procedimiento, para que el ejecutivo que deberia ser el mas rápido y menos susceptible de alargos, haya de empezar con una dilacion inmotivada y sin objeto.

Contrayéndonos, empero, particularmente á los pregones de que nos estábamos ocupando, encontramos respecto de ellos en todos los Autores Prácticos otra doctrina que no nos parece menos anómala y contraria á los buenos principios, cual es, la de que los menores de edad y demas que disfrutan el privilegio de tales no pueden renunciar á dichos pregones por estarles prohibido el renunciar á los beneficios que les concede el derecho. Asi, por considerarse que los referidos pregones eran inútiles y sin objeto antes de la sentencia de remate y para favorecer á los deudores ejecutados eximiéndoles del gasto superfluo que aquellos importaban, se ha figurado que la ley los habia establecido en su beneficio, con el solo fin de que pudiesen dichos deudores renunciarlos. Mas véase como un error conduce siempre á otro error, y como consistiendo en realidad el verdadero beneficio en poder el ejecutado renunciar á los pregones de la ley, se ha caido en la absurda pero legítima consecuencia de haber de privar de ese mismo beneficio á los menores y demas personas privilegiadas, sujetándolas á un gravámen ó aumento de costas que no sufren los deudores que no son privilegiados.

La ley de enjuiciamiento para las causas y negocios de comercio ha hecho innecesarios todos esos rodeos é incongruencias, adaptando un sistema mas sencillo y estableciendo que se haga la citacion de remate en el acto mismo de notificarse al deudor el estado de la ejecucion trabada y que se cuenten desde dicha citacion los términos respectivamente concedidos al propio deudor para oponerse á la demanda ejecutiva, para enterarse de los autos y alegar y probar las escepciones que hubiere opuesto, todo sin necesidad de previos pregones, ni de plazo especial alguno para la publicacion de los mismos, y sin que haya de anunciarse la venta hasta despues de proferida la sentencia de remate, en cuyo estado debe procederse á la *pública subasta por los términos y con las formalidades de derecho*, arts. 321. y 322. de d. l.

Por lo demas, aunque en los negocios ordinarios se observa constantemente la práctica de renunciar el deudor á los tres pregones, está espresamente establecido el término, el lugar y el modo con que debe procederse á su publicacion, esto es, de nueve en nueve dias cada uno si los bienes ejecutados son raices, de tres en tres si fueren muebles, l. 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop.; y si aquellos consisten en derechos ó acciones deberán ser considerados como muebles ó raices, segun sean de una ú otra clase los bienes sobre que recaigan ó á que se refieran; porque siguen y se regulan por la naturaleza de estos últimos, segun afirma Febrero, y asi creemos que en la práctica se observa. Cuando el Fisco es el acreedor ejecutante, dice el citado Febrero con otros Prácticos que deben darse los pregones por un término mas corto, esto es, por solos nueve dias, uno en cada tres si los bienes ejecutados son raices, y diariamente por espacio de tres, si los bienes son muebles: y asi efectivamente estaba dispuesto en las ll. 43. tit. 13. lib. 8. y ll. 17. y 18. tit. 7. lib. 9. de la Nueva Recopilacion, que no han sido continuadas en la Novísima, como observan muy oportunamente el Sr. Escriche, y el reformador de Febrero, sin embargo de lo que consideran las citadas disposiciones como vigentes en la actualidad, y aun parece que de hecho estan en plena observancia todavía.

Como la publicacion de los pregones viene á ser un acto judicial, no podrá hacérsela válidamente en dias feriados; y serian nulos los pregones que en ellos se hubiesen dado sin que mediase justa causa y hubiese precedido especial habilitacion: en lo cual estan conformes

todos los Prácticos, y nos parece en esta parte muy fundado su parecer. Pero vemos que lo estan asimismo en afirmar que no deben contarse en el término de la ley los tres dias en que materialmente se den los pregones, y que deben ser tambien útiles no solo dichos dias, sino tambien los tres ó los nueve que respectivamente deben mediar, segun la ley, entre uno y otro pregon; y en esto no podemos convenir absolutamente. «*Haciéndose en* »*bienes muebles* (la ejecucion) *se den los pre-* »*gones por nueve dias, de tres en tres dias* »*cada uno, y siendo en bienes raices, en* 27. »*dias de nueve en nueve dias cada pregon.*» Tales son las palabras terminantes con que se espresa la ley 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. y por ellas se ve que, lejos de ser su espíritu el de que no se cuenten en el término prefijado los tres dias en que se dieren los pregones, está poco menos que declarado lo contrario, porque, disponiéndose que se den aquellos de tres en tres ó de nueve en nueve dias, la propia ley ha formado y espresado el cómputo total del tiempo que ha de consumirse en cumplir aquella formalidad, esto es, *nueve dias* ó *veinte y siete* respectivamente; cuando, de descontarse los dias en que se dan los pregones, se sigue por consecuencia necesaria que han de consumirse *doce* y *treinta* dias desde la notificacion de estado hasta la citacion de remate. Por lo que hace á si han de ser útiles todos los dias que median de uno á otro pregon, observarémos que la ley no los ha prefijado para que en ellos se practique diligencia alguna judicial ni estrajudicial; por donde se ve que no hay ni puede haber inconveniente alguno en que se cuenten tambien los feriados en el término prescrito. Si tiene este algun objeto conocido, es el de que, dándose los pregones para mayor publicidad de la subasta, pueda venir á noticia de mayor número de personas si se la anuncia por tres veces y con algunos intervalos: y para este fin ¿cómo hubiera podido la ley hacer diferencia entre los dias útiles y los feriados? Ademas, como observan los SS. Goyena y Aguirre en su Febrero adicionado, en los términos concedidos para probar y para apelar se cuentan los feriados, á pesar de que en ellos las partes litigantes tienen que emplear aquel tiempo en preparar su defensa, buscar testigos ó documentos, instruir á sus patronos, redactar sus escritos, pedir consejo sobre puntos arduos y otras diligencias las mas trascendentales: y en el término de los pregones que puede llamarse *pasivo*, y está solo establecido para conocimiento de los estraños, ¿solo podrian imputarse los dias útiles? Lo mas estraño es que asi hayan opinado los mismos AA. que, como Febrero y otros, tienen por enteramente inútiles los pregones antes de la citacion de remate; y al mismo tiempo, no parece sino que han discurrido todos los medios á propósito para que en una formalidad que, segun ellos, no tiene objeto, se haya de consumir el mayor espacio de tiempo posible; anomalía que desgraciadamente ha prevalecido en la práctica, segun el mismo Febrero, hasta el punto de considerarse ya generalmente que son doce ó treinta, y nó nueve ó veinte y siete los dias concedidos por la ley, y de no creerse necesario que el deudor ejecutado, al renunciar los pregones, proteste querer gozar de su término para que haya de esperarse, antes de la citacion, el lapso de dichos treinta ó doce dias útiles; de modo que calculando los feriados comunes que necesariamente han de entrar en aquel término, siempre constará por lo menos de trece ó treinta y tres sin perjuicio de las ferias estraordinarias ó movibles: todo lo cual, por muy recibido que esté en la práctica, no dudamos en calificar de un abuso ó corruptela contraria á lo prescrito en las leyes recopiladas y que convendria mucho desterrar á tenor de lo que previenen los arts. 4. y 48. del Reglam. prov. para la admin. de just.

En órden al lugar en que debe hacerse la publicacion de pregones, está espresamente prevenido que se hayan de dar los tres en el lugar donde se celebra el juicio, y el primero tambien en el lugar donde resida el ejecutado, l. 13. d. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. en la que no se habla del lugar en donde esten sitos los bienes sobre que se haya trabado la ejecucion, como indica Febrero, y como parecia mas regular y conveniente que se previniera; por manera que, ateniéndonos á la rigurosa letra de d. l., ni aun cuando las diligencias ejecutivas ó de embargo hayan sido practicadas en comision por una autoridad local ó Alcalde deberian darse los pregones en el mismo pueblo, considerándolo como *lugar del juicio*, sino en el punto *donde residiere el Audiencia*, esto es, el juez ó tribunal comitente ú originario. Y aqui no creemos por demas el advertir, ya que por tantos medios se ha procurado alargar el término de los pregones, que, en el caso de no residir el ejecutado en el lugar del juicio y de haber de darse un pregon en el de su residencia, no correrá para aquel un nuevo término, sino que deberá ser simultáneo con el primero que se dé en la residencia del juzgado ó tribunal, ni puede decirse en rigor, como dice tambien Febrero, que en el espresado caso hayan de darse *cuatro pregones, el primero en el domicilio del ejecutado y los demas en la residencia del juzgado*, sino que entonces, como siempre, no habrá propiamente mas que los tres pregones de la ley, con la circunstancia, empero, de

haber de publicarse uno de ellos en dos puntos ó lugares distintos, como bien claramente lo indica el texto de la misma ley, en la cual, despues de establecerse lo que dejamos esplicado, ó sea que el primer pregon se dé en la residencia del deudor y los demas en la de la audiencia ó tribunal, se leen las siguientes palabras: *y todos los pregones se den en la dicha audiencia.*

Dados los pregones en la forma y tiempo que quedan referidos, ó (segun la práctica generalmente adoptada para el caso de haberse renunciado á ellos) pasado el término para los mismos establecido, debe procederse inmediatamente á hacer la citacion llamada de remate, que tiene por objeto el noticiar al deudor que van á subastarse y venderse sus bienes ejecutados si no se opone desde luego á la ejecucion y no manifiesta legítimas escepciones contra la demanda ejecutiva: á cuyo efecto debe ser aquella citacion personal, y asi está mandado por la misma citada ley 12. tit. 28. lib. 12. Nov. Rec., pudiendo únicamente hacérsela por cédula cuando el ejecutado no pudiere ser habido, previas las tres diligencias en busca y el correspondiente mandato judicial, (*a*) á tenor del art. 3. de la l. de 4. de junio de 1837. y debiéndose observar en tal caso todas las formalidades y requisitos prevenidos en el art. 2. de la misma ley. Pero es necesario advertir que la referida citacion, aunque el deudor ejecutado se halle personalmente en su domicilio, no puede hacerse de oficio, sino á instancia del acreedor y previo auto del juez, ya para evitar el que se la haga inútilmente en el caso posible de haberse pagado ó transigido la deuda durante el término de los pregones, ya porque está asi terminantemente declarado por las ll. 13. y 15. de d. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.

La citacion de remate puede suprimirse como innecesaria y está mandado que no se haga, cuando el ejecutado, antes de emplazársele, haya comparecido y manifestado que se opone á la ejecucion, l. 13. d. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.; en cuyo caso, si la espontánea comparecencia del deudor ha tenido lugar antes que espirase el término de los pregones, se entenderá renunciado todo lo que faltaba del mismo y empezará á correr desde la oposicion el plazo que las leyes conceden para alegar el ejecutado sus escepciones, como lo afirman los SS. Escriche y Febrero, contradiciéndose este último con lo que sienta malamente en otro lugar, esto es, que «los pregones no »pueden darse por menos tiempo del señala»do por la ley, *aunque lo consienta el ejecu»tado;*» doctrina que combaten muy fundadamente los SS. Goyena y Aguirre en sus adiciones á dicho Febrero, porque, si el ejecutado por ser en su beneficio, puede renunciar los tres pregones y todo su término, que es lo mas, ¿cómo no podrá renunciar á algunos de ellos ó á una parte del término, que es lo menos? Y por lo visto el mismo Febrero hubo de entenderlo asi en el otro pasage citado, donde reconoció por válida y eficaz la renuncia *parcial* de dichos pregones.

Al contrario de lo que acaba de decirse hay algunos casos en que, aun despues de citado de remate el deudor, debe reiterarse aquella citacion; y esto sucede siempre que, reconocida la insuficiencia de los bienes primitivamente embargados para pagar con ellos el crédito reclamado, se ha de proceder y procede al embargo de otros ó á la ampliacion de la ejecucion; y tambien cuando por omision ó indolencia del ejecutante en instar la prosecucion del juicio, ha quedado este paralizado por un año ó mas, despues que el deudor habia sido ya citado para el remate. Asi lo sientan los citados Escriche y Febrero, sin que haya ley alguna que directa ni indirectamente lo disponga: pero creemos aquella doctrina fundada en los principios y en buenas razones de equidad y conveniencia, con tal que se la entienda con ciertas limitaciones. No hay dificultad en que, ampliándose la ejecucion en otros bienes que los primitivamente embargados, deba procederse á la publicacion de nuevos pregones para anunciar la venta de aquellos, de la cual no se tenia ni podia tenerse noticia; tampoco vemos inconveniente en que, dados aquellos pregones, se cite otra vez de remate al ejecutado y se le concedan los plazos legales y suficientes para oponerse al remate y venta de los espresados bienes, para lo cual puede tener sus razones. Pero ¿deberá permitírsele que en ese nuevo término oponga todas las escepciones que quiera de aquellas que pudo oponer la primera vez que fue citado de remate? ¿Deberá permitírsele que utilice dicho término para probar las escepciones que tal vez hubiese opuesto y no probado en el primer término que al efecto se le habia concedido? Creemos que nó; porque la circunstancia de haberse tenido que ampliar la ejecucion no puede hacer de mejor condicion al ejecutado para el efecto de escepcionar la demanda ejecutiva; y mejoraria este notablemente de condicion, si, por ejemplo, no habien-

(*a*) Es notable el error que sobre este particular se ha padecido en el Diccionario de D. Joaquin Escriche art. "Juicio ejecutivo" §. 21. pag. 611. tom. 2.º donde se dice, citando la l. de 4. de junio de 1837., que la "citacion de remate se ha de ha»cer por cédula cuando no se encontrare al deudor á la prime»ra diligencia en su busca, aunque antes debian ser tres„: siendo asi que en el §. 3.º de d. l. se dispone precisamente lo contrario, esto es, que „las notificaciones por cédula se hagan á la primera diligencia en busca sin necesidad de mandato judicial, *escepto* en los emplazamientos ó traslados de demanda, y las notificaciones de estado y *citaciones de remate en los juicios ejecutivos.*„

do opuesto escepcion alguna en el primer término, pudiese oponer en el segundo cualquiera de aquellas que no se dirigen á declarar determinados bienes exentos de que se trabe en ellos la ejecucion, sino á impugnar el título ejecutivo por el cual acciona el acreedor; y tambien si, no habiendo justificado las escepciones opuestas despues de la primera citacion, se le permitiese probarlas despues de la segunda, lo que equivaldria á concederle sin necesidad un doble término, cuando la ley ha querido que este, como todos los demas en el juicio ejecutivo, fuese perentorio é improrogable: y decimos que ese doble término se le concederia en dicho caso sin necesidad, porque la ampliacion de la ejecucion tan solo exige que, pues se comprenden en ella otros bienes que antes no se habian comprendido, se permita al deudor ejecutado el defenderse limitadamente con respecto á ellos y alegar aquellas escepciones por las cuales trate de manifestar que los bienes en que ha recaido la ampliacion no pueden legalmente ser ejecutados; mas de ninguna manera escepcionar la demanda como improcedente, porque esto ya debió haberlo hecho antes; á menos que las nuevas escepciones se fundasen espresamente en hechos sobrevenidos y posteriores á la conclusion del juicio ejecutivo que hubo de tener lugar para el remate de los bienes primitivamente embargados. Del mismo modo consideramos muy justo que, habiendo sufrido el procedimiento una larga paralizacion por no haber instado su continuacion el ejecutante, no deberá pasarse, á instancia de este, á ulteriores diligencias sin que se cite nuevamente al demandado, aunque se hubiese hecho la citacion antes de paralizarse el negocio; pero entendemos que dicha nueva citacion deberá practicarse únicamente para noticia y conocimiento del mismo deudor y al solo efecto de que este pueda alegar lo conveniente á su defensa segun el estado en que el negocio se encuentre despues del tiempo transcurrido; de manera que, si el deudor nada hubiere alegado oportunamente despues de citado la primera vez, ya no tendrá un nuevo término para escepcionar la demanda, ni podrá ministrar las pruebas que en tiempo hábil no hubiese ministrado; porque culpa suya hubo de ser el dejar de hacerlo á su tiempo; siendo notoriamente mas inescusable su omision en no utilizar los plazos que infaliblemente hubieron de correr desde la primera citacion, que la del acreedor en no haber instado incesantemente el proseguimiento del juicio. Esa indolencia del acreedor le perjudica en cuanto ha dejado pasar un tiempo que pudo aprovechar y que para él será perdido: de ninguna manera, empero, puede ser beneficiosa al ejecutado al efecto de tribuirle el derecho de escepcionar, que voluntariamente ha perdido no habiendo escepcionado en el tiempo hábil. El acreedor nada pudo instar hasta despues de finido el término dentro el cual podia el demandado alegar sus escepciones; y hasta entonces de consiguiente no puede calificársele de omiso por no haber instado. ¿Cómo, pues, esa omision podrá hacer revivir un derecho que ya antes se habia perdido?

Desde que se hace la citacion de remate corre el término de tres dias que está concedido al deudor para oponerse á la ejecucion, y á continuacion de aquel ó desde el dia en que el deudor se opusiere corre tambien el de diez dias llamado *del encargado* dentro del cual puede y debe el mismo deudor probar y haber probado las legítimas escepciones que tal vez hubiere opuesto; de manera que, finido este último término, ya no debe permitírsele ministrar mas pruebas: á menos que para ello haya de valerse de testigos ausentes; en cuyo caso se le concede para ministrarlos el término de un mes, si dichos testigos se hallan aquende los puertos y fuera del Obispado ó Arzobispado en que se pide la ejecucion, el de dos meses, si se hallan allende los puertos y dentro del reino, y el de seis meses hallándose en pais estrangero; con la notable circunstancia de que, en cualquiera de dichos casos, el término probatorio estraordinario que se concede al deudor se entiende precisa y limitadamente concedido para el efecto de probar las escepciones y nó para el de suspender el procedimiento; antes bien, sin perjuicio de recibirse las sobredichas pruebas, deberá seguir su curso el juicio ejecutivo, siempre que asi lo pidiere el ejecutante y afianzare, para el caso de resultar probadas las escepciones y revocarse la ejecucion, la restitucion de lo que entre tanto perciba del producto de los bienes ejecutados, y á mas el duplo por via de pena: debiendo advertirse ademas que tambien el deudor, para obtener la concesion del término estraordinario, ha de prestar fianza de que, en el caso de no probar las escepciones opuestas, restituirá el duplo de la cantidad reclamada por el ejecutante. Asi está espresa y terminantemente establecido por las ll. **1.**, **2.** y **12.** d. tit. **28.** lib. **11.** Nov. Rec.; en la primera de las cuales se previene ademas que el ejecutado, caso de querer probar sus escepciones por testigos, haya de nombrarlos *luego*, (esto es, en el escrito mismo en que pida la dilacion para ministrarlos), designar el lugar donde se encuentran y jurar que en ello no procede de malicia. Pero esas disposiciones, al parecer tan sencillas y de tan fácil aplicacion han sido casi todas objeto de dudas y dificultades mas ó menos fundadas y han recibido en la práctica modificaciones, necesarias algunas y justificadas

por la imposibilidad de defenderse de otra manera los deudores ejecutados, y gratúitas las mas é hijas del constante prurito que en nuestros prácticos se observa de tergiversar la rigurosa tramitacion del juicio ejecutivo y relajar en favor de los mismos deudores la perentoriedad con que aquel, segun las leyes, deberia ser sustanciado. = En primer lugar, vemos en Febrero que el deudor podrá alegar y probar sus escepciones y no perderá su derecho para hacerlo, aunque dentro de los tres dias de la ley no las proponga ó especifique, pues le bastará, dice, alegar en general dentro de dicho término que quiere oponerse á la ejecucion, para que, habiéndole por opuesto, se le hayan de entregar los autos y admitirle despues las legítimas escepciones que opusiere; y asi añade que se observa, «por no haber ley que »mande lo contrario.» De opuesto parecer es el autor de la Curia Filípica, Parte 2ª §. 20. nº 1., en donde dice que «la oposicion del »deudor á la ejecucion para impedirla, se ha »de hacer dentro el término de la citacion »de remate alegando escepcion que la im»pida, porque no la alegando, aunque se pro»teste alegarla despues, tanto es como si no se »opusiera:» bien que á renglon seguido se contradice el propio escritor afirmando en el nº 2., lugar citado, que, «aunque la oposicion se »haga pasado el término de la citacion de re»mate, se ha de admitir como sea antes de es»tar sentenciada la causa de remate, porque »cuando se pone término para hacer algun ac»to, no es constituido el que le ha de hacer »en mora, haciéndole, aunque sea pasado, co»mo probándolo en derecho y alegando otros; »en este mismo caso lo resuelve Parladorio.» D. Juan Sala en sus Instituciones refiere y, al parecer, adopta esta última opinion: y el Sr. Dou en su Derecho público hace notar la contradiccion que existe entre la misma y la enunciada por el propio Hevia Bolaños en el núm. prox. anterior que tambien hemos transcrito. Es, en efecto, imposible el conciliar aquellas dos opuestas doctrinas; y por nuestra parte añadirémos que la primera, á pesar de no ser la mas comun, nos parece mas conforme á la letra y espíritu de la ley, no menos que á la naturaleza del juicio ejecutivo. Podrá ser que en algunos casos tenga el ejecutado necesidad de ver los autos y examinar el título en que se funda la demanda para calcular y decidir cuáles sean las escepciones que legalmente le competen contra la misma: pero, pues luego de trabada la ejecucion ha debido hacérsele la notificacion de estado, y aun al comunicársele el mandamiento ejecutivo se le ha debido enterar tambien del título con el cual se le habia obtenido, ¿no deberá estar forzosamente, al citársele de remate, ya avisado y prevenido, no habrá podido enterar á sus defensores y comunicarles las noticias convenientes, para que puedan determinar y formalizar las escepciones en vista de los autos y dentro de los tres dias de la ley? Creemos francamente que este término basta y sobra para el efecto de especificar en un escrito la escepcion que se quiera oponer, y que solo se necesita mas tiempo para preparar y ministrar las pruebas; para lo cual, empero, está por eso mismo concedido un término mayor, el de diez dias, á contar desde el en que se haya opuesto la escepcion. ¿Se dirá que puede consumirse mucha parte de los tres dias en pedir y proveer la comunicacion de los autos que quizás será necesaria para determinar el medio de defensa que conviene adoptar? Mas no vemos que la ley exija que se haya de pedir aquella comunicacion por escrito; antes bien, al señalar un término tan perentorio, es mas creible que ha querido se hubiesen de entregar los autos al demandado luego despues de la citacion, sin necesidad de pedirlos ni de dictar providencia para ello: siendo, sobre todo, de estrañar que, en vez de adoptar é introducir esa práctica tan sencilla como equitativa, se haya preferido complicar el procedimiento y se haya dicho que no bastan los tres dias al ejecutado para formalizar su oposicion; y mas aun el que esto lo pretendan precisamente aquellos mismos AA. que, como Febrero, no han vacilado en decir que el término de los pregones (anterior á la citacion de remate) está establecido, mas bien que para publicar la venta ó subasta, para que el deudor no quede indefenso, ó, lo que viene á ser lo mismo, para que durante dicho término, pueda discurrir y preparar sus medios de defensa. Aunque nosotros no hemos sido de este parecer y estamos en la conviccion de que los pregones tienen un objeto propio y muy importante, no podemos menos de observar ademas que, durante el término de los mismos, nadie le priva al demandado de comparecer en los autos, de pedir que estos se le entreguen y examinarlos por sí ó por sus defensores; para verificar lo cual puede escoger el momento ú ocasion que le sean mas propicios y hacer que le corra útilmente todo el plazo de los tres dias, ya que estos en dicho caso, como que no deberá hacerse citacion, no empezarán á correr sino desde que el espresado deudor haya obtenido los autos. ¿Cómo, pues, con tantos medios para preparar el ejecutado desahogadamente su defensa, ha podido calificarse de insuficiente el término que la ley ha señalado, nó para deliberar sino para oponer y deducir las escepciones? A mas de esto, es necesario tener presente que despues de la oposicion no se conceden mas que diez dias para probar las escepciones, dentro de los

cuales debe el actor ministrar las pruebas que acaso le convengan para rebatirlas. Y ¿fuera justo que el demandado, esperando maliciosamente los últimos dias para revelar los hechos en que funda su defensa y para ofrecer y ministrar su prueba ya preparada de antemano, pudiese privar al acreedor de hacerla por falta de tiempo, ó precisarle á pedir una próroga y sujetarse así á un nuevo entorpecimiento? La l. 12. tit. 28. lib. 11. Nov. Recop. está concebida en los literales términos siguientes: «hecha la »citacion, si dentro de tres dias se opu«siere (el ejecutado) y *alegare escepcion le«gítima*, corran los diez dias desde la dicha «oposicion.... etc. y no haciendo la oposicion «dentro de los dichos tres dias, mande el juez «hacer remate y pago.... etc.» de modo que, segun esto, es sinónimo para la ley el *hacer la oposicion* y el alegar *escepcion legítima.* Es verdad que en la l. 2. de los mismos tít. y lib. se dice hablando de los diez dias del encargado, que estan «asignados para *alegar* y pro«bar el deudor sus escepciones; « pero ni de aquí se inferiria, como pretende el autor de la Curia Filípica, el que pudiesen oponerse escepciones en cualquier estado antes de la sentencia, sino, todo lo mas, durante el término del encargado, ni creemos que en d. ley se haya usado el verbo *alegar* en la acepcion de oponer ó deducir, sino en la de discutir y ampliar ó demostrar las escepciones; ni por último creemos que esa espresion incidental pueda tener la fuerza de derogar la de la ley anteriormente citada en que se declara tan espresa y formalmente que dentro de los tres dias ha de oponerse la escepcion que sea legítima. No sucede lo mismo en los negocios mercantiles, en los cuales, segun la ley de enjuiciamiento, disfruta el ejecutado sucesivamente de dos términos distintos, á saber el de tres dias despues de la citacion de remate dentro de los cuales ha de manifestar si quiere ó no oponerse á la ejecucion, sin necesidad de especificar los motivos en que funde su oposicion, y el de dos desde que haya obtenido los autos para examinarlos y formalizar sus escepciones, artículos 324 y 326 de d. ley. Pero en los negocios mercantiles nada tiene de estraño el que se haya dispuesto así, por cuanto en ellos, debiendo hacerse la citacion de remate al mismo tiempo que la notificacion de estado, no disfruta el deudor del término de los pregones, y empieza á correrle el de la oposicion desde el momento en que la ejecucion ha quedado trabada, sin que antes haya podido obtener ni examinar los autos, como puede hacerse en los negocios comunes; y por esto opinamos que en los últimos no debe distinguirse entre el término de hacer ó anunciar la oposicion y el de formalizarla ó alegar las escepciones, porque, en nuestro concepto, no está semejante distincion aconsejada por la equidad, ni indicada por la letra ni el espíritu de las leyes recopiladas.

En segundo lugar, vemos que, á pesar de disponer terminantemente dichas leyes y en especial la ya citada 2ª tit. 28. lib. 11. N. R. que «los diez dias para alegar y probar el «deudor sus escepciones *corran desde el dia «que se opusiere á la ejecucion en adelante.*» Esto sin embargo se ha introducido, y, segun el Sr. Ortiz de Zúñiga Bibliot. jud. tom. 1. pág. 153, sigue observándose aun despues de publicado el Reglam. prov. la práctica de proveerse auto en vista de la oposicion, mandando que se entreguen los autos al deudor y encargándole los diez dias de la ley, y de no empezar á contarse dichos diez dias, si no desde el momento en que se verifica la entrega de los autos por el escribano, á cuyo efecto debe este anotar el dia y la hora. Otros AA. con Febrero d. lib. 3. tít. 3. cap. 5. §. 66. pretenden que el espresado término del encargado no debe empezar á contarse sino desde el dia en que el auto de su concesion se haya notificado á las dos partes ó á la última de ellas, en el caso de no haberse hecho las dos notificaciones en un mismo dia: y de esta suerte, sobre autorizarse sin motivo la inobservancia de la ley, se ha introducido lastimosamente la confusion en esta parte del juicio ejecutivo con la poca fijeza en las doctrinas y con esa diversidad de prácticas, que pueden dar y darán en muchos casos ocasion á nuevas disputas y entorpecimientos. El Sr. Escriche, refiriendo la esplicada doctrina de Febrero, dice haber prevalecido en la práctica «por evitar los «efectos de la omision voluntaria ó involunta«ria del escribano ó de las demasiadas ocupa«ciones del juez»; pero esta razon descansa por lo visto en el supuesto, á nuestro modo de ver, equivocado de que el deudor no puede ministrar pruebas sobre sus escepciones, ni el juez tiene obligacion de recibirlas hasta tanto que por formal providencia haya admitido dichas escepciones y encargado á las partes el término de los diez dias: y decimos que ese es un supuesto equivocado, porque, declarando la ley, como espresamente declara, que el término del encargado corra desde el dia de la oposicion, ¿qué inconveniente hay en que, por el hecho mismo de haberse escepcionado la demanda ejecutiva y sin necesidad de especial declaracion alguna, se permita á las partes dentro de dicho término ministrar todas las pruebas que puedan convenirles? Nos parece que, sobre no ser esto contrario á ninguna de las reglas generales de sustanciacion, hay motivos para creer que hubo de entrar en la intencion de la misma ley que tan esplí-

citamente dispuso que *ipso jure* corriera el un término despues del otro continuadamente y sin intermision. Es verdad que no todas las escepciones pueden oponerse y admitirse en el juicio ejecutivo, y que no conviene el que se vayan recibiendo pruebas que podrán ser inútiles si se declaran inadmisibles las escepciones que se hubieren opuesto. Pero ni aun esto es razon bastante para adoptar la práctica antes referida, porque, debiéndose presentar siempre los correspondientes interrogatorios para la prueba de testigos ó solicitarse por escrito la práctica de cualquiera otra diligencia probatoria, siempre podrá y deberá el juez declarar oportunamente que no ha lugar á ellas, si considera improcedentes las escepciones, aunque antes formalmente no lo haya declarado: y si, pedida en tiempo hábil la recepcion de las pruebas ofrecidas, deja de verificarse aquella dentro del término de la ley por omision del escribano ó por las muchas ocupaciones del juez, otros medios mas legales habrá para que las partes por tales motivos no queden indefensas, sin necesidad de detener ó retardar preventivamente el curso de la dilacion; porque, á discurrir así, la misma razon habria para suspenderla, siempre que, despues de concedida se solicitara alguna diligencia de prueba, en cuyo caso concurre igualmente la posibilidad de que el escribano difiera el dar cuenta de la solicitud presenta da, ó el juez el proveer acerca de ella, y sin embargo nadie ha pretendido jamas que las dilaciones probatorias hayan de considerarse generalmente suspendidas por semejantes motivos.

Por lo que hace á lo que deberá observarse respecto de los dias feriados que tal vez ocurran dentro el término del encargado, vemos que nuestros Prácticos estan conformes en que habrán de descontarse, siempre que consuman una gran parte de los diez dias, ó, de otra manera, puedan imposibilitar al ejecutado de justificar debidamente los hechos en que funde su oposicion: sobre lo cual nada tenemos que añadir á lo que espusimos en la nota 2. tít. 15. de esta Part., hablando de los dias feriados que ocurran durante las dilaciones probatorias en el juicio ordinario. En este, lo mismo que en el ejecutivo, creemos que los feriados deben siempre imputarse, á menos que constituyan legítimo impedimento; con la única diferencia de que, pues en el juicio ejecutivo es el término de prueba mucho mas breve y perentorio, será mucho mas fácil en él que las partes puedan pretenderse y hayan estado en efecto imposibilitadas de probar por razon de los feriados. Todo esto, empero, debe entenderse limitada y esclusivamente para los negocios comunes, por estar prevenido para los mercantiles, tanto en los pleitos ordinarios, como en los ejecutivos, que no deban contarse los dias feriados en término legal alguno, y por consiguiente tampoco en el probatorio, art. 69. y V. art. 333. de la ley de enjuiciamiento.

Otra cuestion se ha suscitado en órden al término del encargado, y es la de si puede aquel renunciarse, prorogarse y suspenderse á instancia de entrambas partes litigantes ó de alguna de ellas; cuestion que han resuelto los AA. prácticos con bastante uniformidad, habiendo llegado á ser entre ellos doctrina casi universalmente recibida la de que solo el deudor ejecutado, y nó el acreedor que insta la ejecucion, puede renunciar al término del encargado ó á una parte de él, porque se dice estar establecido en beneficio esclusivo del primero, de donde se infiere que puede libremente privarse de él, sin que tenga derecho á impedírselo el acreedor. Y tambien lo es la de que puede prorogarse dicho término á instancia del acreedor ejecutante, pero nó del ejecutado, por la razon contraria de considerarse establecido en provecho y utilidad de aquel y nó de este el que el espresado término, una vez concedido, haya de ser perentorio é improrogable. En este particular, empero, como en otros muchos del juicio ejecutivo, se parte de principios que se han dado constantemente por sentados é inconcusos, y que, examinados con alguna detencion, no dejan de ofrecer graves dificultades como lo vamos á demostrar. En el supuesto de que legalmente no puede decretarse ni trabarse ejecucion, sin que se la haya instado por medio de un título que la traiga aparejada, se ha creido, y aun algunos AA. lo han dicho esplícitamente, que por parte del actor habrá debido hacerse toda la prueba en el acto mismo de presentar la demanda; y de aquí se ha concluido que le era absolutamente inútil el ministrarla en el decurso del juicio, ó, lo que es lo mismo, que el término del encargado debia estar y estaba precisamente concedido en utilidad y beneficio esclusivo del deudor. Mas no se ha considerado que en todo juicio, así ejecutivo como ordinario, puede convenirle á la parte actora el hacer prueba en dos sentidos totalmente distintos, á saber, 1º, para justificar los hechos que forman la base y fundamento de su demanda, y 2º, para consignar la falsedad ó ineficacia de aquellos en que se fundan las escepciones que á dicha demanda se hayan opuesto. La primera de dichas justificaciones es la que, por necesidad, debé haber hecho y completado el actor al poner su demanda en el juicio ejecutivo, y por consiguiente no debe ni puede esperar á ministrarla en el término probatorio ó del encargado. Pero la prueba dirigida á impugnar y destruir las escepciones ¿cómo puede hacerse ni exigirse que se la

haga antes que dichas escepciones se hayan opuesto? Asi es que todos los AA. estan conformes en que el término del encargado es comun á entrambos litigantes, y que pueden aprovecharse de él asi el demandante como el ejecutado: y de esto se sigue la importante consecuencia de que, si bien tan solo por consideracion á este último está establecido que en el juicio ejecutivo, á pesar de su naturaleza sumaria y privilegiada, se dé lugar á la legítima contradiccion y se permita oponer escepciones y probarlas; pero, en la suposicion de que todo esto se ha permitido, debe indispensablemente entenderse sin menoscabo de la igualdad que ha de reinar en todo juicio, y con la facultad, por lo tanto, en el actor de rebatir las escepciones que se le opongan; de suerte que viene á ser en beneficio esclusivo del demandado el que se le reconozca el derecho de hacer oposicion á la demanda ejecutiva, pero son en beneficio comun de aquél y del ejecutante los trámites y el órden establecidos para la discusion, la prueba y la decision de las escepciones que se hayan opuesto. Fundados en estas consideraciones creemos, pues, que el ejecutado, si bien puede renunciar voluntariamente al derecho de oponerse á la ejecucion ó escepcionar la demanda, pero de ninguna manera puede hacer que dejen de observarse los trámites y dilaciones establecidos para el caso en que se haya hecho oposicion, y mucho menos el mas esencial de ellos que es el término probatorio; porque, renunciándolo, podria causar graves perjuicios al demandante y dejarle absolutamente indefenso. Supóngase que, dentro los tres dias de la citacion de remate, ha opuesto aquél una escepcion, por ejemplo, la de pago, y ha acompañado en el acto mismo el documento ó documentos con que cree justificarla. Si, esto hecho, renuncia al término del encargado y se prescinde de él en virtud de semejante renuncia, ¿de qué le servirá al actor haber probado su crédito con un título legítimo y ejecutivo, si ya no le queda medio de probar la ineficacia, tal vez la falsedad del documento en que se funda la escepcion de pago ó estincion de aquel mismo crédito? Supóngase tambien que, ofrecida por el ejecutado la prueba de testigos y recibido el pleito á ella por el término del encargado, la ministra aquél con estudiada precipitacion en los primeros dias y renuncia despues á los restantes, ¿será justo y tolerable privar al actor de hacer la prueba que le conviene y que quizás estaba ya preparando, contando, como podia contar, con los diez dias de la ley para ministrarla? — Todavía nos parece mucho mas dudoso el otro principio sentado por todos nuestros Prácticos, ó sea, el de que se haya establecido en beneficio esclusivo del acreedor el que el término del encargado haya de ser, como es, perentorio é improrogable. Tratándose de derechos ó créditos ejecutivos, es verdad que todas las presunciones de la ley estan á favor del que los presenta; y por eso mismo y porque el juicio ejecutivo, mas que á declarar la legitimidad del crédito, se dirige á determinar y realizar el modo de hacerlo efectivo con la mayor prontitud y el menor gravámen posible del deudor, se empieza en él por asegurar las resultas, embargando los bienes del ejecutado, antes de saber si este puede ó nó oponer escepciones á la demanda: todo lo cual indudablemente lo establece la ley en beneficio directo y esclusivo del acreedor que insta la ejecucion. Mas, una vez trabada esta y embargados los bienes del ejecutado, ¿cómo desconocer que este tiene tanto interes como el primero en que se proceda sumariamente y con celeridad, en que se discuta y decida lo mas pronto posible si la demanda es ó nó procedente y si lo son ó nó las escepciones opuestas? Ese interes tan solo dejará de tenerlo el ejecutado cuando se halle convencido del derecho con que se ha instado la ejecucion y de que absolutamente no puede oponerse á ella. Mas, ni la ley ha partido ni podia partir de semejante suposicion, ni, al prescribirse teóricamente el órden y sustanciacion del juicio ejecutivo, ha podido perderse de vista que, mientras no llegue á proferirse la sentencia de remate, existe siempre la posibilidad de que en ella se hayan de declarar legítimas las escepciones opuestas y dejarse sin efecto la ejecucion. Si, pues, con un documento falso ó en virtud de un crédito ya pagado y ocultando su estincion, se ha conseguido que se ejecutaran los bienes de un supuesto deudor, ¿quién estará mas interesado que este, no solo en que se le admitan y declaren las escepciones de pago ó falsedad, sino tambien en que se proceda á admitirlas y declararlas con la mayor celeridad posible, y que se cancele cuanto antes el embargo que pesa sobre sus bienes y que tantos perjuicios puede ocasionarle? Y en la hipótesis de que la demanda ejecutiva se hubiese propuesto maliciosa y emulatoriamente ¿cómo se puede reconocer en el demandante la libre facultad de prolongar á su capricho los efectos de la ejecucion pidiendo y consiguiendo que se prorogue el término del encargado? No es, pues, exacto que el ser este perentorio é improrogable se haya establecido en utilidad y beneficio esclusivo del acreedor demandante, ni, por lo tanto, puede admitirse la doctrina, que como consecuencia de aquel principio se ha vulgarizado, de poder dicho acreedor renunciar libremente á la perentoriedad del término, ó pedir y obtener que este sea prorogado como

en el juicio ordinario. Parécenos, lejos de esto, que aquel término se concede, en el caso de haber oposicion, en beneficio del deudor y del acreedor, y que en beneficio tambien de entrambos han querido las leyes que fuese perentorio é improrogable, á fin de que consiga el demandante lo mas pronto posible el cobro de su crédito en caso de resultar legítimo, y á fin de que se alce lo mas pronto posible la traba ó embargo de los bienes del deudor, en caso de ser la demanda injusta ó improcedente. Entrambos, pues, de comun acuerdo podrán renunciar al término probatorio, y entrambos podrán pedir que se le prorogue; pero ninguno de ellos tendrá la facultad de hacerlo sin el consentimiento del otro.

Por lo que hace á la suspension del término del encargado, creemos que es mas fácil determinar los casos en que podrá legalmente proveérsela á instancia del acreedor y del ejecutado ó de cualquiera de los dos que separadamente la pidiere. Como ni aun en el juicio ordinario puede suspenderse el término probatorio, sino por causa de manifiesta necesidad segun lo espresamente mandado en la regla 4ª art. 48. del Reglam. prov. para la admin. de just., mucho menos podrá suspendérsele sin necesidad en el juicio ejecutivo: mas en este como en todos los demas, cualquiera que sea su naturaleza, debe siempre observarse el principio de que *contra legitimè impedimentum non currit tempus*, porque ningun negocio ó procedimiento hay ni puede haber tan sumario y privilegiado, que en él hasta la necesidad haya de desatenderse, ni término tan fatal y perentorio que no pueda y deba declararse suspendido, siempre que por accidentes fortúitos haya sido imposible á las partes el utilizarlo oportunamente: por manera que nada tenemos que añadir aqui á lo que, hablando de la suspension del término de prueba en los juicios ordinarios, dejamos dicho en la citada nota 2. tit. 15. de esta Part. Una observacion, empero, no podemos pasar por alto que leemos en el reformador de Febrero, y de la cual deduce este que, á tenor de las leyes recopiladas, ni aun en el caso de alegarse y probarse legítimo impedimento podrá suspenderse el término del encargado; con cuya opinion se conforman los SS. Goyena y Aguirre, calificándola de mas cierta y segura en derecho, aunque confiesan que la contraria se recomienda por mas humana y equitativa. Entre desatender absolutamente las justas causas que tal vez hayan impedido á un litigante de utilizar el término probatorio, y acordar la suspension del espresado término por las causas indicadas pretenden los sobredichos escritores que hay un medio, cual es el de permitir á la parte impedida que ministre despues sus pruebas, pero sin perjuicio de seguir adelante en la ejecucion segun su estado. Asi, ¿qué mas legítimo impedimento, dicen, que el de hallarse ausentes de la Provincia ó del Reino los testigos que hayan de ministrarse, y tan distantes que sea notoria y absolutamente imposible el recibirlos dentro el término legal de los diez dias? Y sin embargo en ese caso se concede el término estraordinario de uno, dos ó seis meses segun las distancias, pero mediante fianza, como hemos visto, y sin perjuicio de hacerse entretanto remate y pago al acreedor, si este asi lo prefiriere y afianzare la restitucion para el caso de resultar legítimas y justificadas las escepciones que se hayan opuesto, d. l. 1. tit. 28. lib. 11. N. R.: lo que siendo asi ¿cómo no deberá observarse lo mismo en el caso de ocurrir cualquier otro impedimento? ¿Cómo se ha de poder recurrir por todos los demas á la suspension del término de los diez dias, esto es, *á la contravencion de la ley*? A estas últimas palabras que tomamos literalmente del citado reformador, observarémos desde luego que de ninguna manera puede calificarse de contravencion de la ley la suspension del término del encargado; porque, como dice exactamente Febrero, ninguna ley hay que la prohiba, ni que hable de ella, y porque, añade el mismo autor, «todo lo que no está prohibido se entiende permitido» sobre todo cuando median justas causas para hacerlo: sin que de otra parte pueda inferirse la indicada prohibicion de la circunstancia de ser el referido término fatal y perentorio; pues no lo es menos el de ochenta dias que concede la ley en los juicios ordinarios, y á pesar de ello está espresamente declarado, como hemos visto, que pueda suspendérsele en caso de necesidad. El impedimento dimanado de la ausencia de los testigos, cuando se tiene noticia de él al tiempo de oponer las escepciones, no autoríza es verdad la suspension del procedimiento ejecutivo, sino tan solo la concesion del término estraordinario sin perjuicio de continuarse aquél. Pero en el caso de ser la ausencia imprevista y posterior á la solicitud de prueba, ó de sobrevenir la enfermedad de algun testigo ú otro accidente semejante ¿tendrá el juez facultad para conceder dicho término estraordinario? Claro es que nó, por lo mismo que la ley lo ha establecido para un caso especial y determinado, y nó para los demas que por necesidad debió haber igualmente previsto; en los cuales de consiguiente, ó bien se habrá de dejar del todo indefensa y en la imposibilidad de probar á la parte que asi hubiere estado impedida, ó será necesario acudir á la suspension como único medio de suplir el impedimento ocurrido. Téngase presente, ademas, que la mayor parte de los ac-

cidentes que en este sentido pueden sobrevenir serán naturalmente transitorios y de corta duracion, y tales que desde luego estará previsto el momento en que habrán de cesar; y para esos casos, en particular, entendemos que es legal y equitativa la suspension del término de prueba así en el juicio ejecutivo como en el ordinario; en el cual tenemos tambien prevenido que pueda concederse á las partes el término ultramarino para el exámen de los testigos ausentes; y sin embargo está espresamente autorizada la suspension del comun ú ordinario en caso de ocurrir cualquier otro impedimento ó necesidad manifiesta, segun d. art. 48. del Reglam. Algunos AA. á quienes cita el Sr. Escriche en su Diccionario, quieren que no pueda el demandado en el juicio ejecutivo alegar impedimento alguno despues de abierto aquél á prueba, porque siempre, dicen, «habrá tenido bastante tiempo para »preparar su defensa desde que se le hizo la »notificacion de estado y aun desde el juicio »de conciliacion que debió preceder á la de»manda.» Pero ¿de qué le serviria todo ese largo tiempo para preparar su defensa y aun para formalizar y deducir sus escepciones, si en el caso de hallarse impedido de justificarlas dentro del término que la ley ha destinado esclusivamente para ello, no se le permitiese acreditar el impedimento, ni pudiese, en vista de él, declararse que no ha debido perjudicarle el tiempo transcurrido mientras estuvo imposibilitado de utilizarlo?

Por lo que hace á cuáles sean las causas que deban considerarse de manifiesta necesidad y en este concepto suficientes para acordar la suspension del término de prueba, es claro que tan solo deberán calificarse de tales aquellas que, sin culpa de los litigantes, les hayan constituido en la imposibilidad física ó legal de ministrar oportunamente las pruebas que tuviesen deducidas: y no deberá por consiguiente enumerarse entre los legítimos impedimentos el que muchos AA. pretenden resultar de haberse provocado la confesion judicial por medio de posiciones; en cual caso suponen no deber imputarse á la parte que las haya presentado el no ministrar sus pruebas, mientras no se presten por la contraria las respuestas personales exigidas, sobre todo cuando estas se difieran por ausencia ú ocultacion maliciosa del que debe prestarlas. Es verdad que la confesion de parte releva de toda prueba, y que, mientras se espera la confesion, existe por lo menos la posibilidad de que sean inútiles y sin objeto todas las pruebas que entretanto se ministren. Pero tambien lo es, 1º, que las posiciones pueden proponerse en cualquier estado del juicio, y culpa será de la parte el no haberlas presentado en ocasion en que pudiesen quedar absueltas antes de correr ó hallarse muy adelantado el término probatorio; 2º, que ni hay imposibilidad de hecho ni prohibicion legal que impida ministrar testigos ú otras pruebas sobre los hechos mismos á que se refieran las posiciones presentadas y nó absueltas; 3º y último, que el calificarse de legítimo impedimento la circunstancia de estar provocada la confesion podria muy fácilmente degenerar en un abuso; pues todo litigante malicioso tendria el medio de presentar posiciones cuando su contrario estuviese ausente, ó por otras circunstancias fuese imposible el que se absolviesen; y asi conseguiria que se prolongase indefinidamente ó á lo menos por muchos dias el término de prueba que la ley ha querido fuese fatal y perentorio. Todo el inconveniente que puede resultar de admitirse pruebas sobre estremos que se espera sean confesados consistirá, á lo mas y en el caso que llegue á haber confesion, en haberse hecho un gasto que despues vendrá á ser superfluo; pero, sobre que en la mayor parte de los casos sucederá esto por culpa ú omision del mismo que debe sufrir aquel perjuicio, por no haber deducido sus posiciones mas oportunamente, aunque asi no fuera, seria siempre preferible arrostrar aquel inconveniente, antes de abrir á los litigantes temerarios un camino para eludir impunemente la ley y desvirtuar la perentoriedad del término probatorio, que es de los judiciales el mas importante. Por todas esas razones, pues, creemos que el no absolverse oportunamente las posiciones presentadas no puede ser motivo para suspender el espresado término; y que antes bien debe considerársele como una de las causas por las cuales se prohibió en el Reglam., como un abuso, el que se proveyera la indicada suspension.

¿Cuáles son las escepciones que pueden oponerse y admitirse á prueba en el juicio ejecutivo? Cuestion es esta la mas importante y debatida de cuantas se ofrecen en el espresado juicio, y la que mas ha ocupado á todos nuestros Prácticos, cuyas diversas opiniones no referirémos separadamente; contentándonos con esponer las que han tenido mas aceptacion, y las que, en nuestro concepto, deberian adoptarse con preferencia, como mas conformes á la naturaleza y objeto del juicio ejecutivo, y á la letra y espíritu de las leyes recopiladas. De estas las que mas directamente se refieren á la cuestion propuesta son las 1ª, 3ª y 12ª dd. tit. 28. lib. 11. En la 1ª se establecen los trámites con que puede el ejecutado proceder á su defensa, y se usa la espresion general é indeterminada de poder oponer aquél legítimas escepciones: en la 3ª se previene especialmente que contra los títulos ejecutivos *no sea admitida ni rescebida ningu-*

na otra excepcion ni defension, salvo paga del deudor, ó promision ó pacto de no lo pedir ó excepcion de falsedad, ó excepcion de usura, ó temor ó fuerza, y tal que de Derecho se deba rescebir, y si otra qualquier excepcion se alegare no sea rescebida, ni el que la opusiere sea oido; y no embargante otras qualesquier excepciones el Juez proceda á la execucion de tal contrato ó sentencia, y llévela á debido efecto. Y finalmente en la 12ª, despues de recomendar la observancia de los trámites establecidos para el juicio ejecutivo, se declara que tan solo pueda suspenderse el remate y pago, si dentro de tres dias despues de la citacion de remate, el deudor *opusiere* y *alegare* escepcion legítima conforme á la ley 1. y 3. del mismo tit. (Son las dos antes citadas.) Unos AA. pretenden que las escepciones especialmente continuadas en dicha ley 3ª lo han sido *taxativamente* y con ánimo de escluir á todas las demas: otros creen que se las enumeró tan solo por via de ejemplo y como las mas principales, pero que por lo mismo no se quiso escluir á las no espresadas, mientras fuesen *tales que de Derecho se deban rescebir:* aquellos entienden que la ley 1ª mas genérica é indeterminada en la designacion de las escepciones, es restringida y derogada por la 3ª, posterior en el órden de su colocacion; mientras estos opinan que la 3ª fue derogada por la 1ª por ser de fecha anterior: en el sentir de los primeros el juicio ejecutivo no solo se distingue del ordinario, en cuanto son mas breves los términos que en el mismo se conceden al demandado para alegar y probar sus escepciones, sino tambien y principalmente en cuanto es mas limitado el número de dichas escepciones que se le permite oponer; y, si se ha de creer á los últimos, toda clase de escepciones se ha de admitir en el juicio ejecutivo; de modo que, despues de la traba de ejecucion y citacion de remate solo se distingue este del ordinario en ser mas breves y perentorios los términos que en el mismo se conceden para deducir y justificar las partes su respectivo derecho. Los AA. que son de esta opinion han dividido en tres clases las escepciones que puede oponer el ejecutado, á saber, 1ª, la de las llamadas *directas*, esto es, las espresa y nominalmente admitidas por la ley 3ª antes citada; 2ª, la de las llamadas *útiles*, es decir, las que, si bien no especialmente autorizadas por las leyes, tampoco estan resistidas por la naturaleza y tramitacion del juicio ejecutivo, como la transaccion, error de cálculo, compensacion, delegacion, falta de personalidad ó derecho pasivo, incompetencia, prescripcion y otras semejantes; 3ª y última clase, la de las denominadas de *largo exámen*, ó sean aquellas que visiblemente importan la necesidad de una larga discusion y muy complicadas pruebas, como las de dolo, lesion enorme, error en la sustancia ó apreciacion de la cosa objeto del contrato, y demas de igual naturaleza; las cuales tambien se pretende que son admisibles en el juicio ejecutivo, con tal que se ofrezca por el que las opone liquidarlas y justificarlas dentro de los diez dias ó el término del encargado.

Por nuestra parte, si se atiende á la letra y al espíritu de las leyes recopiladas, tenemos por muy dudosa la legitimidad de semejantes doctrinas; y, aun discurriendo por principios generales, creemos muy difícil y arriesgado el sentar, como se han sentado, reglas absolutas sobre las escepciones que pueden admitirse en el juicio ejecutivo sin hacer distincion de los títulos con que se le haya promovido y sin considerar que no todos ellos pueden ser impugnados ó escepcionados por iguales medios. Por lo que hace á las disposiciones legales, nos parece del todo indudable que en ellas, esto es, en la ley 3ª antes citada se ha querido restringir la libertad de defensa y se ha establecido que no todas las escepciones de otra parte legítimas pueden admitirse en el juicio ejecutivo. Todo el contexto de dicha ley respira esa intencion limitativa, principalmente en sus últimas palabras «*si otra qualquier excepcion* se »alegare no sea rescebida ni el que la opusiere »sea oido, y no embargante *otras qualesquier »excepciones*, el juez proceda á la execucion etc.» O estas cláusulas carecen enteramente de sentido, ó, segun ellas, hay algunas escepciones verdaderamente tales que la ley no ha querido sin embargo admitir. ¿Cuáles serán estas? Hé aqui la cuestion. Segun unos, son desechadas por la ley todas las escepciones que no sean las que la misma nominalmente espresa, ó sean las de *pago*, *pacto de no pedir*, *falsedad*, *usura*, *temor* ó *fuerza*. Segun otros no solo estan admitidas las seis allí espresadas, sino tambien todas las demas que sean legítimas; y lo fundan en aquellas palabras de la ley; *y tales que de Derecho se deban rescebir*. Pero, ¿cuáles serán estas? puede preguntarse tambien entonces. ¿Serán todas las que se tienen por legítimas en el juicio ordinario? ¿Serán todas las que lo son en el juicio ejecutivo? Si lo primero, vendrá á ser hasta ridículo que para ello se haya formado una ley especial, y mas todavía el que á dicha ley se la haya estendido en términos limitativos, cuando lejos de esto seria dar al juicio ejecutivo mas latitud de la que deberia tener atendida su naturaleza, el permitir que en él se dedujesen los propios medios de defensa que en el ordinario. Si lo segundo, se incurrirá en una redundancia y ridiculez todavía mayor, cual será la de haberse dado una ley espresa para declarar que «en el

»juicio ejecutivo solo pueden admitirse las es»cepciones que de derecho sean admisibles en »el juicio ejecutivo.» Sin aceptar estas absurdas consecuencias no se puede sostener, en nuestro concepto, que las seis escepciones contiuuadas en d. l. 3. lo hayan sido únicamente por via de ejemplo: y nos confirma en la opinion contraria la autoridad del Sr. Conde de la Cañada, quien, al ocuparse de aquella ley en su Juicio civil, Parte 1ª cap. 6. nº 41. se espresa en los literales términos siguientes; «La »primera parte de esta ley entra con una dis»posicion negativa, excluyendo del juicio exe»cutivo todo lo que no está señalado y com»prehendido en la misma; y no satisfecha con »la primera cláusula, la repite haciéndola ge»neral á otra qualquiera excepcion que se ale»gare, convenciéndose por este medio que solo »quedaron habilitadas en calidad de excep»cion ó defensa las que literalmente se expre»san en la misma ley.....» Si en esta se hubiesen querido autorizar otras escepciones en general á mas de las espresadas, se hubiera usado sin duda la partícula disyuntiva *ó tales que de Derecho se deban rescebir*, y nó la conjuntiva, *y tal* etc. de la que se usó; y con ella por consiguiente se quiso significar, á nuestro entender, que no solo no podrian admitirse otras escepciones que las seis de la ley, sino que aun estas se deberian desechar, cuando no fuesen tales que de derecho se debiesen recibir; por ejemplo, como observa muy oportunamente un ilustrado práctico moderno, cuando se alegase una fuerza ó miedo tal que á primera vista constase no haber podido caer en varon constante; y ademas otros casos podrian igualmente ocurrir en que ni siquiera la escepcion de *falsedad*, por ejemplo, ó la de *usura* podrian oponerse contra una demanda ejecutiva; la primera en el caso de que nos hemos ocupado ya en este apéndice, de ponerse demanda pidiendo la ejecucion de una sentencia en los mismos autos y ante el mismo juez que la hubiere proferido; y la segunda, cuando se tratase tambien de ejecutar una sentencia condenatoria proferida despues de haberse opuesto y decidido la propia escepcion de usura en el juicio ordinario; en cual caso deberia indudablemente desechársela si se la reprodujese en el ejecutivo, porque fuera atentar á lo juzgado el admitir sobre ella nuevas pruebas y discusion. Añádase ademas, que los mismos AA. que creen admisibles cualesquiera escepciones en el juicio ejecutivo habrán debido persuadirse hasta cierto punto de que esta opinion no puede sostenerse á tenor de lo declarado en la citada ley 3., puesto que han apelado al medio de suponer que estaba aquella derogada por la l. 1., que habla en general de legítimas escepciones, y que es posterior en el órden cronológico y aun en el de su colocacion en la nueva Recopilacion, si bien, invirtiéndose aquel, como dice el señor Escriche, sin causa conocida, fue antepuesta despues en la Novísima á la otra que era mas antigua. En efecto, d. l. 3. tit. 28. lib. 11. N. R. que era la 1. tit. 21. lib. 4. en la Nueva Recopilacion, es de D. Enrique IV, dada en Madrid, año 1458. al paso que la 1ª de dd. tit. y lib., que era la 2ª tambien del tit. 21. lib. 4. Recopilacion, es de los Católicos Reyes, dada en Toledo, año de 1480. Pero á la consecuencia que de semejantes datos se ha querido inferir se oponen directamente las consideraciones siguientes: En primer lugar, que el Conde de la Cañada, al escribir el párrafo que dejamos transcrito, tomó las espresadas leyes de la Nueva Recopilacion, y á pesar de hallarse insertas en aquel Código por su riguroso órden cronológico, tan lejos estuvo de creer que la mas moderna derogase á la mas antigua, como que esplicó esta última en el sentido riguroso y limitativo que se desprende de su literal contexto: 2ª, que es regla constante y recibida para la debida interpretacion de las leyes, la de que siempre las mas generales se entiendan esplicadas y derogadas ó á lo menos restringidas por las mas particulares y concretas: en cuyo concepto la l. 3. antes citada deberia considerarse limitativa de la primera, y esta, aunque mas moderna, entenderse sin perjuicio de lo establecido y declarado en aquella: 3º, que, si bien la l. 1. de los Reyes católicos es de fecha posterior á la 3. de D. Enrique IV; pero en aquella no se hizo mas que generalizar á toda suerte de obligaciones ejecutivas, lo que en favor de los mercaderes de Sevilla se hallaba establecido en una pragmática del rey D. Enrique III dada en 1396. y por consiguiente es, en cierto modo, anterior á la de D. Enrique IV: 5º, que, pues en la Novísima Recopilacion se colocó esta última en el propio título y con posterioridad á la primera, y se invirtió el órden con que estaban colocadas en la Nueva, tampoco debe presumirse fácilmente que esto se hubiese hecho por pura casualidad y sin objeto, sobre todo cuando vemos que aquella postergacion se halla conforme con la inteligencia que daban á las sobredichas leyes escritores tan ilustrados como el Conde de la Cañada, aun hallándolas colocadas en un órden inverso: 6º y último, que ni aun entre las citadas leyes se advierte una incompatibilidad tan decidida que se esté en el caso de determinar cual de ellas es derogatoria de la otra; antes bien pueden entrambas esplicarse y conciliarse perfectamente entendiéndolas en el sentido que hemos indicado al principio, esto es, que en la 1ª se trató mas espresamente de establecer el modo y

el tiempo en que deberian alegarse y probarse las escepciones legítimas y admisibles, de las cuales por lo tanto se habló en términos generales y por mera incidencia; y en la l. 3. se trató de declarar cuáles eran esas escepciones que en el juicio ejecutivo se tendrian por admisibles y legítimas, y podrian por consiguiente oponerse y recibirse á prueba dentro de los términos y por los trámites establecidos en la 1ª: y en este concepto tendrémos que en la l. 3. se enumeraron *taxativamente* las seis escepciones únicas que querian autorizarse en el espresado juicio; y en la l. 1, al hablar de ellas por pura referencia, se espresó tan solo *por via de ejemplo* la escepcion de *pago*, y por esto se añadió «ú otra que sea legítima» esto es, como si se hubiese dicho: «ú otra de las que »lo son igualmente, atendida la naturaleza del »juicio ejecutivo, ó con arreglo á lo declara»do en las leyes que hablan especialmente de »esto.» Por lo que hace á la l. 12. tambien citada de los mismos tit. 28. lib. 11. N. R., basta su simple lectura para convencerse de que en nada absolutamente puede influir en la cuestion presente. En ella se recomienda la observancia de las anteriores, se ratifica todo lo dispuesto en ellas para la breve y sencilla tramitacion del juicio ejecutivo, y luego se continuan, entre otras, las siguientes palabras: *hecha la citacion* (de remate), *si dentro de tres dias se opusiere y alegare excepcion legítima conforme á la l.* 1. y 3. *de este tit., corran los diez dias* etc. Es evidente que con estas palabras se dejó la cuestion en el mismo estado, sin que pueda inferirse de ellas que la l. 1. haya de prevalecer á la 3. ni al contrario, ni siquiera que se las haya citado en la l. 12. en el supuesto de estar en entrambas declarado cuáles son las escepciones que puedan admitirse; sino al intento de establecer que «corran los diez dias» si dentro el término prefijado se opusiere escepcion que sea legítima, esto es, de las autorizadas en la l. 3. y se opusiere en el modo y con las formalidades debidas, esto es, las prescritas en la l. 1. Por estas razones hemos dicho que, si se atiende á la letra y espíritu de las leyes recopiladas, nos parece muy dudosa la legitimidad de la opinion que sostiene la generalidad de nuestros Prácticos, ó sea, la de que contra una demanda ejecutiva puedan admitirse otras escepciones á mas de las especialmente autorizadas, ó sean, las de *pago*, *pacto de no pedir*, *falsedad*, *usura*, *temor ó fuerza*.

Ahora, en vista de las mismas leyes recopiladas se ofrece una observacion muy importante, y de la cual podria á primera vista inferirse que se ha incurrido en ellas en una contradiccion, ó autorizado tácitamente el que se opusieran en el juicio ejecutivo algunas otras escepciones á mas de las señaladas en d. l. 3. Son varios los textos del propio tit. 28. lib. 11. en los cuales se previene muy especialmente á los jueces que, antes de decretar la ejecucion por cualquiera demanda que al efecto se les propusiere, hayan de ver y examinar con detencion y bajo su responsabilidad el título en que dicha demanda se funde, y abstenerse de proveerla en calidad de ejecutiva si no tiene fuerza de tal el título que con ella ha debido acompañarse: y en la l. 11. tit. 29. del citado libro se impone ademas la pérdida de los derechos exigidos y el cuatro tanto al juez que haya despachado una ejecucion, si resultare despues no ser conforme á derecho ó se hubiere de revocar, bien sea *por ser el contrato condicional y no ser cumplida la condicion*, *ó por no ser pasado el plazo ó plazos*, *ú por ser pasados los diez años* (de la prescripcion), *ó por otro semejante defecto*: de donde claramente se infiere que el ejecutado podrá oponerse á la ejecucion por cualquiera de esos defectos; pues, á no ser asi, no se hubiera previsto el caso de declarársela nula por razon de los mismos. Mas ¿no será alegar una escepcion el decir que el título de la demanda no es ejecutivo, ó que se ha estinguido el crédito por la prescripcion? Hé aqui, pues, autorizadas por otras leyes algunas escepciones á mas de las seis que admite especial y esclusivamente la l. 3. de que antes nos hemos ocupado. ¿Dirémos, pues, que esta última ha quedado á lo menos indirectamente derogada? Nótese desde luego una diferencia entre los casos de escepcionarse verdaderamente la demanda ejecutiva y á los cuales se refiere d. l. 3., y los casos en que se pide ó intenta la nulidad de la ejecucion trabada por no haberlo sido conforme á derecho, de los cuales habla limitadamente la l. 11. d. tit. 29. En los primeros no se impugnan los actos ó procedimientos del juez, ni se disputa la legitimidad de lo que este ha proveido y practicado; sino que, en el concepto reconocido de que en realidad se ha presentado un título ejecutivo y de que por él ha debido trabarse la ejecucion, se opone y ofrece probar, por nuevos méritos de los que no ha tenido el juez noticia ni ha debido tenerla, que aquel crédito ejecutivo en que se fundó la demanda ha sido ya estinguido por el pago ó remision ó que no es exigible por el pacto temporal de no pedir, ó que es nulo por usurario ó arrancado por temor ó fuerza, ó que es ineficaz por ser falso y suplantado el documento con que se ha pretendido acreditarlo. Ninguna de estas circunstancias ha podido ó debido aparecer al examinarse previamente el título ejecutivo; y por esto hemos dicho que semejantes alegaciones no se dirigen contra el juez, sino contra la accion legalmente, aunque con mas ó menos jus-

ticia, deducida y la cual se quiere escluir por medio de una escepcion. Pero para saber si un crédito ha dejado de existir por la prescripcion, ó si es exigible por razon de las condiciones ó plazos con que fue constituido, ó si reune las circunstancias legalmente necesarias para ser ejecutivo, ¿no basta y debe bastar necesariamente el exámen del título con el cual se ha pretendido acreditarlo? Si un crédito es condicional ¿puede reclamárselo como verdadero crédito sin justificar que la condicion está cumplida? Si contiene plazos, ¿habrá podido deducírselo en juicio como *exigible* sin hacer constar que aquellos han espirado? Y aunque sea puro, ¿puede pedirse su pago ejecutivamente sin justificar que es líquido, sin manifestar la época del vencimiento y sin que conste si ha podido ó no ser estinguido por la prescripcion? Luego el juez que decrete una ejecucion sin que aparezcan cumplidos todos estos requisitos necesariamente habrá procedido con precipitacion ó ignorancia; y no solamente se tendrá en semejantes casos una accion ineficaz, sino unos procedimientos nulos y contrarios á ley clara y terminante, porque tales serán aquellos en que se haya trabado ejecucion en virtud de un crédito, sin haberse justificado previamente que fuese ejecutivo, líquido, exigible y no sujeto á prescripcion. En ese mismo concepto se espresan las leyes recopiladas que hacen responsable al juez de las costas ocasionadas por una ejecucion, cuando *sea declarada nula* por *defectos* existentes en la demanda, ó por no haberse trabado *conforme á Derecho;* nó cuando se declarare que no ha lugar á continuarla, y se alzare por consiguiente la traba en virtud de las escepciones directas que se hayan alegado y justificado fundadas en nuevos méritos, de los que no se hubiese podido ó debido tener conocimiento al examinar y admitir la demanda. Como quiera, es de todo punto incuestionable que, pues la ley ha prescrito ciertos y determinados requisitos para poderse proceder ejecutivamente, ha debido presuponer en los que serian ejecutados el derecho de hacer oposicion, cuando se procediese contra ellos sin estar cumplidos los requisitos indicados: pero, llámese ó nó escepciones á los medios de que en semejantes casos se echare mano, siempre deberá reconocerse que son esencialmente distintos de aquellos con que se trate de desvirtuar la demanda sin impugnar la validez del procedimiento: y á estos últimos, en nuestro concepto, se han referido esclusivamente las leyes que restringen el derecho y facultad de oponer escepciones á las demandas ejecutivas; y en particular la citada ley 3. que no prohibe, en general, que se opongan otras escepciones que las espresadas en ella contra todo procedimiento ejecutivo, *sino contra las obligaciones, contratos, compromisos ó sentencias ó otras cualesquier escrituras que tengan aparejada ejecucion;* y no es por cierto escepcionar un título que la traiga aparejada el oponer que ese título es nulo ó negar que tenga el carácter de ejecutivo, y pretender por este motivo que no debió ser trabada la ejecucion.

Creemos, pues, que, nó como verdaderas escepciones, sino como reclamaciones de nulidad podrán alegarse y admitirse no solo las que se funden, segun hemos dicho, en la prescripcion, ó en la circunstancia de ser el crédito condicional, ilíquido ó por otras razones destituido de fuerza ejecutiva, sino tambien las que se funden en otro cualquier defecto que aparezca, sin nuevas pruebas, de los mismos justificativos de la demanda; tales son, por ejemplo, á mas de los que dejamos indicados, 1º, la falta de poder bastante, caso de haberla intentado un procurador, 2º, la falta de legítima personalidad en el demandante por ser menor, muger casada etc., ó por no haber debidamente acreditado ser el sucesor de aquel á cuyo favor se hubiese constituido el crédito reclamado; 3º, la falta de derecho pasivo, por no constar que sea sucesor del deudor aquel contra quien, en calidad de tal, se ha intentado la demanda; 4º, falta de la previa conciliacion con la cual debe prepararse todo juicio, aunque sea ejecutivo; 5º, nulidad del título ó escritura con que se haya obtenido la ejecucion, cuando fuere tal que aparezca de su simple inspeccion, como por contener alguno de aquellos pactos ó cláusulas que las leyes prohiben bajo pena de nulidad del negocio ó contrato en que se los continuare; 6º, la inobservancia ó informalidad de alguno de los trámites ó procedimientos sustanciales en el juicio ejecutivo, como por haberse omitido ó practicado indebidamente la notificacion de estado ó la citacion de remate, ó por haberse trabado la ejecucion en créditos ó acciones ó bienes raices antes que en los muebles; 7º, la incompetencia ó falta de jurisdiccion del juez que haya proveido ó despachado la ejecucion, y otros defectos semejantes. A todos esos legítimos medios de defensa puede darse lugar en el juicio ejecutivo, sin infringir, como hemos demostrado, lo dispuesto en la citada ley 3ª tit. 28. lib. 11. N. R.: y ademas pueden tambien admitirse en él algunas otras escepciones verdaderamente tales y perentorias de la demanda que, si nó por la letra, á lo menos estan autorizadas por el espíritu de d. l. 3. sin necesidad, por consiguiente, de suponerla derogada, ni de interpretarla violentamente. Tales son la escepcion de *compensacion* que alguno de nuestros Prácticos ha comparado ya exactamente con la de *pago;* y las de *delegacion, novacion, transac-*

cion ó compromiso y simulacion, que son las que los AA. llaman generalmente *útiles*; y nosotros creemos que pueden llamarse tales por estar comprehendidas en las *directas*; y que deben ser admitidas en el juicio ejecutivo, nó precisamente por mera equidad y conveniencia, sino por razon de estricta legalidad. ¿Cómo, en efecto, podria desoirse al ejecutado que, habiendo opuesto nominalmente la escepcion de *pago* que es otra de las admitidas por la ley, justificase dentro el término del encargado que el crédito ejecutivo está estinguido y compensado por otro crédito líquido tambien y ejecutivo, ó que el acreedor se ha dado por pagado y satisfecho de su alcance mediante la delegacion de otro crédito que ha aceptado voluntariamente? ¿Cómo podrá decirse que haya estado fuera de la ley al deudor que, habiendo opuesto la escepcion de *pacto ó promesa de no pedir*, probare despues que ha mediado entre él y el demandante una *novacion* de contrato, *transaccion ó compromiso?* Ninguna de estas escepciones puede seriamente alegarse sin que importe mas ó menos implícitamente la idea de haberse convenido entre el deudor y acreedor la sustitucion de la primitiva obligacion por otra, ó la cesacion, por decirlo asi, de toda hostilidad en el caso de compromiso, mientras tanto que los árbitros no hayan dado su fallo; y hasta nos atrevemos á afirmar que nada aventuraria el que, al oponer semejantes escepciones, no las indicara con su especial y verdadero nombre, y sí con el mas genérico, aunque no menos propio, de *pacto de no pedir*. En iguales términos, el que opone la *simulacion* del contrato ó escritura en que se ha fundado la demanda ejecutiva ¿no viene á decir con esto mismo que adolece aquella de *falsedad*, aunque en ese caso no tan criminosa como la que se acostumbra designar con este nombre? Y aunque el mismo que la alegare manifieste haberla consentido y tomado parte en ella ¿dejará de haber por esto una verdadera *falsedad?* Todas las demas escepciones que en estos ó semejantes términos no vengan tácitamente comprehendidas en las seis que la ley nominalmente ha autorizado, no pueden, en nuestro concepto, ser admitidas en el juicio ejecutivo sin infringir á la vez la letra y el espíritu de la misma ley y sin despojar á aquel juicio del carácter de que esta ha entendido revestirle.

Entiéndase, empero, todo lo dicho hasta aqui, sin perjuicio de lo que deberá observarse respecto de aquellos títulos ejecutivos contra los cuales ni aun algunas de las seis escepciones de la ley podrán ser legalmente admitidas; como si se tratare de la ejecucion de una sentencia, contra la cual, en ciertos casos, no podrán oponerse la *falsedad*, *usura*, *fuerza* ni *miedo*, ni, por punto general, otra escepcion alguna que directa ó indirectamente tienda á reproducir las cuestiones que hayan sido ya promovidas en el juicio declarativo y definitivamente resueltas por la sentencia que se trata de ejecutar; porque esto equivaldria á hacer interminable el juicio ordinario en lugar de hacer efectivos sus resultados por medio del ejecutivo, y á desvirtuar la fuerza y autoridad de la cosa juzgada. Por esta razon hemos impugnado la doctrina sentada por nuestro Gregor. Lopez en la nota 93. tit. 22. de esta Partª sobre poderse escepcionar la ejecucion de una sentencia alegando que es injusta ó inícua, (V. la adic. allí); y por esa razon tambien tenemos alguna dificultad en lo que supone el mismo Glosador en la nota 200. tit. 18. sobre poderse oponer contra la ejecucion de una sentencia la escepcion de *nulidad* de la sentencia misma, y la de *falsedad* de las pruebas en méritos de las cuales haya sido aquella proferida. Parécenos que, por punto general, una sentencia no causa ejecutoria *por necesidad*, (*a*) sino desde el momento en que haya espirado el término concedido para interponer contra la misma el recurso de nulidad, sin que este se haya interpuesto ó admitido; y de otra parte, observamos que, debiéndose interponer aquel ante el mismo juez ó tribunal que ha proferido el fallo, y, en algunas ocasiones, ante el superior inmediato, y correspondiendo esclusivamente á los jueces inferiores la ejecucion de todos los fallos, vendria á resultar que estos conocerian de la nulidad de los proferidos por sus superiores, si cuando procediesen á la ejecucion de los mismos, debiesen admitir la escepcion de *nulidad* que contra ellos se opusiese. Y verdaderamente, tratándose de sentencias de vista ó de revista proferidas por las audiencias, no vemos se las declare jamás pasadas en autoridad de cosa juzgada, ó á lo menos que se las remita á los jueces inferiores para que las cumplan y ejecuten, sino despues de transcurridos los diez dias dentro de los cuales puede intentarse contra las mismas el recurso de nulidad por ante el Tribunal Supremo, art. 7º del Decreto de 4. noviembre de 1838.; y asi, cuando se trata de proceder á su ejecucion ó cumplimiento, necesariamente habrá de ser por no haberse intentado en tiempo útil, pudiéndose intentar, contra ellas el recurso de nulidad, ó por ser de aquellas contra las cuales no se admite ni puede oponerse dicho recurso en tiempo alguno. Mas en uno y otro caso nos parece seria monstruoso y absurdo el permitir que se escepcionase de *nulidad* el cumplimiento de una sentencia asi ejecutoriada, porque absurdo

(*a*) Mas adelante esplicarémos el sentido en que usamos de esta fórmula.

y monstruoso seria el que en el juicio ejecutivo mas estricto por su naturaleza y en el cual se da menos latitud á la defensa pudiese no obstante utilizar el convenido por via de escepcion un medio ó recurso que ya no hubiera podido admitírsele en el juicio declarativo ú ordinario: de donde se infiere que la ejecucion de los fallos de las audiencias, ó bien se habrá decretado en cierto modo prematura é intempestivamente, esto es, antes de haber espirado el término concedido para interponer contra ellos el recurso de nulidad, y entonces, si se interpusiere dicho recurso y se hiciere oposicion al procedimiento ejecutivo, ya no será la *nulidad* la que se opondrá á dicha ejecucion, sino la falta de fuerza ejecutiva de los fallos mismos; ó bien se habrá empezado á proceder ejecutivamente despues de espirado dicho término, sin que en todo él se haya interpuesto el recurso; y entonces ni podrá negarse á aquellos la fuerza ejecutiva, ni oponérseles la escepcion de *nulidad* por las razones que antes dejamos espuestas. Por lo que hace, empero, á las sentencias dictadas por los jueces inferiores, contra las cuales puede intentarse el recurso de nulidad dentro el término mas largo de sesenta dias, vemos que de hecho y de derecho se las considera como ejecutorias, y se procede con mucha frecuencia á su cumplimiento, aun antes de haber transcurrido dicho término y desde el momento en que espira el concedido para apelar, sin que dentro de él se haya apelado. Podrá suceder, por consiguiente, que se decrete la ejecucion de semejantes sentencias antes que el ejecutado haya usado del derecho que la ley le concede para reclamar la nulidad de las mismas; siendo indudable que no habrá podido hacerle perder ese derecho la circunstancia de haberse empezado á proceder ejecutivamente: y asi no solo podrá ejercerlo todavía el ejecutado, sino que el recurso de nulidad que el mismo interponga tendrá la fuerza suspensiva, y deberá por lo tanto sobreseerse en la ejecucion, hasta tanto que el referido recurso se haya sustanciado y decidido. Pero para conseguir que asi se sobresea ¿deberá oponer el ejecutado como una escepcion la *nulidad* de la sentencia, y dirémos por consiguiente con Gregor. Lopez que aquella es admisible en el juicio ejecutivo? Ó ¿dirémos tambien en este caso que no se opondrá la escepcion de *nulidad*, sino la falta de fuerza ejecutiva de la sentencia, por no obtener esta la autoridad de cosa juzgada, ni haberse podido proceder á su ejecucion hasta despues de pasados los sesenta dias de la ley? No nos atreverémos á afirmar esto último, por dos razones; primera, porque no solo en la práctica, sino tambien en las mismas leyes vemos á cada paso calificadas de *ejecutorias* las sentencias no apeladas, y aquellas, contra las cuales, habiéndose interpuesto apelacion, se ha declarado esta definitivamente inadmisible, aunque no hayan pasado los sesenta dias; segunda, porque en la práctica es muy raro el que para intentar el recurso de nulidad se espere el largo término concedido por la ley, siendo lo mas comun el interponerlo juntamente con el de apelacion ó dentro de los cinco dias que se conceden para este último, aunque se le intente separadamente: y si bien esta costumbre no puede privar á los litigantes del derecho y facultad que legalmente les compete de intentar el recurso de nulidad en cualquier tiempo mientras no hayan pasado los sesenta dias, con todo no es menos cierto que, si no se le ha intentado desde luego, no debe presumirse que se quiera intentarlo; y hé aqui la razon por la cual se considera á la sentencia no apelada como *ejecutoria* y *ejecutiva* desde luego que ya no puede apelarse de ella, y no debe diferirse ó suspenderse su ejecucion cuando la pida alguno de los interesados; porque, si bien es cierto que todavía puede reclamarse y declararse su nulidad, mas no seria justo y conveniente dar el efecto suspensivo á esa mera posibilidad que puede dilatarse por tanto tiempo. Obsérvese á este propósito que en las ll. de Part.ª, como hemos visto en el apéndice al tit. que antecede, no se habia prefijado el término dentro el cual podia interponerse el recurso de nulidad, por cuya razon se habia llegado á sostener que deberia admitírsele en cualquier tiempo y perpetua ó indefinidamente: en cuyo concepto, hubiera sido un absurdo el dar fuerza suspensiva á la sola posibilidad legal de intentarse el recurso de nulidad, y todas las sentencias hubieran quedado reducidas á una letra muerta, pues para proceder á su ejecucion hubiera debido esperarse el transcurso del espresado término indefinido, lo que equivale á decir que nunca hubieran podido llevarse á ejecucion. Las leyes recopiladas han limitado posteriormente á solos sesenta dias el término para intentar el recurso de nulidad, y por tanto parece que no habria grande inconveniente en esperar que transcurriesen, antes de declarar las sentencias ejecutorias: pero tampoco asi vemos que haya necesidad de esa dilacion de dos meses; porque esto, segun hemos dicho, es conceder la fuerza suspensiva no solo al *recurso* (que no es tal mientras no se le haya interpuesto) sino tambien á la mera *posibilidad* de que se le interponga, y á una posibilidad tal, que apenas en caso alguno se llega á realizar, atendida la costumbre que ya hemos mencionado de no intentarse el recurso de nulidad sino juntamente con el de apelacion ó dentro el término que para esta última está concedido. De todo lo dicho se infiere una

notable diferencia, en cuanto á sus efectos naturales é inmediatos, entre los dos espresados recursos de *apelacion* y de *nulidad*: y es que el primero suspende la ejecucion de la sentencia *ipso jure*, y aun antes de haberse intentado, por el solo hecho de poder serlo legalmente durante los cinco dias siguientes á la notificacion: el segundo la suspende únicamente *ipso facto* ó por el hecho de hallarse interpuesto; en cuyo concepto hemos dicho, que las sentencias no causan ejecutoria *necesariamente*, sino despues que ha transcurrido el término legal para reclamar su nulidad; esto es, son ejecutorias para el efecto de poderse proceder desde luego á su cumplimiento, pero pueden dejar de serlo si antes ó despues de decretada su ejecucion se intentare contra ellas el recurso de nulidad: de donde se sigue que, si se pidiere y decretare la ejecucion de una sentencia antes de haber pasado los cinco dias concedidos para apelar, podrá el ejecutado oponerse desde luego negando á aquella el carácter ó fuerza ejecutiva: mas, si se trabare la ejecucion en virtud de un fallo, antes de pasar los sesenta dias, ni podrá negársele dicha fuerza ejecutiva, ni oponérsele la *nulidad* por via de escepcion, porque la nulidad no existe legalmente ni puede alegarse ni probarse mientras no la haya declarado el juez competente, que tal vez no será el mismo que conoce del juicio ejecutivo. Tendrá sí en tales casos el ejecutado el derecho bien espedito de intentar ante quien corresponda y en méritos del juicio ordinario el recurso de nulidad que no hubiese intentado todavía; y de este modo conseguirá que la ejecucion haya de suspenderse, haciendo constar en ella la legal interposicion del recurso, ya lo haya intentado ante el mismo juez que conoce de la ejecucion, ó ante otro diferente, como sucederá siempre que el juez ejecutor no sea el mismo que profirió la sentencia, sino un mero comisionado, ó siempre que, tratándose de la sentencia de un juez de 1ª instancia, se haya propuesto el recurso directamente ante el superior inmediato. En este sentido se comprende perfectamente lo que quiso significar el Sr. Covarrubias, cuando dijo en el cap. 24. de sus cuestiones Prácticas, citado en el apéndice al tit. que antecede, que, en el caso de haberse interpuesto el recurso de nulidad ante el juez ó tribunal superior al que hubiese proferido la sentencia, no se suspenderia por esto la jurisdiccion del juez inferior, ni estaria este privado de proceder á la ejecucion, hasta tanto que aquél le hubiese remitido la correspondiente inhibitoria; por manera que, en la opinion de aquel ilustrado Escritor, no solo el recurso de nulidad carece de fuerza y efecto suspensivo mientras no esté legítimamente interpuesto, sino tambien mientras no tenga noticia de su interposicion el juez ó tribunal á quien corresponde ejecutar la sentencia. De este modo puede decirse que hasta el recurso de nulidad de las ejecutorias de las audiencias por ante el tribunal supremo carece absolutamente de fuerza suspensiva mientras no se le haya intentado formalmente, y que tampoco podria negarse á aquellas el carácter ejecutivo por la mera posibilidad de que se intentase contra las mismas el espresado recurso dentro de los diez dias de la ley; y así es en realidad: de suerte que la práctica introducida en las audiencias, de que antes nos hemos hecho cargo, de no remitirse dichas ejecutorias para su cumplimiento á los juzgados inferiores, sino hasta despues de pasados los diez dias, no debe atribuirse á que se niegue el carácter de ejecutorias á las sentencias de revista desde que estan proferidas y debidamente publicadas, y tambien á las de vista siempre que sean tales que de ellas no pueda legalmente suplicarse; sino á la circunstancia de que, habiendo de remitírselas para su ejecucion á los respectivos jueces de 1ª instancia y como de verificarse la remision inmediatamente se seguiria que habria de volver á reclamárselas, si dentro de los diez dias se interpusiese el recurso, se difiere por aquel breve término la espresada remision, para evitar esos rodeos, gastos y diligencias inútiles en dicho caso.

Por lo que acabamos de esponer se comprenderá fácilmente el sentido único en que consideramos admisible la doctrina que sienta nuestro Gregor. Lopez en la citada nota 200. tit. 18. de esta Partida. Es verdad que la ley 42. á la que se refiere en dicha glosa autoriza espresamente al ejecutado para que haga oposicion á la ejecucion de una sentencia, bajo el pretesto de ser falsas las pruebas en méritos de las cuales se la haya proferido, *si fuere carta en que se mande cumplir algun juyzio, é podiere prouar que aquel juyzio fué dado por falsos testigos ó por falsas cartas.* Mas tampoco podemos persuadirnos, á pesar de esas terminantes palabras, de que la referida *falsedad* de las pruebas sea otra de las escepciones que legalmente pueden admitirse contra la ejecucion de una sentencia. Si tal fuese el espíritu de la citada ley de Partª, la consideraríamos en esta parte derogada por la de Nov. Rec., en la cual, al admitirse la escepcion de *falsedad*, se habla sin duda alguna limitada y esclusivamente de la *falsedad* del título mismo ejecutivo por el cual se haya pedido y decretado la ejecucion, nó de la *falsedad* de los datos ó antecedentes en virtud de los cuales se hubiere aquél otorgado. Pero obsérvese ademas que, en tanto la misma ley de Partª no entendió autorizar como verdadera

escepcion en el juicio ejecutivo la de falsedad de las pruebas en méritos de las que se hubiese proferido la sentencia que se tratara de ejecutar, como que previene espresamente que el juez ejecutor, si bien podrá admitir pruebas sobre el referido estremo; pero que deberá limitarse á *fazerlo saber al Rey que mande y lo que touiere por bien : mas el* (añade) *non deue judgar sobre ello, pues que la carta manda fazer cosa señalada, é non le da poder de judgar.* Asi, pues, el oponer el ejecutado la referida falsedad ó no suspenderá absolutamente el curso y prosecucion de los procedimientos ejecutivos, ó los suspenderá tan solo en el concepto de que el juez originario ó el que profirió la sentencia habrá de entrar á conocer de la falsedad de los méritos que á la misma se hubiere opuesto. Mas ¿cómo deberá conocer de ella? Nó como de una simple y verdadera escepcion opuesta á la demanda ejecutiva de aquellas que no pueden decidir por sí los jueces ejecutores ó comisionados, sino como de un recurso estraordinario ó formal demanda de restitucion en los términos en que la hemos visto autorizada por las ll. 1. y 2. del tit. antecedente; en cuyo concepto será aplicable á la falsedad de las pruebas todo cuanto dejamos dicho en órden á la nulidad de la sentencia; esto es, 1º, que la sola facultad ó posibilidad de que se funde en dicha falsedad un recurso de restitucion y de que se obtenga en méritos del mismo la rescision de la sentencia no despoja á esta última de su fuerza ejecutiva, ni hace que deba suspenderse la ejecucion de la misma; 2º, que solo se suspenderá dicha ejecucion por el *hecho* de haberse intentado el espresado recurso ó demanda de restitucion; 3º y último, que, aun entonces no será la escepcion de falsedad de las pruebas la que suspenderá la ejecucion, sino la de no ser la sentencia *ejecutiva*, como en efecto habrá dejado de serlo en el momento en que su validez y subsistencia se haya puesto en tela de juicio y se haya hecho depender de la decision que recaiga en el recurso interpuesto contra la misma. Por esto dispone la citada l. 42. que el juez ejecutor ó comisionado, ante quien se oponga por via de escepcion la falsedad de las pruebas, debe *fazerlo saber al Rey*, ó, lo que es lo mismo, al juez comitente: y este, en vista de ello, deberá decidir ante todo si ha lugar ó nó á proceder al juicio de restitucion, proveyendo en caso afirmativo la suspension de las diligencias ejecutivas: pero, al tomar conocimiento del indicado recurso de restitucion, deberá observar para ello todos los trámites prevenidos en las ll. 1. y 2. de d. tit. antecedente, del mismo modo que si, antes de intentarlo, no se hubiese tratado de la ejecucion.

Por lo dicho hasta aqui es fácil conocer cuán inútil sea la distincion que hacen nuestros autores prácticos entre los jueces *meros ejecutores* y los *ejecutores mistos*, y cuán fácilmente se resuelva la cuestion tan debatida sobre si deben oponerse ante los primeros ó ante los segundos las escepciones con que se trate de eludir la via ejecutiva. Hé aqui como se espresa sobre este particular el ya citado Sr. Conde de la Cañada nº 1. cap. 2. Part. 3. de su Juicio civil. «Los que litigan pueden hacer sus defensas y proponer sus excepciones en dos tiempos: el primero es mientras el juicio principal; y el segundo durante el ejecutivo que procede de la sentencia pasada en cosa juzgada. Por ejemplo, pide el actor diez mil reales; confiesa el reo la obligacion en su orígen; pero alega la excepcion de paga, compensacion, pacto de no pedir ú otras semejantes, y examinadas con la accion principal en aquel juicio, procede la sentencia condenando al demandado al pago de la dicha cantidad, y se trata de su execucion, luego que es pasada en cosa juzgada. Entonces queda reducida la facultad del Juez executor al mero ministerio de hacer pago al acreedor en los bienes del deudor, y se considera y llama *executor mero*; pues no puede admitir las excepciones que fueron propuestas y decididas por el *Juez principal.*» Estamos, como no podemos menos de estar, enteramente conformes con esa doctrina: pero no sabemos comprender la razon por la cual se esplica con referencia á las personas de los *jueces* comitente y comisionado una diferencia que, en nuestro concepto, se refiere esclusiva y necesariamente á la naturaleza de los *juicios* ordinario y ejecutivo. Si las escepciones de pago, compensacion ó pacto de no pedir se han opuesto y decidido en el juicio principal, no solo no podrá admitirlas de nuevo en el ejecutivo el juez requerido ó comisionado para cumplir la sentencia, pero tampoco el mismo juez originario, cuando sea él quien conozca personalmente de la ejecucion; en cuyo concepto tan *mero ejecutor*, por decirlo asi, será este último como el primero; y la única diferencia que habrá entre uno y otro será la de que, oponiéndose por ej. el pago de la deuda ejecutoriada y suponiéndosele verificado antes de proferirse la sentencia condenatoria, el juez comisionado que no tiene á la vista los autos del juicio principal no podrá saber si la misma escepcion fue opuesta ó nó en aquél y quedó decidida por la sentencia, de lo cual precisamente depende él que se la haya de admitir ó desechar en el juicio ejecutivo: y asi deberá remitirlo al juez comitente para que lo declare en vista de los antecedentes. Mas nótese que no será esto porque tenga aquél menos facultades, sino porque carece de los datos y noticias indispensables pa-

ra decidir, siempre que se trate de escepciones tales que puedan referirse á los puntos ya juzgados por la sentencia cuya ejecucion se le ha cometido. Fuera de dicho caso, empero, por el mero hecho de habérsele dado comision para ejecutar, se le debe considerar con la plena facultad de admitir, y desechar las demas escepciones que ante el mismo se opusieren y de fallar acerca de las mismas lo que corresponda; es, en una palabra, siempre *ejecutor mixto* en todo aquello que puede decidirse con pleno conocimiento sin mas noticias ó antecedentes que los que resultan de la carta ó despacho de comision. Asi hubo de entenderlo el mismo señor Conde de la Cañada cuando en el num. 3. (lugar citado) se espresa en estos literales términos: «Fúndase la facultad de los executores »mixtos en la regla positiva y segura de que »el Juez principal que delega y manda su ju»risdiccion á otro, le da toda la que es nece»saria para cumplir su mandamiento, y quie»re que para llegar al fin se valga de los me»dios y antecedentes precisos.»

Al examinar cuáles sean las escepciones legalmente admisibles, en general, contra los títulos ejecutivos, de propósito hemos dejado de hablar de la *reconvencion*, que muchos de nuestros Prácticos han querido contar entre aquellas, sin considerar que ni siquiera *escepcion* puede llamársela, porque no lo es en realidad, sino una verdadera demanda ó mútua peticion. Pero ni aun en calidad de tal podrá admitírsela en la via ejecutiva por una razon muy sencilla. El título en que se funde esa nueva accion será necesariamente ordinario ó ejecutivo: si lo primero, deberian seguirse, en caso de admitírsela, dos juicios separados y de distinta naturaleza; lo que equivaldria á desecharla en calidad de reconvencion: si lo segundo, ó bien dicha reconvencion fundada en un crédito líquido y ejecutivo la opondria el ejecutado para neutralizar hasta la concurrente cantidad la ejecucion contra *él* trabada por otro crédito de igual naturaleza, y entonces se tendria una verdadera *compensacion*; ó bien la opondria por un crédito ó cantidad mayor y para el efecto de que se trabase á su vez contra el ejecutante otra ejecucion en cuanto al esceso ó diferencia, y en ese caso, como los procedimientos practicados en méritos de la primera demanda estarian forzosamente adelantados al proponerse la reconvencion y no podrian detenerse por su naturaleza misma ejecutiva, tendríamos dos juicios que se complicarian y estorbarian mutuamente sin la ventaja de la simultaneidad en todos sus trámites que se consigue con facilidad en los juicios ordinarios y que es el objeto único por la cual han autorizado las leyes la *reconvencion* en estos últimos. Tales son sustancialmente las razones que alega el Sr. Conde de la Cañada Part. 1ª cap. 6. nº 35. y sigs. donde demuestra hasta la evidencia que la reconvencion no puede legalmente admitirse en el juicio ejecutivo, y añade no haber visto ni oido que se la hubiese opuesto una sola vez en los treinta y dos años que asistió á los tribunales de la Córte defendiendo y determinando negocios.

En los juicios mercantiles está todavía mas fuera de cuestion que en los comunes que nó todas las escepciones, de otra parte legítimas, pueden oponerse y admitirse contra las demandas ó títulos ejecutivos, por estar espresamente declarado en el art. 327. de la l. de enjuiciamiento que se admitan *solas* las escepciones siguientes: 1ª, Falsedad de titulo: 2ª, Prescripcion ó caducidad del mismo: 3ª, Fuerza con daño grave inminente en la persona para obligarla al consentimiento ó aceptacion de la obligacion: 4ª, Falta de personalidad en el ejecutante: 5ª, Pago: 6ª, Compensacion: 7ª, Novacion: 8ª, Quitamiento ó espera: 9ª, Transaccion ó compromiso: 10ª, Incompetencia de jurisdiccion fundada en la circunstancia de no ser mercantil el contrato de que proceda el título de la ejecucion. Mas tampoco esto quiere decir, en nuestro concepto, que no hayan de admitirse en los juicios ejecutivos mercantiles aquellas escepciones que hemos dicho poder oponerse en los ordinarios en calidad de reclamaciones de nulidad, como la de falta de conciliacion, la de no ser el título ejecutivo y por consiguiente ilegalmente trabada la ejecucion. Es verdad que en el citado art. 327. estan especialmente continuadas algunas de las que nosotros hemos calificado de tales reclamaciones de nulidad, como la prescripcion y la falta de personalidad; de lo cual podria tal vez inferirse que, ni aun en el indicado concepto, serán admisibles en los juicios mercantiles todas las demas que allí no se han espresado. Pero no podemos creer que se las haya omitido con el ánimo de escluirlas; antes al contrario, es tan evidente la necesidad de que se las admita, que tal vez por esto mismo se ha creido por demas el declararlo espresamente. Si se tratare de una obligacion legalmente nula ó, aunque válida, destituida de alguno de los requisitos que, segun el art. 306. de d. l. del enjuiciamiento, tribuyen la fuerza ejecutiva, y no obstante se hubiese trabado por ella ejecucion, ó si por un título que la tuviese aparejada se hubiese empezado á proceder sin el correspondiente juicio de paz, ¿quién duda que en cualquiera de estos casos se podria hacer legítima oposicion? Y sin embargo ni la *nulidad* del título (sino la *falsedad* del mismo), ni la escepcion de no ser ejecutivo, ni la falta de conciliacion se cuentan entre las escepciones únicas que la ley admite contra las demandas

ejecutivas por créditos mercantiles. Pero, pues, respecto de estos como de los comunes establecen las leyes que para ser un crédito ejecutivo haya de tener tales ó tales requisitos, y que para ser admitida una demanda haya de venir preparada con el previo juicio de paz, ¿no es por consiguiente necesario, y no hubiera sido una viciosa redundancia el espresarlo, que tiene derecho de reclamar la observancia de aquellas disposiciones legales y de defenderse contra las infracciones de las mismas aquél en cuyo perjuicio se hubieren cometido?

A propósito de las ejecuciones mercantiles debe advertirse últimamente que en algunas de ellas ni aun está permitido que se opongan todas las diez escepciones que antes hemos mencionado. Tales son, en primer lugar, los créditos ejecutivos procedentes de letras de cambio presentadas por legítimo portador, contra las cuales no se admiten otras escepciones que las siguientes: Falsedad, pago, compensacion, prescripcion ó caducidad y espera ó quita, ar.. 328. de la citada ley: y en segundo lugar, aquellos títulos ó créditos tan estraordinariamente privilegiados que, á mas de traer aparejada ejecucion, se procede en virtud de ellos desde luego é inmediatamente por la via de apremio, contra los cuales tan solo es lícito oponer las escepciones de falsedad, falta de personalidad, pago y transaccion ó compromiso, art. 358. de d. l. y V. en los arts. 350., 351. y 352. cuáles sean los títulos que traen aparejada la via de apremio, y cuáles las formalidades con que debe presentárselos para que tengan aquel efecto.

Por lo demas, si bien entre el juicio ejecutivo y el ordinario hacen las leyes la importante diferencia que acabamos de notar en cuanto á las escepciones que en uno y otro pueden oponerse y admitirse, no sucede, empero, lo mismo en cuanto á las pruebas que se ministren en justificacion de las escepciones que se hubieren opuesto; pues en el primero como en el segundo son igualmente admisibles todas las especies de prueba que se reconocen en el derecho, salva siempre la menor brevedad del término que se concede para ministrarlas en la via ejecutiva. Tampoco hay diferencia sustancial en cuanto á los trámites que deben observarse despues del término probatorio hasta la sentencia, los cuales consisten en unir á los autos las pruebas que por una y otra parte se hayan ministrado y comunicar aquellos por su órden al ejecutante y al ejecutado si lo pidieren para el efecto de instruirse é informar de viva voz en el acto de vista ó de alegar por escrito lo que creyeren conveniente; todo lo cual se provee con la cláusula de *sin perjuicio*, es decir, sin que se entienda por ello convertido el procedimiento de ejecutivo en ordinario; observándose, empero, que, al tratar de los juicios ejecutivos, no hablan las leyes recopiladas de que puedan en ellos oponerse tachas á los testigos ministrados, ni señalan término alguno para oponerlas y justificarlas: de donde infieren generalmente los Prácticos que no debe darse lugar á las mismas, y aun añaden algunos, como Febrero y el Sr. Escriche, que la espresada prohibicion es comun á los juicios ejecutivos y á todos los demas sumarios. Mas, á nuestro entender, en estos, como en los primeros, deberá permitirse oponer tachas y justificarlas, á lo menos cuando sean personales, y se las oponga luego despues de la citacion para ver jurar, ofreciéndose probarlas dentro el mismo término del encargado, de modo que no sea menester un nuevo plazo para su justificacion: y quizás tambien, aunque se pretendiera tachar á los testigos en sus dichos despues de publicados, siempre que fuesen las tachas muy calificadas, podria admitírselas, si se las probara con documentos, ó conceder una dilacion especial, aunque muy breve, si se quisiesen ministrar testigos acerca de ellas; porque no hay ley alguna que espresa ni tácitamente lo prohiba respecto de los juicios sumarios en general, ni de los ejecutivos en particular; y asi como, á pesar de no hallarse autorizada por las leyes y por la sola razon de no estar espresamente prohibida, ha prevalecido la práctica de comunicar los autos á las partes despues de la prueba y permitirles que presenten alegatos, asi tambien y con mayor motivo podria haberse admitido la de recibir á prueba por un brevísimo término las tachas que á los testigos ministrados se opusieran. Asi nos parece aconsejarlo la equidad de acuerdo con los buenos principios, porque, segun estos, en los juicios sumarios, aunque se prescinde de todos aquellos trámites que, por decirlo asi, se hallan establecidos solo para mayor solemnidad en el ordinario, pero ni uno solo puede omitirse de los que son sustanciales y ordenados para la mejor averiguacion de la verdad, entre los cuales indudablemente debe contarse la facultad de tachar á los testigos ministrados. Sin embargo de esto, vemos que en los juicios ejecutivos mercantiles estan poco menos que espresamente escluidas las tachas por los arts. 332. y 333. de la ley de enjuiciamiento; de donde, discurriendo por analogía, podria deducirse que tampoco deberá admitírselas en los comunes y que deberá interpretarse en sentido prohibitivo el silencio que, sobre el particular, guardan las leyes recopiladas. En efecto declárase en los dos arts. citados que en las probanzas del juicio ejecutivo tengan lugar todos los medios de prueba establecidos para el ordinario, y que sea aplicable á dichas probanzas cuanto disponen acerca el modo de pro-

ceder en las diligencias de prueba, los arts. de la misma ley desde el 139. hasta el 152.: mas en ninguno de estos, y *sí* solo en los 154. y 155., se habla de la facultad de oponer tachas, ni del modo de justificarlas; y por consiguiente es bien claro, al parecer, que se entendió prohibirlas en el juicio ejecutivo, cuando no se declaró que estos dos últimos arts. fuesen aplicables al mismo como los primeros. Esto tal vez habrá contribuido á que se generalizara, como se ha generalizado, la práctica de no admitir tachas en el juicio ejecutivo, aunque sea por negocios comunes.

En él, despues de espirado el término de prueba y unidas á los autos las que se hayan ministrado, se comunican aquellos á las partes por su órden y para el solo efecto de que aleguen de su derecho por escrito, ó de que se instruyan los defensores para hacerlo de viva voz en el acto de la vista; para la cual debe señalarse dia y notificarse á las dos partes el señalamiento, siempre que alguna de ellas haya pedido informe, y bastará que una lo haya pedido para que deba permitirse tambien á la otra el verificarlo. De todos modos opinan la mayor parte de los Prácticos que tambien en el juicio ejecutivo deberá citarse á las partes para sentencia, á menos que se haya celebrado acto de vista; en cual caso, segun Febrero y otros, podrá prescindirse de aquella formalidad; y tambien cuando el convenido no hubiere hecho oposicion, ni alegado escepcion alguna, porque entonces, dicen, como nada se habrá innovado ni practicado procedimiento alguno despues de la citacion de remate, equivaldrá esta á la citacion para sentencia. Mas si hemos de creer al Autor de la Curia Filípica en su «Juicio executivo» Part. 2ª §. 21. nº 1. en ningun caso y aunque haya habido oposicion y prueba, debe citarse á las partes para sentencia: y esta nos parece ser la doctrina mas legal y admisible, ya porque la referida citacion ha perdido en la práctica moderna toda la importancia que antes tenia, (V. notas 31. y 33. tit. 22. de esta Partª) y ha quedado reducida á una de aquellas formalidades que, si bien imprescindibles en el juicio ordinario, por estar prescritas por las leyes, lo son, empero, puramente para mayor solemnidad, y en consecuencia debe prescindirse de ellas, cuando se procede sumariamente, ya tambien porque en ninguna de las leyes recopiladas que hablan del juicio ejecutivo se previene directa ni indirectamente que haya de hacerse la mencionada citacion; antes bien en la l. 13. tit. 28. lib. 11., que tiene por objeto propio y esclusivo el determinar cuantas veces y cómo debe citarse á las partes y en particular al ejecutado, no se habla mas que de dos citaciones, una que es la llamada de *remate* y debe hacerse despues de los tres primeros pregones, y otra *un dia antes que se haga el tal remate* y por consiguiente despues de la sentencia. En las dos leyes prox. sigs. 14. y 15. se prohibe terminantemente que en los juicios ejecutivos se haga el remate sin preceder mandato especial de los jueces respectivos, y se prescribe á estos la obligacion de ver y examinar por sí mismos los autos despues que los hayan llamado para dar sentencia, y tampoco se dice una palabra de que haya de citarse á las partes para proferirla. Y lo propio se observa en la ley de enjuiciamiento para los negocios mercantiles, bien que en estos, como no se permite á las partes el alegar por escrito, y solo se les comunican los autos para instruirse, debe por precision é indistintamente señalarse dia para la vista y notificarse á las partes el señalamiento para que asistan, si quieren, á dicho acto; lo que equivale á la citacion para sentencia, arts. 335. y 336. de d. l.

La sentencia que recae en el juicio ejecutivo se dice comunmente que no forma estado ó que no produce escepcion de cosa juzgada para el ordinario: y en esto se dice una verdad, si se la entiende con ciertas limitaciones que creemos oportuno observar para que no se infieran de aquel principio consecuencias erróneas y exageradas. Supuesto que, segun hemos visto, hay algunas escepciones de otra parte legítimas que no se admiten, sin embargo, en el juicio ejecutivo, es evidente é incontrovertible que siempre deberá quedarle reservado al deudor el derecho de oponerlas y deducirlas por la via ordinaria, aun despues de haberse proferido y cumplimentado la sentencia condenatoria ó de remate: y asi, aunque no hubiere apelado de dicha sentencia, podrá despues poner demanda separada y pedir que se declare nulo ó ilegítimo el crédito que ha sido declarado ejecutivo, con tal que lo funde en nuevos méritos, y estos sean de aquellos que no le hubieran podido ser atendidos por via de escepcion contra la demanda ejecutiva: tales serian, por ej., el dolo, la restitucion por entero, ó cualquiera otra de las escepciones *de largo exámen* que hemos visto estar enteramente escluidas por la l. 3. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. Y supuesto que, segun tambien dejamos dicho, no se concede en el juicio ejecutivo otro término probatorio que el fatal é improrogable de diez dias, dentro del cual deben justificarse los hechos en que el convenido funde sus escepciones y los que alegare el actor para combatirlas; siempre que la sentencia haya sido contraria á uno ú otro por falta de prueba, y esta haya sido notoriamente ocasionada por la perentoriedad de la dilacion y por lo sumario y privilegiado de los trámites eje-

cutivos, les quedará asimismo salvo su derecho para reproducir despues las mismas alegaciones en juicio separado y ordinario, y pedir en él que se rescinda lo que se haya practicado en el ejecutivo, con tal que ofrezcan para ello ministrar nuevas pruebas á mas de las que en aquél se hayan tenido presentes al proferirse la sentencia. Ademas, como para declararse que no ha lugar al remate y pago basta que se haya demostrado que el crédito por el cual se trabó la ejecucion no la traia aparejada; en el caso de ser la sentencia absolutoria en aquel sentido, tampoco impedirá que el actor, aun habiéndola consentido, deduzca despues el propio crédito en juicio y funde en él una demanda ordinaria, contra la cual no podrá por consiguiente oponerse la escepcion de cosa juzgada. Mas, supóngase que en méritos de un juicio ejecutivo se ha opuesto y probado la escepcion de pago, compensacion ú otra de aquellas que se dirigen á negar no solo la fuerza ejecutiva, sino la existencia misma del crédito que suponen legalmente estinguido: si, en virtud de alguna escepcion semejante se hubiere absuelto al ejecutado y dejado sin efecto la ejecucion trabada ¿puede dudarse que aquella absolucion tendria fuerza de cosa juzgada contra la demanda que acaso se intentara despues reclamando el mismo crédito, aunque por la via ordinaria y sin el carácter de ejecutivo? Supóngase tambien que el ejecutante y el ejecutado, utilizando el breve término de los diez dias, han logrado ministrar todas las pruebas que respectivamente habian anunciado y ofrecido, y que en sus alegaciones han pretendido, nó que se les reservara su derecho para un juicio mas amplio y detenido, sino que se fallara en méritos de las pruebas ministradas encareciendo cada uno las suyas y pretendiendo que fuesen preferidas á las de su contrario, ¿podria permitirse en ese caso que, despues de la sentencia ejecutiva, se reprodujese todavía en un juicio ordinario la propia cuestion ya decidida? ¿Seria justo ni legal que se admitiesen nuevas pruebas de testigos ó documentales? Si esos testigos estaban presentes y podian ministrarse y recibirse en el juicio ejecutivo, ¿cómo podria aprovechar á la parte que despues los presentare su desidia ó su malicia en no haberlo verificado antes? Si entonces estaban ausentes, ¿cómo no haberlos designado oportunamente y para los efectos prevenidos en la l. 1. de dd. tit. 28. y lib. 11. N. R.? Y lo mismo, análogamente, deberá decirse de los documentos: si el que los produjera despues, alegara no haberlos tenido para producirlos en el juicio ejecutivo, ¿no entraríamos en la cuestion general de si con documentos nuevamente hallados puede impugnarse la autoridad de cosa juzgada? Y si ya los tuvo antes y no los produjo, ¿por qué permitirle producirlos despues? De todo lo dicho se infiere 1º, que entre los mismos interesados y sobre un mismo y determinado negocio pueden ofrecerse cuestiones de tres diferentes especies, unas que deben ventilarse y decidirse esclusivamente en el juicio ejecutivo, como la de si un crédito trae ó nó aparejada ejecucion; otras que deben ventilarse y decidirse esclusivamente en juicio ordinario, como las de si, al crearse un crédito ha intervenido ó nó dolo, y demas de semejante naturaleza; y otras en fin que pueden ventilarse y decidirse indiferentemente en juicio ordinario y en el ejecutivo, como son las de si un crédito adolece ó nó de falsedad, si está ó nó pagado ó sujeto á compensacion, y todas aquellas que se promueven con las escepciones llamadas *directas* y *útiles*: 2º, que la sentencia proferida en el juicio ejecutivo prejuzga siempre definitiva é irrevocablemente y produce perpétua escepcion de cosa juzgada respecto de aquellas cuestiones que son propias y peculiares de dicho juicio; de modo que una vez decididas en él espresa ó tácitamente, ya no se puede volver á promoverlas; y asi no podrá intentarse demanda ejecutiva en virtud de un simple crédito que se haya declarado no tener aparejada ejecucion, ni podrá pretenderse que se declare no tener fuerza de tal el crédito que una vez haya sido declarado ejecutivo, ó en virtud del cual haya llegado á proferirse una sentencia de *remate*: 3º, que la sentencia proferida en un juicio ejecutivo nunca produce ni puede producir escepcion de cosa juzgada respecto de aquellas cuestiones que estan legalmente reservadas para el ordinario; y asi, á pesar de haberse declarado un crédito ejecutivo, y aunque se haya procedido judicialmente á su realizacion y pago con los bienes del deudor, podrá este, no obstante, reclamar que se le rescinda por medio de la accion de dolo ó por via de restitucion por entero: 4º, que la sentencia proferida en el juicio ejecutivo, si bien produce siempre escepcion de cosa juzgada respecto de las cuestiones que son propias y peculiares del mismo, pero la produce simple y esclusivamente respecto de aquellas, y nó en cuanto á las demas que sobre el mismo negocio pueden suscitarse; y en este concepto, una vez declarado que un crédito no es ejecutivo, no puede el acreedor pedir, como hemos visto, que en méritos de él se trabe ejecucion, pero puede sí deducirlo despues en juicio ordinario y reclamar que sea condenado á su pago el deudor, y aun puede despues pedir que se proceda ejecutivamente á hacer efectiva dicha condena; en cuyo caso, empero, no deducirá en clase de título ejecutivo al mismo crédito, sino la sentencia que lo ha declarado legítimo y exigible: 5º, que, por lo tocante á

aquellas escepciones que pueden oponerse y decidirse indiferentemente en el juicio ordinario y en el ejecutivo, la sentencia que en este se profiera producirá perpétua escepcion de cosa juzgada sobre las que espresamente hubiere decidido, de modo que ya no podrá proponérselas despues ni por via de demanda en juicio ordinario, siempre que en el ejecutivo se haya formado sobre ellas cuestion simplemente de *derecho*; y asi, si hallándose las partes conformes en cuanto á los hechos respectivamente alegados ó probados, se ha ventilado y decidido esclusivamente en el juicio ejecutivo, si el crédito objeto de él, con arreglo á los méritos resultantes de los autos, debia declararse ó nó *simulado*, *usurario* ó estinguido por la *compensacion*, ya ninguna de dichas cuestiones podrá despues reproducirse en juicio ordinario, porque obstará á ello la escepcion de cosa juzgada: 6º, que, aun respecto de las escepciones antes espresadas y por mas que sobre ellas se haya formado cuestion de *hecho*, podrá suceder que queden definitiva é irrevocablemente decididas en el juicio ejecutivo, y lo quedarán en realidad para el efecto de no poder ya reproducírselas ni pedirse que se las vuelva á fallar y decidir *con los propios méritos* en juicio ordinario, sino que será menester para esto que se ofrezcan nuevas pruebas no ministradas ni *podidas ministrar* en el ejecutivo por lo breve y perentorio del término que en el mismo se concede para probar, y tal vez se requerirá ademas que se haya protestado oportunamente por razon de aquella imposibilidad, y reservado el derecho de promover de nuevo la misma cuestion é instruirla mas ampliamente: 7º y último, que la sentencia proferida en el juicio ejecutivo, aun en los casos en que no produce escepcion de cosa juzgada para el ordinario, es una sentencia verdaderamente definitiva, porque termina una instancia y un juicio, del mismo modo que hemos visto se verificaba con los fallos dados en méritos de posesorio pleno, los cuales, si bien no deciden la cuestion de propiedad que queda siempre reservada para el juicio petitorio, pero forman estado respecto de la posesion, y son, en cuanto á la misma y en su caso, ejecutorias é irrevocables, (V. la adic. á la nota 11. tit. 22. de esta Partª).

La sentencia que recae en el juicio ejecutivo se llama propiamente de *remate*, cuando por ella se declara procedente la demanda propuesta y se manda realizar la venta de los bienes embargados para hacer pago con ellos al acreedor: en cuales términos deberá fallarse siempre que el ejecutado no haya hecho oposicion, ó, haciéndola, haya esta consistido en escepciones que por ilegítimas se hubieren desestimado sin dar lugar á que se ministraran pruebas sobre ellas: y lo propio sucederá cuando, aunque se hubieren opuesto legítimas y admisibles escepciones, resultare que no han sido debidamente probadas, ó que han sido destruidas con pruebas contrarias por el actor. Al contrario, empero, deberá por dicha sentencia declararse que no ha lugar al *remate* y dejarse sin efecto la ejecucion trabada, siempre que hubiere alegado y probado el convenido alguna de las escepciones verdaderamente tales *útiles* ó *directas* que hemos visto ser admisibles en el juicio ejecutivo ó alguna de las que hemos calificado antes de *reclamaciones de nulidad*: en uno y otro caso deberá alzarse el embargo de los bienes y devolverse estos libremente al ejecutado si se hubiesen estraido de su poder; con la sola diferencia de que deberá condenarse en las costas al ejecutante cuando se hubiere absuelto al reo en virtud de una verdadera escepcion; pero en el caso de anularse el procedimiento ejecutivo, dichas costas con el cuádruplo de los derechos exigidos, habrán de declararse á cargo del juez que hubiere trababo la ejecucion en virtud de un título que no la traia aparejada, l. 11. tit. 30. lib. 11. Nov. Recop. En el caso de haberse opuesto alguna escepcion legítima y no haberla justificado el convenido á pesar de habérsela recibido á prueba, dentro el perentorio término de los diez dias, opinan algunos autores que se debe declarar tambien no haber lugar al *remate*, pero sin absolver al ejecutado ni proveer el desembargo, sino recibiéndose de nuevo el pleito á prueba por via de justificacion y por el término que se estime suficiente, y quedando de este modo convertido el juicio de ejecutivo en ordinario: doctrina que, por equidad, ha prevalecido, al parecer, en la práctica de nuestros tribunales, pero que tenemos nosotros por contraria á la letra y espíritu de las leyes recopiladas y á la naturaleza y objeto del juicio ejecutivo. El caso en que haya estado el reo impedido de probar sus escepciones dentro el término del encargado por alguna justa causa, como la ausencia de los testigos que pensara ministrar, ha sido espresamente previsto por la l. 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec.: y esto no obstante, tan lejos ha estado d. l. de autorizar ó permitir que pueda por el espresado motivo suspenderse la ejecucion y ordinariarse el procedimiento, como que, si bien ha mandado se concediera en aquel caso un término mas largo y estraordinario para poderse ministrar los testigos ausentes, prescribe, empero, terminantemente que eso se entienda sin perjuicio de llevarse adelante el remate y pago, con tal que el ejecutante afianze la restitucion para el caso de resultar despues probadas las sobredichas escepciones. Y si bien la imposibilidad de probarlas

dentro los diez dias podrá haber procedido de otras causas distintas de la espresada, mas ya hemos visto que por ellas, siendo imprevistas y de corta duracion, podrá apelarse al medio mas legal de suspender el término del encargado á tenor de lo dispuesto en el art. 48. del Reglam. prov. para la admin. de just. y sin necesidad de adulterar el procedimiento. En el caso de no ser próxima y probable la cesacion del impedimento, podrá reservarse á las partes su derecho para que puedan deducirlo en juicio ordinario, ó se entenderá de todos modos tácitamente reservado aunque no se esprese, por lo mismo que, segun hemos dicho antes, es ese otro de los casos en que la sentencia en el juicio ejecutivo no produce escepcion de cosa juzgada respecto del ordinario; y en consecuencia por ningun concepto, bajo semejante pretesto, podrá dejarse de proveer el remate y llevarlo á cumplimiento, toda vez que el ejecutado no haya probado oportunamente sus escepciones.

Proferida la sentencia, ya se declare en ella por bien trabada la ejecucion y se mande proceder al remate y pago, ó se diga no haber lugar á este y se deje aquella sin efecto, pueden apelar de la misma asi el ejecutante como el ejecutado, con la sola diferencia que espusimos en el apénd. al tit. 23. de ser en el último caso admisible la apelacion en ambos efectos, y tan solo en el devolutivo cuando la intente el ejecutado, mediante, empero, las fianzas que entonces deberá prestar el acreedor para que se ejecute lo juzgado. Por lo que hace á cuáles sean los trámites que deberán observarse en dichas instancias de apelacion nada declaran las leyes; opinando los mas de los AA. que deberá sustanciárselas verbalmente y decidírselas sin nuevos méritos á tenor de lo dispuesto para los recursos de nulidad y apelaciones de autos interlocutorios en el art. 69. Reglam. prov. para la admin. de just. y Real Decreto de 8. octubre de 1835. El Sr. Ortiz de Zúñiga (Bibliot. jud. Part. 3ª tit. 3. cap. 1. pág. 148.) procede en esta parte con distincion, y dice que deberán observarse los trámites de d. art. 69., cuando la sentencia apelada haya sido la de *remate*, porque entonces, segun él, toma el juicio el carácter de sumarísimo, y deben abreviarse todo lo posible los trámites; pero que, siendo absolutoria la sentencia apelada, aunque tampoco deberán admitirse nuevas pruebas en segunda instancia, podrá sustanciarse esta por escrito, por tomar entonces el juicio el carácter de ordinario, pues se admite la apelacion libremente, y ya no interesa tanto á la parte actora la brevedad en la sustanciacion. Mas séanos lícito observar acerca de esto, que si el ser ejecutivo el título de una demanda es lo que da lugar al procedimiento sumario, mientras no se haya declarado definitivamente que el título carece de aquel carácter, no puede convertirse el procedimiento en ordinario, y si por el hecho de proponer su demanda como ejecutiva, se reconoce en el actor un legítimo interes en que se proceda breve y sumariamente, ese mismo interes, lejos de cesar, aumentará sin perder nada de su legitimidad, desde el momento en que haya sido desatendido por una sentencia, y mientras esta no forme estado, antes se esté pidiendo legalmente su revocacion. De otra parte, al convenido en nada puede perjudicarle la rapidez y celeridad con que se sustancie la apelacion de la sentencia absolutoria; antes al contrario le favorecerá por lo mismo que, estando admitida en dicho caso la apelacion en ambos efectos, durante la segunda instancia habrán de permanecer sus bienes embargados, y en consecuencia estará á su vez tanto mas interesado en que aquella termine pronto, cuanto mas sinceramente pida y espere la confirmacion de la sentencia y su consiguiente ejecucion, ó, lo que es lo mismo, el desembargo de los bienes. Creemos, pues, que no es admisible la doctrina del Sr. Ortiz de Zúñiga, y que en las instancias de apelacion en los juicios ejecutivos, ya sea absolutoria ó condenatoria la sentencia apelada, deberán observarse indistintamente unos mismos trámites, esto es, los establecidos por el art. 69. del Reglam. prov.; y nó porque la sentencia dada en el juicio ejecutivo haya de considerarse como interlocutoria, antes la hemos calificado nosotros de verdaderamente definitiva; ni por la razon, que leemos en algunos Prácticos, de admitirse en la via ejecutiva las apelaciones en un solo efecto; porque, como acabamos de decir, admitimos igualmente la sustanciacion verbal, aunque sea absolutoria la sentencia apelada, y en ese caso, sin embargo, se admite dicho recurso en ambos efectos, (V. el apéndice al tit. 23.): á mas de que, si el no producir una apelacion el efecto suspensivo hubiese de influir en algo para la sustanciacion de la segunda instancia, mas bien *influiria*, nos parece, en el sentido de que aquella hubiese de ser mas solemne y detenida, toda vez que con la ejecucion de la sentencia apelada habrá debido quedar y quedado cumplida y satisfecha la necesidad que pudo haber de proceder sumariamente por tratarse de negocios urgentes y privilegiados, ó tales que ofrecieran peligro en la dilacion. La verdadera razon para que se haya adoptado la sustanciacion verbal en la segunda instancia del juicio ejecutivo consiste, á nuestro modo de ver, en la imposibilidad de encontrar otra que sea tan análoga con el carácter, naturaleza y objeto del mismo. En él, ni aun con el pretesto de mejorar la apela-

cion, pueden admitirse nuevas escepciones, ni nuevas pruebas sobre las que ya se hayan alegado en primera instancia; en lo cual estan conformes todos los Prácticos, y no pudiera menos de ser asi, porque el opinar de distinta manera seria desvirtuar y hacer ilusoria la perentoriedad de los trámites y dilaciones que forma el carácter del procedimiento ejecutivo. No pudiendo alegarse nuevos méritos, es inútil la discusion escrita, y mas económico y ventajoso á las partes el que se la supla por la discusion oral. Y pues las leyes no han prevenido absolutamente la sustanciacion que deba darse á la segunda instancia en el juicio ejecutivo, ya que, de todos modos, debia darse á las mismas una tramitacion estralegal y arbitraria, era desde luego lo mas consecuente y equitativo el adoptar, como se ha adoptado, la sustanciacion del art. 69. del Reglam., es decir, la espresamente establecida por la ley para aquellas apelaciones que, al igual de las que ocurren en el juicio ejecutivo, deben sustanciarse y decidirse sin nuevos méritos y en forma de espediente. Respecto de los negocios mercantiles, lo único que encontramos dispuesto en la ley de enjuiciamiento en órden á las apelaciones de los juicios ejecutivos, es que en ellas no se admita mas prueba que la documental, art. 414. de d. l. y aun esta referente á actos posteriores á la contestacion de la demanda (esto es, á la oposicion del ejecutado), ó consistente en escrituras nuevamente halladas y mediante el juramento de no haberlas podido obtener con mas oportunidad, art. 405.; disposicion que apenas es conciliable con la sustanciacion verbal, por cuyo motivo y por no conocerse esta en los negocios mercantiles, ni aun para las apelaciones de los autos interlocutorios (art. 404.), creemos que deberán en ellos sustanciarse por escrito, pero sin recibirse á prueba, las instancias de apelacion en el juicio ejecutivo.

La sentencia proferida en el juicio ejecutivo debe ejecutarse inmediatamente y sin distincion de casos, cuando sea condenatoria y se haya mandado en ella proceder al remate y pago; pues, aunque intente el ejecutado contra la misma los recursos de *nulidad* ó apelacion, está espresamente prevenido, que aquellos no puedan admitirse mas que en el efecto devolutivo l. 2. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec. En el caso, empero, de ser dicha sentencia absolutoria y de revocarse por ella la ejecucion, tan solo deberá llevársela á cumplimiento y alzarse el embargo de los bienes, cuando no haya apelado el ejecutante, pues, haciéndolo, debe admitírsele la apelacion libremente y en ambos efectos. Si fuere un tercero el que apelare de la sentencia ejecutiva por pretender que con ella se le ha irrogado algun perjuicio, opinan generalmente los AA. que deberá tambien suspenderse la ejecucion. Pero esto debe entenderse y lo entienden tambien los mismos AA. en el solo caso de que el tercero que apela de la sentencia lo haga en la calidad de *opositor escluyente*, y por tener dominio sobre las cosas ó bienes ejecutados, ó algun otro derecho real que pueda resultar perjudicado por el remate de dichos bienes; pues que si apelare un *tercer opositor coadyuvante*, como á este se le reputa una misma persona con el principal ejecutado (l. 17. tit. 2. d. lib. 11. N. R.) no puede tener mas derecho que aquel, y por lo tanto se le admiten tambien en un solo efecto los recursos que acaso interponga; y si apelare un *tercer opositor escluyente*, que lo sea, nó por pretender el dominio sobre los bienes ejecutados, sino por reclamar un crédito mas preferente que el del acreedor que insta la ejecucion, tampoco entonces deberá suspenderse el remate en virtud del recurso interpuesto, aunque la oposicion se haya fundado en un crédito tambien ejecutivo, (en cuyo caso opina por la suspension el Autor de la Cur. Filip. parte 2ª §. 26. nº 11.), sino que se habrá de admitir la apelacion sin perjuicio de procederse adelante en la via ejecutiva hasta la venta de los bienes embargados, bien que depositándose entonces el producto de dicha venta para entregarlo despues al acreedor que obtenga preferencia. Asi lo opina con otros autores prácticos el Sr. Escriche en su Diccionario, observando al propio tiempo que este es el sistema adoptado por la ley de enjuiciamiento en los asuntos de comercio, como asi es en efecto; pudiendo verse en los arts. 380. y sigs. hasta el 387. de la misma ley lo que en ella se dispone para la sustanciacion de las tercerías y los efectos que estas producen en los juicios ejecutivos. El silencio que sobre el particular se observa en las leyes recopiladas, y la circunstancia de ser aplicable á los negocios comunes cuanto, en esta parte, se halla prevenido para los mercantiles, nos persuade de cuán preferible seria el que, en lugar de las diversas prácticas admitidas por nuestros tribunales, se observaran tambien en los primeros los trámites que para las tercerías estan prescritos en los citados arts. de la ley de enjuiciamiento.

Cuando, por no haber sido apelada la sentencia de remate ó por haberse admitido en un solo efecto la apelacion tal vez interpuesta, se ha de llevar aquella á ejecucion y cumplimiento, se verifica esto procediendo por la *via de apremio*, que consiste, 1º, en la nueva citacion del deudor ó el requirimiento que se le hace personalmente para que satisfaga en el acto la cantidad reclamada y las costas; 2º, en la tasacion ó justiprecio de los bienes ejecuta-

dos por dos peritos nombrados al efecto respectivamente por las partes ó de oficio por el tribunal en caso de resistirse alguna de ellas á nombrar el suyo, ó por un tercero nombrado por aquel en caso de discordia: 3º, en la publicacion del cuarto pregon ó de los tres que, renunciados generalmente por el deudor, se consideran de hecho reservados para despues de la sentencia: 4º, en la admision de las posturas que tal vez se vayan haciendo durante el término de los pregones, debiendo, para que sean admitidas, presentarse por escrito, esceder de las dos terceras partes del precio de la tasacion y ser abonados ó tener quien los abone los licitadores que las hacen; 5º, en el señalamiento de dia y hora para verificar el *remate* y venta que, cumplido el término de los pregones, ha de hacer el juez á instancia del último postor ó del ejecutante; 6º, en la nueva citacion del deudor que, segun la l. 13. tit. 28. lib. 11. N. R., debe tener lugar despues del señalamiento y un dia antes de verificarse el remate: 7º, en la nueva fijacion de cédulas con espresion de los bienes, de su valor y del precio ofrecido por ellos durante la subasta, y del dia, hora y lugar en que han de rematarse; 8º, en la traslacion del tribunal al sitio designado para celebrar el remate que, siendo posible y bajo pena de nulidad, debe ser en el parage donde radican los bienes, l. 32. tit. 26. Part. 2.; 9º, en la publicacion que debe hacer el pregonero de todas las posturas que en el acto del remate se vayan haciendo, siendo admitidas por el juez, en cuyo caso debe anotarlas el escribano por diligencia: 10º, en la declaracion judicial de que queda el remate á favor del mas beneficioso postor, quien, en señal de su aceptacion y de la obligacion que contrae de hacer efectiva la proposicion aceptada, debe firmar el acta con dos testigos, el juez y el escribano, l. 52. tit. 58. Part. 5ª: 11º, en la comunicacion que se da al ejecutante del resultado de las diligencias de remate, cuando este no ha llegado á tener efecto por no haberse presentado postor ó por no ser idóneos los que se presentaron ó por no ser admisibles las posturas que hayan ofrecido, en cuyo caso puede dicho acreedor solicitar á su eleccion una de estas tres cosas, ó que se haga nuevo justiprecio ó retasa de los bienes rematados, si creyere escesiva la primitiva valoracion, ó que con arreglo á esta misma se proceda á un nuevo y estraordinario remate, ó que se le adjudiquen á él los bienes ejecutados en pago de su crédito, ó de parte de él, si aquellos no llegasen á cubrirlo; 12º, en el traslado que se confiere al deudor de cualquiera de esas pretensiones que se haya deducido, para que se conforme con ellas ó las contradiga dentro tercero dia; 13º, en la providencia que recae accediendo á la solicitud del actor en caso de no haberse opuesto el ejecutado ó de haberlo hecho sin derecha razon, ó desechándose aquella en caso de justa y legítima oposicion, y declarándose cuál de las tres diligencias indicadas es la que corresponde practicar á fin de dejar cubierto y satisfecho al ejecutante de su crédito y las costas; 14º, en la práctica de las diligencias acordadas, ya consistan estas en la adjudicacion en pago, ya en el nuevo justiprecio de los bienes ejecutados, en cuyo último caso verificada que sea la retasa, deberá procederse á una nueva subasta y remate con las mismas formalidades que la vez primera; debiendo advertirse que, cuando no se hubiere presentado postura admisible, no solo tiene el acreedor derecho de pedir que se le adjudiquen los bienes en pago, sino que, en opinion de varios AA., puede ser obligado á admitirlo aun contra su voluntad si el deudor asi lo solicitare, l. ult. del presente tit., bien que á semejante solicitud nos parece que nunca deberá accederse inmediatamente despues de la primera subasta y aun cuando esta no haya tenido efecto, ni en general, mientras por parte del ejecutante se halle indicado algun otro medio legal y probable de conseguir que se realice el remate; de modo que no podrá tener lugar la adjudicacion forzosa sino en el caso de no haberse pedido siquiera por el ejecutante la nueva subasta ó justiprecio, ó de haberse denegado por constar notoriamente que no pueden producir resultado, ó de haberse procedido á una ú otra de las referidas diligencias sin que tampoco se hubiese presentado postor.

Adviértase de paso, que hay ciertas personas á quienes relativamente y en determinados casos está prohibido presentarse como licitadores y comprar bienes rematados judicialmente, como son, el juez que entienda en el espediente en méritos del cual se practique la subasta, sus ministros y el fiador; sobre lo cual y en órden á las demas personas respecto de quienes obra la misma prohibicion, V. las ll. 44. tit. 13. Part. 5., 1. tit. 12. lib. 10., 4. tit. 14. lib. 5., y 4. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec. y añad. lo que acerca este mismo particular se lee en Febrero por los SS. Goyena y Aguirre. §§. 920. y sigs. secc. 5. tit. 29. lib. 4. (2ª edic.)

Cuando el remate llega á tener efecto y queda aceptado por el postor, se hace saber al ejecutado para que dentro tercero dia se conforme con la venta hecha ó use del derecho que se le concede todavía de presentar otro postor mas ventajoso, á favor de quien, en caso de presentarlo, se entiende hecha la venta. Y si dentro de los tres dias no se conforma el mismo ejecutado ni hace oposicion, previa

una acusacion de rebeldía, se le tiene por conformado; se procede por el escribano á la liquidacion de las cargas á que los bienes esten tal vez sujetos, y, aprobada por el juez con audiencia de todos los interesados incluso el comprador, se otorga á favor del mismo la correspondiente escritura de venta que debe firmar el deudor ejecutado ó el juez en nombre de este; se deposita por el adquisidor el precio líquido y se le pone en posesion de los bienes y se le entregan los títulos de pertenencia, cuya presentacion ha debido mandarse previamente al deudor ejecutado; con lo cual y con el pago que se hace de todas las costas y del crédito reclamado con el precio resultante de la venta queda totalmente terminada la ejecucion.

Tales son los trámites y procedimientos que constituyen la via llamada de apremio; parte de los cuales, como se ha visto, estan espresamente previstos y determinados por las leyes, y otros han sido introducidos por la práctica, insiguiendo el espíritu de las mismas leyes y supliendo el silencio que se observa en las mismas respecto de las solemnidades con que se ha de celebrar y llevar á efecto el remate de los bienes ejecutados y hacerse pago con ellos á los acreedores ejecutivos.

Por lo demas, inútil es observar que de semejantes ventas judiciales nunca está obligado á prestar la eviccion el acreedor á instancia de quien se hayan verificado, l. ult. tit. 13. Part. 5., sino el mismo deudor que ha designado como suyos los bienes ejecutados ó ha consentido que en esta misma calidad se procediese á su venta sin alegar ni probar el derecho que tuviese en ellos el tercero que despues los evicione; á menos de poder justificarse que el acreedor ejecutante sabia ya, al celebrarse el remate, que dichos bienes no eran propios del deudor, pues entonces aquel, lo mismo que este, ó cuando menos en subsidio estaria obligado al saneamiento.

TITULO XXVIII.

DE LAS COSAS EN QUE OME PUEDE AUER SEÑORIO, E COMO LO PUEDE GANAR.

Gana ome, o pierde el señorio en las cosas, non tan solamente por los juyzios de los Judgadores, de que fablamos en los Titulos ante deste; mas aun en otras muchas maneras que mostraremos en las leyes deste Titulo. E porende queremos aqui dezir, que cosa es tal Señorio. E quantas maneras son del. E en quales cosas lo puede ome ganar, e en quales non.

LEY 1. *Que cosa es Señorio, e quantas maneras son del.*

Señorio (1) es, poder que ome ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que quisiere segun Dios, e segund fuero (2). E son tres maneras de Señorio. La vna es, poder esme-

(1) Tenemos aqui la definicion del dominio tomado en su mas lato sentido, segun se manifiesta mas abajo al distinguirse sus especies, conforme á lo anotado por Oldrald. consil. 259. cuando dice, que la palabra dominio es estensa, y envuelve hasta la idea de la superioridad, llamándose el Emperador dueño del mundo en la l. 9. D. *ad leg. Rhod. de jact.*, y, como dice Bart. á la l. 17. §. 1. D. *de acquir. poss.* Se entenderá tambien por él un derecho incorporal, l. 3. D. *si usufr. pet.;* con todo, atendida su verdadera y rigurosa significacion, no es mas que el derecho de disponer libremente de una cosa corporal, no prohibiéndolo la ley, segun Bart. allí: Bald. á la l. 3. §. 1. C. *de secund. nupt.*, dice, que absolutamente hablando, es el dominio una plena propiedad con facultad de enagenar. Añádase que con la palabra dominio se significa no solo el directo, sino tambien el útil, segun la l. 1. §. 1. D. *si ager vect.*, y Bald. á la l. 3. col. pen. C. *si à non compet.:* y en cuanto al dominio plenísimo, del que se habla en la l. un. C. *de nud. jur. quir. toll.*, y Bald. allí, apenas se encuentra una palabra de él en otra parte alguna. —*Y nada tiene de estraño, por cuanto en dicha ley única no se trató de constituir y autorizar con el nombre de *plenisimo* una especie de *dominio* distinta de las demas; antes bien se estableció que desapareciesen en adelante la diferencia que habia por derecho romano entre el dominio *quiritario* y el *bonitario*, y las limitaciones con que estaba restringido este último, en cuyo sentido se dijo en aquella ley: *sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium.*

(2) Estas palabras pueden entenderse de dos maneras, esto es, en cuanto los dominios de las cosas son de derecho divino, ó legal; ó en

rado que han los Emperadores, e los Reyes, en escarmentar los malfechores, e en dar su derecho a cada vno en su tierra. E deste fablamos assaz cumplidamente en la segunda Partida, e en muchas leyes (3) de la quarta, deste libro. La otra manera de Señorio es, poder que ome ha en las cosas muebles, o rayz de este mundo en su vida; e despues de su muerte passa a sus herederos, o a aquellos a quien la enagenasse mientra biuiesse. La tercera manera de Señorio es, poderio que ome ha en fruto (4), o en renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto; o en Castillo, o en tierra que ome ouiesse en feudo (5), assi como dice en las leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon.

LEY 2. *Como ha departimiento en las cosas deste mundo; que las vnas pertenescen a todas criaturas, e las otras non.*

Departimiento ha muy grande entre las cosas deste mundo. Ca tales y ha dellas que pertenecen a las aues, e a las bestias, e a todas las otras criaturas que biuen, para poder vsar dellas, tambien como a los omes, e ha otras que pertenecen tan solamente a todos los omes; e otras son que pertenescen apartadamente al comun de alguna Cibdad, o Villa, o Castillo, o de otro Lugar qualquier do omes moren; e otras y ha que pertenescen señaladamente a cada vn ome, para poder ganar, o perder el señorio dellas; e otras son que non pertenescen a señorio de ningund ome, nin son contadas en sus bienes, assi como mostraremos adelante.

LEY 3. *Quales son las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas.*

Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas (6) que biuen en este mundo, son estas; el ayre, e las aguas de la lluuia, e el mar, e su ribera. Ca qualquier criatura que biua, puede vsar de cada vna destas cosas, segun quel fuere menester. E porende todo ome se puede aprouechar de la mar (7), e de su ribera, pescando, o nauegando, e faziendo y todas las cosas que entendiere que a su pro son. Empero si en la ribera de la mar fallare casa, o otro edificio qualquier, que sea de alguno (8), non lo deue derribar, nin

cuanto se refieren á la facultad de disponer, con tal que no se falte al mismo derecho divino, ó bien al fuero, ó á la ley. Empero á la primera interpretacion se opone el cap. *jus naturale*, 7. junto con la glos. allí, dist. 1., donde se espresa, que, por derecho divino, todas las cosas eran comunes. Puede decirse segun Inoc. cap. *quod super his*, *de vot.*, *quod Deus*, *cujus est terra*, *et plenitudo ejus*, *et orbis terrarum*, *et universi qui habitant in eo*, *hæc universa subjecit dominio rationalis creaturæ*, *propter quam hæc omnia fecerat*, Génes. cap. 1. vers. 28.: al principio, pues, fueron todas las cosas comunes, segun el cap. *dilectissimis*, 21. q. 1., hasta que los primeros padres introdujeron la costumbre de apropiarse cada uno algunas de ellas para su uso particular; y asi, habiendo degenerado la especie humana, llegó á ser conveniente en el estado de corrupcion el que la propiedad se dividiese, para evitar que los buenos careciesen de lo necesario, y los malos lo arrebatasen todo, y dejó de existir la comunidad que únicamente era compatible con el estado de pureza primitiva, como manifiesta Arch. en d. cap. *jus naturale*; y por esto Dios dijo á Adan despues de haber pecado: *In sudore vultus tui vesceris pane tuo*, Génes. cap. 3. vers. 19., y en los preceptos del Decálogo: *non concupisces rem proximi tui*, Exod. cap. 20. vers. 17. y Deut. cap. 5. vers. 21. En cuanto al segundo modo de entender dichas palabras, v. Bart. y Alex. en el cit. §. 1. y mas abajo la l. 10. de este tit.

(3) V. ll. 2. y 3. tit. 25. Part. 4.

(4) Añad. l. 20. tit. pen. de esta Part.

(5) Añad. todo el tit. 26. Part. 4.

(6) Respecto de las cosas que en esta ley se mencionan, el derecho de gentes no ha introducido variacion alguna en el natural primitivo, segun el cual todas las cosas eran comunes, como decide Juan Fabr. al §. 1. Instit. *de divis. rer.*, y lo propio dijo Jacob. de Aret. citado por Alberic. á la l. 2. D. d. tit. contra la glos. allí y en el cit. §. 1.: con todo puede todavía sostenerse la opinion de esta, segun otros mencionados por Alberic. en d. lug., á quien puede verse, diciendo que en el dia el uso de dichas cosas es comun á todos los seres vivientes, pero la facultad de adquirir el dominio de las mismas el primer ocupante, pertenece al derecho de gentes.

(7) Conc. l. 4. D. *de divis. rer.*, y el §. 1. Instit. d. tit.

(8) Entiéndase, empero, con tal que ese edificio haya sido construido lícitamente y con licencia del Príncipe; pues, sin esta, no hubiera podido construírsele ni adquirirse el dominio del mismo, l. 50. D. *de acquir. rer. dom.*, y Bald. á la l. 2. D. *de flum.*, q. 2. donde esplica cuándo se considera lícito el edificar en las playas del mar, esto es, cuándo

vsar del en ninguna manera, sin otorgamiento del que lo fizo, o cuyo fuere; como quier (9) que si lo derribasse la mar, o otri, o se cayesse el, que podria quienquier fazer de nueuo otro edificio en aquel mismo lugar.

LEY 4. *Que cosas son aquellas que ome puede fazer en la ribera de la mar.*

En la ribera de la mar todo ome puede fazer casa, o cabaña (10) a que se acoja cada que quisiere, e puede fazer otro edificio qualquier de que se aprouechc, de manera que por el non se embargue el vso comunal de la gente: e puede labrar (11) en la ribera galeas, e otros nauios qualesquier; e enxugar y redes, e fazerlas de nueuo si quisiere: e en quanto y labrare, o estuuiere, non lo deue otro ninguno embargar, que non pueda vsar, e aprouecharse de todas estas cosas, o de otras semejantes dellas, en la manera que sobre dicho es: e todo aquel lugar es llamado ribera de la mar (12) quanto se cubre del agua della, quanto mas crece (13) en todo el año, quier en tiempo del inuierno, o del verano.

LEY 5. *Como el que falla oro, o aljofar, o piedras preciosas en la ribera de la mar, gana el señorio dellas.*

Oro, o aljofar (14), e piedras preciosas fallan los omes en la arena que esta en la ribera de la mar (15). E porende dezimos, que todo ome que fallare y alguna destas cosas sobredichas, e la tomare primeramente, que deue ser suya. Ca pues que non es en los bienes de ningund ome lo que en tal lugar es fallado, guisada cosa es, e derecha, que sea de aquel que primeramente la fallare, o la tomare; e que otro ninguno non gela pueda contrallar, nin embargar.

LEY 6. *Como de los puertos, e de los rios, e de los caminos puede vsar cada vn ome.*

Los rios (16), e los puertos (17), e los caminos (18) publicos pertenescen (19) a to-

con ello no se perjudique al uso público; en cuyo sentido solo podrán levantarse en ellas cabañas ó cubiertos para albergarse momentáneamente; mas nó edificios sólidos ó perpetuos con los cuales por necesidad habria de impedirse el uso comun, y añad. Juan Fabr. á d. §. 1. vers. *nemo.*

(9) Conc. ll. 14. D. *de acquir. rer. dom.*, y 6. D. *de divis. rer.*

(10) Conc. l. 5. §. 1. D. *de divis. rer.*, y el §. 5. Instit. d. tit.

(11) Añad. l. 5. D. *de divis. rer.*, y nótese que en esta nuestra ley de Partida se ha dado todavía alguna mayor ampliacion á lo que en aquella estaba dispuesto.

(12) Conc. ll. 96. y 112. D. *de verb. sign.*, y el §. 2. vers. *est autem litus*, Instit. *de divis. rer.*: y acerca de las riberas de los rios, v. l. 1. §. 5. D. *de flum.*

(13) No debe entenderse esto de toda la dilatada estension que queda cubierta en el plenilunio de marzo, ó en el equinoccio del otoño, como sucede en el mar de occidente que inunda las riberas y prados, segun Juan Fabr.; y asi no debe comprenderse entre las cosas comunes todo lo que inunda el mar con esos flujos estraordinarios, sino lo que llegan á cubrir las mas grandes oleadas en su estado perenne de agitacion asi en invierno, como en las fuertes pero ordinarias tempestades de verano.

(14) Conc. l. 3. D. *de divis. rer.*, y el §. 18. Instit. d. tit. Nótese, en cuanto al oro, lo que dice Sto. Tomas 2. 2. q. 77. art. 2. *quod habet proprietatem lætificandi, et contra quasdam infirmitates medicinaliter juvat.*

(15) Parece, pues, que no deberá decirse lo mismo si el hallazgo de estas cosas se verificare en las riberas de los rios. V. Bald. en la l. 1. princ. vers. *tertio quæritur quid de gemmis*, D. *de divis. rer.*, y Bart. en el trat. *Tyberiadis*, vers. *quod per alluvionem.*

(16) Conc. ll. 4. §. 1. y l. 5. D. *de div. rer.*, y los §§. 2. y 4. Instit. d. tit.: con todo, los rios son del dominio particular de aquellas ciudades por cuyos territorios pasan, por ser un mismo territorio el que se eleva sobre las aguas, y el que está cubierto por ellas, segun Bald. á la l. 6. col. 4. C. *de condict. inser.*, donde dice que esto tiene lugar, aunque los rios sean navegables, si bien generalmente estos pertenecen al Príncipe, cap. 1. *quæ sint regalia.* ¿Y si un rio pasa entre dos ciudades dividiendo sus territorios? V. Bart. en el trat. *Tyberiadis*, sobre la parte *acquiritur nobis*, vers. *item videndum*, donde decide que será comun á ambas, por serlo en general todo lo que forma límite ó confin, l. 19. D. *de commun. divid.*, l. 7. §. ult. D. *de acquir. rer. dom.*, y v. Bald. en la rubr. D. *de divis. rer.*, col. 4. vers. *sed nonne.*

(17) V. l. 11. de este tit.

(18) Añad. ll. 1. D. *de itin. publ.*, y l. 2. §. 22. y sig. D. *ne quid in loc. publ.*, y cap. *quæ sint regal.* * V. l. 1. tit. 28. y ll. 1. y 2. tit. 35. lib. 7. Nov. Recop.

(19) Esta palabra y siguientes, á saber, *los*

dos los omes comunalmente ; en tal manera que tambien pueden vsar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran, e biuen en aquella tierra, do son. E como quier que las riberas de los rios son quanto al señorio, de aquellos cuyas son las heredades a que estan ayuntadas; con todo esso, todo ome puede vsar dellas, ligando a los arboles que estan y sus nauios, (a) e adouando sus naues, e sus velas en ellas, e poniendo y sus mercadurias: e pueden los pescadores y poner sus pescados, e venderlos, e enxugar y sus redes, e vsar en las riberas de todas las otras cosas semejantes destas, que pertenecen al arte, e al menester por que biuen.

LEY 7. *Como los arboles que nacen en las riberas de los rios, son de aquellos cuyas son las her.dades, que estan en frontera con ellos.*

Todos (20) los arboles que estan en las riberas de los rios, son de aquellos cuyas son las heredades que estan ayuntadas a las riberas; e puedenlos tajar, o fazer tajar, e fazer dellos lo que quisieren, aquellos cuyas son las heredades. Empero, si a la ora que fuere alguno a cortar el arbol quel perteneciesse por razon de su heredad, estuuiesse (21) y algund nauio atado, o llegasse (22) estonce, e lo quisiessen y atar, non lo deue luego cortar, porque faria contra el derecho comunal que los omes han para vsar de las riberas de los rios, segun dicho es. Mas si ningund nauio non estouiesse y ligado, nin ome que lo quisiesse y ligar, poderlo y a tajar cada que quisiesse, e fazer su pro del.

LEY 8. *Como non puede ome fazer molino, nin otro edificio, en los rios, por que se embarguen los nauios.*

Molino, (b) nin cañal, nin casa, nin torre, nin cabaña, nin otro edificio ninguno, non puede ningund ome fazer nueuamente en los rios, por los quales los omes andan con sus nauios (23), nin en las riberas dellos, por que

(a) et adobando sus velas en ellos Acad.

(b) nin canal Acad.

que son de tierra estraña, manifiestan ser lícito á todos el pescar en los rios, aun á los vecinos de otras ciudades: y lo propio se prueba en d. §. 2. y en lo anotado allí por Ang., pues los peces pertenecen por derecho natural al que los ocupa, l. 1. §. ult. D. *de acquir. rer. dom.*, sin que puedan los dueños de tierras vedar el uso de la pesca en las suyas, como deciden notablemente Juan Fabr. en d. §. 2. y Card. Alex. siguiendo á Hugo en el cap. *jus naturale*, dist. 1.: con todo, la ciudad, cuyo territorio baña el rio, podrá prohibir la pesca á los estraños, á tenor de la l. 16. D. *de serv. rust.*, y l. 17. de este tit.; aun mas, puede publicar un bando general para que nadie lo verifique dentro de sus términos, como lo demuestra señaladamente Jacob. de Raven. siguiendo á Juan de Imol. en la l. 3. §. 13. D. *de acquir. posess.*, y lo mismo sienta Decio consil. 197. col. 2. citando un caso práctico de cierta universidad que habia publicado dicha prohibicion; y si bien se refiere allí tan solo á la caza, parece que milita igual razon con respecto á la pesca, y de esta hacen mencion tambien Juan de Imol. y Alex. y Socin. allí, por ser uno mismo el derecho con que se permite el uso de ambas cosas, ll. 1. al fin D. *de acquir. rer. dom.*, 13. §. ult. D. *de injur.*, y 9. §. 5. D. *de usufr.* Y si bien Rodrig. Suar. apoyado en esta ley sostuvo lo contrario, como se manifiesta en su alegado 16., me parece, sin embargo, mas verdadero lo que llevo dicho; pudiendo responderse al argumento que se saca de esta ley y demas razones alegadas por d. Suarez, que el contarse aqui á los rios entre las cosas comunes procede y debe entenderse con tal que la ciudad cuyo es el rio no haya prohibido á los estraños el pescar en él, como puede hacerlo, segun he dicho antes. ¿Y si los hombres de una universidad abusasen de la caza ó pesca de modo que quedase muy reducida, se podria por medio de un estatuto determinar el modo de hacerla á fin de que no se destruyese? Asi lo pretende Decio lug. cit.: y hacen al caso la l. 62. §. 1. D. *de usufr.*, y la interpretacion que se da al §. 5. vers. *nemo retia*, *de pac. tenend. et ejus viol.*, decidiendo muy bien Bartolom. Cepol. en el trat. *de servit.*, tit. *de piscat.*, que si alguno toma en arriendo valles ó lagunas, podrá pescar en ellas; pero si hubiere en las mismas lo que, segun d. autor, se llama vulgarmente *lecho*, ó cierta porcion de tierra elevada sobre el álveo dentro la cual se meten los peces en invierno, no podrá entonces el arrendatario abrir dichos lechos y coger todos los peces que allí encontrare; pues con esto destruiria la pesca y no usaria del derecho de pescar, sino que lo estinguiria.

(20) Concuerda con el §. 4. Instit. *de divis. rer.*, y l. 5. D. d. tit. V. glos. en el cit. §. 4.

(21) V. mas abajo l. 17. de este tit.

(22) Aprueba la opinion de la glos. en d. §. 4., siendo comunmente adoptada.

(23) Concuerda con la l. 1. princ. D. *de flum.*, y del mismo modo será prohibido des-

se embargasse el vso comunal dellos. E si alguno lo fiziesse y de nueuo, o fuesse fecho antiguamente, de que viniesse daño al vso comunal, deue ser derribado. Ca non seria cosa guisada, que el pro de todos (24) los omes comunalmente se estoruasse por la pro de algunos.

LEY 9. *Quales son las cosas propiamente del comun de cada Cibdad, o Villa, de que cada vno puede vsar.*

Apartadamente son del comun (25) de cada vna Cibdad (26), o Villa, las fuentes, e las plaças o fazen las ferias e los mercados, e los lugares o se ayuntan a concejo, e los arenales que son en las riberas de los rios (27), e los otros exidos (28), e las carreras o corren los cauallos, e los montes, e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes (29) destos, que son establecidos (30), e otorgados para pro comunal (31) de cada Cibdad, o Villa, o Castillo, o otro Lugar. Ca todo ome que fuere y morador, puede vsar de todas estas cosas sobredichas: e son comunales a todos, tambien a los pobres (32) como a los ricos (33). Mas

viar el agua de un rio no navegable, si este se junta ó confluye con otro que lo sea, l. 1. §. 12. D. *de flum.*; pero entiéndase, segun Bart. á la l. 2. D. d. tit., 3. opos., que será prohibido el desviar el agua de tal manera que ya no vuelva á entrar en el rio navegable; de lo contrario se la podria desviar. —* V. l. 7. tit. 26. lib. 7. N. R.

(24) Pues la utilidad pública es preferida á la particular, l. ult. C. *de primipil.*, la *Novell.* 1. *collat.* 1. princ. y l. un. §. 13. C. *de caduc. toll.*, y Bald. allí.

(25) ¿Pero se entenderá existir esta comunidad en cuanto al derecho de dominio y propiedad, ó solamente en cuanto al uso? Véase lo anotado por Juan Andr. en las adiciones al Specul. tit. *de execut. sent.*, §. *sequitur qui si universitas*, Azon en la suma Instit. *de divis. rer.*, col. 2. y la glos. en el §. 6. Instit. d. tit.

(26) Conc. l. 6. §. 1. D. *de divis. rer.*, §. 6. Instit. d. tit., l. 10. tit. 11. de esta Part. y l. 13. tit. 9. Part. 6.

(27) ¿Qué dirémos acerca del uso de los mismos rios? V. la l. 6. de este tit. con lo anotado allí.

(28) V. l. 13. tit. 9. Part. 6. y Paul. de Castr. consil. 139. vol. 1. princ., donde observa que sin estas cosas no podrian habitarse los castillos, ni vivir sus moradores.

(29) V. l. 6. de este tit.

(30) Parece declararse aqui que los montes y términos son comunes á la ciudad ó villa en cuyo territorio estan situados, puesto que tiene intencion fundada de poseerlos. Véase acerca de esto lo que notablemente alega Socin. en la l. 1. princ. col. 3. y 4. D. *de acquir. posses.*, quien resuelve que se presumirá tal intencion fundada, con tal que no pruebe tener el dominio ó posesion de la cosa algun otro que lo pretenda particularmente y con esclusion de la ciudad: véase lo que espone allí por ser notable: y asi tendrá lugar esta ley en las cosas no poseidas por otros como propias. Ademas, con estas palabras, *e todos los otros lugares que son establescidos para procomunal de cada Cibdad o Villa*, etc., no se entiende que lo sean de derecho (*à jure*) para los ciudadanos, pues en general ninguna cosa corporal está destinada para las ciudades ó castillos: sino en cuanto se les han concedido por una ley especial, ó costumbre, ó por disposicion de los hombres, como lo indican Inoc. en el cap. *cum ad sedem*, col. 3. y Abb. allí, y Juan Andr. en la Novel. *Domini*, cap. *si civitas*, *de sent. excom.*, lib. 6., donde espresan que de derecho un castillo no tiene propiedades, sino de hecho ó por costumbre, y lo mismo decide Alex. consil. 43. vol. 1. y consil. 76. vol. 2., donde habla con maestría: y asi pueden entenderse estas palabras de la ley *que fuessen establescidos*, esto es, de las cosas que hayan llegado á ser comunes por la costumbre ó por estatuto; pues la palabra *que*, está puesta en sentido restrictivo, l. 46. D. *de legat.*, 3. l. 6. §. 1. D. *de divis. rer.*, y el §. 6. Instit. d. tit. allí: *si qua alia sunt communia civitatum*: lo propio parece aprobarse en la l. 10. tit. 11. de esta Part., donde dice: *han a las vegadas.*

(31) En la l. 6. D. *de contrah. empt.*, se pone por ejemplo de esas cosas, cuyo uso es público ó comun, al Campo de Marte.

(32) Nótese bien esto; y lo mismo sostiene por derecho comun Alberic. á d. l. 6. §. 1.: y como tales cosas estan destinadas para uso de los ciudadanos, cada uno podrá usar de ellas conforme á sus necesidades, l. 19. D. *de us. et habit.*, l. 5. C. *de aquæduct.*, y 7. D. *fin. reg.*, y allí la glos., y véase sobre el particular, lo que dicen Alberic. en la l. 17. D. *de servit. rustic. præd.*, Bald. á la l. 7. C. *de servit. et aqu.*, Cyn. á la l. 2. D. *de divis. rer.*, y Juan de Plat. á la l. 2. C. *de immun. nem. conc.*

(33) No pueden, pues, los mas ricos introducir en los términos ó prados de la ciudad ó villa mas ovejas, ganado ó hato mayor, que los pobres; ni deben señalarse á los primeros mas pastos, aunque sufran principalmente las cargas de la universidad, á tenor de la l. 1. C. *de apochis publ.*, l. 10. D. *de regul. jur.*, l.

12. C. *de oper. publ.*, antes bien todos los ciudadanos tanto pobres como ricos, podrán usar de los prados, yerbas y términos del territorio, cada uno segun sus necesidades y segun el número de ovejas y reses que tuviere, segun d. l. 19. D. *de us. et habit.*, l. 5. C. *de aquæduct.*, y 25. al fin D. *de servit. rust. præd.*, y lo mismo sienta Alberic. á la l. 6. §. 1. D. *de divis. rer.*, col. ult. vers. *sed adhuc quæro :* y, si bien Sto. Tomas 2. 2. q. 61. art. 2. dice, que, atendida la justicia distributiva, debiera darse mayor parte de los bienes comunes á los que figuran como mas principales en la ciudad; con todo soy de parecer que si los ricos introdujesen en los términos comunes muchos rebaños, de modo que con ello se perjudicase á los pobres, podrian estos acudir al juez para que lo enmendase, prescribiendo á este fin el número de ovejas ó ganado, de modo que todos pudiesen aprovecharse de los pastos, sin irrogar los ricos perjuicio á los otros; apoyándome para emitir esta opinion en lo anotado por Alberic. á d. l. 17. *de servit. rust. præd.*, donde aplica la cit. l. á la cuestion que dice ocurrir á menudo, cuando hay en una poblacion un pasto comun á todos sus habitantes, y uno de estos, teniendo tan solo pequeñas posesiones, introduce allí gran número de ganado, de modo que el de los otros tal vez mas grandes propietarios, no halla el suficiente pasto; y concluye que en tal caso podrán estos intentar útilmente la accion *communi dividundo*, á fin de que aquel use de los pastos segun sean sus posesiones y sin perjudicar á los otros; y, si bien Alberic. allí habla del pasto destinado para la cultura de los predios, llamado vulgarmente *dehesas boyales,* del cual trata tambien á la l. 20. §. 1. D. *si serv. vind.*, donde dice, que si una universidad tiene el derecho de aprovechar los pastos de algun lugar, deberá entenderse á prorata de los predios de cada uno, traspasándose igual derecho en caso que estos se enagenen; con todo, aun esto mismo deberá entenderse tambien de modo que ninguno quede perjudicado en el uso de los mismos pastos, y que puedan todos aprovecharse de ellos cómodamente; estando facultado el juez para mandar que tanto los ricos como los pobres se utilicen de dichos pastos por partes enteramente iguales, en caso de considerarlo conveniente por ser el territorio pequeño é insuficiente para todos; y hace al caso la l. 7. D. *fin. regund.*, y allí la glos., y lo anotado por Juan de Plat. en la l. 2. hácia el fin C. *de immun. nem. conced.*; y si el señor de la ciudad ó villa habitase en ella, podrá aprovecharse de sus términos como los demas ciudadanos, por serlo él tambien y aun el principal, como dijo Bald. á la l. 4. §. 2. D. *de offic. procons.*, col. 5., y por esto se dice que los reyes tienen tantos domicilios cuantos son los sitios destinados para su mansion, aunque residan principalmente en uno de dichos sitios con preferencia á los demas, glos. y Juan de Imol. al cap. *omnes principes*, *de major. et obed.*, y lo propio manifiesta Bart. á la l. 6. §. 2. D. *ad municip.*, opinando que el Rey ó Señor de un lugar podrá percibir una porcion doble, asi como la percibian los primogénitos por el antiguo Testamento, Deuter. cap. 21. y de consiguiente podrá el señor por sí solo introducir en el pasto comun tanto ganado, como dos vecinos ricos de la poblacion, segun espresa Colectario en el cap. *ad quæstiones*, *de rer. permut.*, y aun hoy dia se observa en la práctica; debiendo en esta parte tenerse consideracion á la dignidad del usuario, l. 12. D. *de us. et habit.* Y supuesto que el libro de Colectario no se halla fácilmente, referiré aqui sus palabras : *quid si civis alicujus loci habet usum nemoris; ibi sunt milites, et rustici ? Pe. bo. et composte. notant de constit.* cap. fin. *quod miles debet habere in duplo; vel si non sit nisi miles, et rusticus, miles duas partes, et rusticus tertiam*, l. 17. D. *de servit.* Parece que lo dicho puede tener lugar no solo respecto de las cosas cuyo uso ó dominio sea comun á los individuos de una corporacion ó universidad, sino tambien respecto de las que hubieren adquirido varios en comunion por via de legado ú otro título lucrativo, mayormente si uno de los condueños ó coadquisidores fuere caballero (*miles*), y el otro rústico, segun el cap. 15. *de major. et obed.*; de lo contrario no veo por qué razon debe ser mejor la condicion de uno de los condueños ó compartícipes que la de los demas, por la circunstancia de ser aquel caballero (*miles*), y estos rústicos, sobre todo cuando la cosa comun ha sido comprada ó adquirida de otra manera, y aun cuando la hubiesen adquirido por una sucesion *ab intestato*, no tendria lugar lo que dice Colectario, si no se conviniese asi entre los coherederos, y la division se entenderia por partes iguales, como lo opinan muchos *de success. ab intest.*, princ. Por lo demas, si el señor de un lugar no reside en él y tiene su habitacion y domicilio en otra parte, parece que en este caso no podrá utilizarse de los productos ni del territorio del lugar, ya que el uso pertenece á los habitantes y nó á otros, como se espresa en esta ley; ni podrá decir, contra las reglas del derecho, que tiene domicilio en muchos lugares, por no estar establecido allí, ni sujetarse como los demas á los cargos vecinales, l. 5. §. 2. D. *ad municip.*, y lo que dice la glos. á d. cap. *omnes principes*, se ha de entender, aunque en distinto sentido, con respecto á las cargas, y nó por lo tocante á las utilidades; pues en cuanto á estas se atiende

los que fuessen moradores en otro lugar (34), non pueden usar dellas contra voluntad, o defendimiento de los que morassen y.

LEY 10. *Quales son las cosas del comun de la Cibdad, o Villa, de que non puede cada vno vsar.*

Campos, e viñas, e huertas, e oliuares, e otras heredades, e ganados, e sieruos, e otras cosas semejantes que dan fruto de si, o renta, pueden auer las Cibdades (35), o las Villas: e como quier que sean comunalmente de todos los moradores de la Cibdad, o de la Villa cuyos fueren, con todo esso non puede cada vno (36) por si apartadamente vsar de tales cosas como estas; mas los frutos, e las rentas que salieren de ellas, deuen ser metidas en pro comunal (37) de toda la Cibdad, o Villa, cuyas fueren las cosas onde salen; assi

únicamente al lugar donde cada uno tiene su habitacion principal, como lo declara Inoc. Ni obsta el que el Señor ejerza allí jurisdiccion y dominio sobre sus vasallos; pues esto nada tiene que ver con la propiedad de los pastos y términos; sin que haya tampoco nada comun entre la propiedad del territorio y la de la jurisdiccion, antes bien se enagena ó transfiere la una, sin que por esto se entienda transferida la otra, segun Bald. á la l. 13. C. *mand.*, donde se espresa singularmente (*singulariter*): y así no obstará á lo dicho lo que espresa París de Put. en su tratado *syndicatus*, fol. 32. col. 2. vers. *si statutum civitatis*: pues en el caso de que habla allí, alegando las constituciones del reino, el derecho de herbage pertenecia al Señor que lo era del territorio. Y opino que lo mismo deberá sostenerse, cuando compete á una Iglesia, ó á un monasterio el señorío de tales villas ó lugares, ya sean legos, ya clérigos los demas señores: pues la Iglesia ó monasterio tendrán el derecho de ciudadanía tan sólo en el lugar donde tengan su habitacion ó domicilio, ó donde se hallen situados, segun Bart. á la l. 1. D. *ad municip.*, y si no gozan de tal derecho en el lugar donde ejercen jurisdiccion, no podrán aprovecharse, como ciudadanos, de los términos y de las yerbas. Y es digno todo lo dicho de notarse en la práctica, pues diariamente ocurren pleitos acerca de esto en las reales audiencias; y si bien alguna vez se ha fallado en la Chancillería en contra de la doctrina que acabo de adoptar, nó por eso deja de estar vigente, pues los magistrados no pueden derogar el derecho comun, segun Alex. consil. 36. col. ult., vol. 2. y la l. 13. C. *de sentent.*; y lo que arriba sienta Colectario, haciendo diferencia entre rústicos y caballeros (*milites*), no podria practicarse en estos reinos, por estar vigente la ley de Part.: sin que jamas se haya observado aquella diferencia, que yo sepa, á favor del señor de la villa ó castillo, sino en el caso de ser residente en la misma, en cuyo caso es considerado como ciudadano y cabeza de los demas ciudadanos á mas de ser Señor con respecto á la jurisdiccion: y aun para esto no hacen mucha fuerza las razones de Colectario, aunque por la autoridad que se merece, se hayan hecho estensivas á los señores de territorios; antes bien seria todavía de parecer que hasta el uso que hiciesen semejantes señores debiera ser temperado por el arbitrio del juez, de modo que no cediese en perjuicio de los demas ciudadanos, como he dicho mas arriba, y hace al caso la l. pen. C. *de pasc. publ.*, y Juan de Plat. allí.

(34) Y con razon: pues esto proviene de la division del territorio, l. 5. D. *de just. et jur.*, y l. 23. §. 3. D. *de serv. rust. præd.*

(35) Por derecho del Digesto estaba aprobada la costumbre introducida en algunos municipios de desprenderse los propietarios ó vecinos de cierta porcion de frutos por un precio ínfimo en caso de pública necesidad, segun se manifiesta en la l. 27. §. 3. vers. *sed et siquid municipio*, D. *de usufr.*

(36) Conc. l. 17. D. *de verb. signif.*, y la l. 6. D. *de contrah. empt.*, y allí la glos.

(37) Declárase aquí en qué deben invertirse los réditos de las ciudades llamados Propios: añad. la *Novell.* 128. cap. 16. collat. 9. l. 20. tit. ult. de esta Part. y l. 7. tit. 7. Part. 5., donde pueden verse las rentas asignadas por ley á las ciudades, y añad. Luc. de Pen. á la l. ult. vers. 8. *quæritur*, C. *de quib. mun. seu præst. nem. lic. se excus.* Con aquellas se satisface el sueldo á los gobernadores y corregidores de las mismas, segun la l. 7. tit. 16. lib. 2. del Orden. [l. 5. tit. 9. lib. 7. Nov. Rec.]; así como á los médicos y profesores de artes liberales, l. 4. §. 2. D. *de decret. ab ord. fac.*, no pudiendo dichas rentas espenderse sino por causa de utilidad pública, segun esta l. y d. cap. 16., y las Ordenanzas de corregidores cap. 30. ¿Podria, empero, hacerse de ellos limosna á los monasterios de las mismas ciudades? Alberic. á quien puede verse, lo sostiene señaladamente en la l. 34. §. 1. D. *de donat.*: y siempre he observado practicarse asi á consulta del Real Consejo y obtenida licencia del Príncipe. Añádase á esto lo que nota Juan de Plat. en la l. 4. C. *de navicul.*, y ll. 1. C. *de vet. nummis potest.*, y Alex. á la l. 1. C. *de frument.*, y véase allí si podrán los regidores señalar sueldo de los fondos públicos al que trae trigo en tiempo de escasez: para lo cual

como en lauor de los muros, e de las puentes, (c) o de las fortalezas, o en tenencia de los Castillos, o en pagar los aportellados, o en las otras cosas semejantes destas, que perteneciessen al pro comunal de toda la Cibdad, o Villa.

(c) et de las calzadas, o en tenencia de los castiellos Acad. et de las calzadas, o en retenencia de los castillos Tol. 1. B. R. 2.

LEY 11. *En quales cosas los Emperadores, e los Reyes, han señorio propiamente.*

Las rentas de los puertos (38), e de los portadgos (39) que dan los mercadores, por razon de las cosas que sacan, o meten en la tierra, e las rentas de las salinas (40), o de

suelen conceder los Príncipes licencia á peticion de los pueblos, l. 1. C. *de spectac.*, y Juan de Plat. allí, no pudiendo en general concederse sueldo á persona alguna de los fondos públicos sin obtener dicha real licencia, l. un. C. *de præbend. salar.*, de donde infieren Bart. y Juan de Plat., que no vale el bando dado por la autoridad local (*Potestas*), ofreciendo cierta cantidad de dinero del comun al que cogiere á un delincuente, y lo mismo sostiene Aret. en el trat. *malef.*, vers. *fama publica*, col. 14.; de lo que se deduce que no pueden hacerse con dichos réditos los pagos pertenecientes al Real servicio, de los que estan esceptuados los nobles; si bien alguna vez el Rey lo habia concedido á consulta del Real Consejo. —* V. acerca de los propios y arbitrios de los pueblos el tit. 16. lib. 7. Nov. Rec. y lo que se dirá en la adic. á la nota 70. del presente tit.

(38) Declárase aqui cuáles son las rentas que pertenecen al Príncipe por derecho de regalía; añad. l. 17. §. 1. D. *de verb. signif.*, y el cap. un. *quæ sint regal. in us. feud.*, y acerca lo que se entiende por puerto, v. l. 59. D. *de verb. signif.* Todos son considerados como cosa pública, [y de uso ó aprovechamiento comunal], l. 4. §. 1. D. *de rer. divis.*, y mas abajo la l. 12. de este tit., aunque sean formados artificialmente, y á pesar de la regla general, á tenor de la que los edificios son de quienes los construyen, lo que no tiene lugar en los puertos, antes se les considera siempre como propiedad pública segun Bart. *in summa* D. *de divis. rer.*, col. 4. Las rentas, empero, y demas derechos resultantes de los mismos pertenecen á las regalías, á tenor de d. cap. 1. *quæ sint regalia*, y la cit. l. 17. §. 1., pudiendo cualquiera, aun sin permiso del Príncipe, cargar ó descargar su nave en aquellos, l. 1. D. *ut in flum. publ. nav. lic.*, y la glos. allí, y v. Rodrig. Suar. en su alegado 17., donde se ocupa de la l. 13. lib. 6. tit. 10. del Orden., y en cuanto á la reparacion de los puertos, todos estan obligados á concurrir ó contribuir para ella, l. 7. C. *de oper. publ.*

(39) Añad. ll. 5., 6. y 7. C. *de vectig.*, y d. l. 17. §. 1., y en cuanto al impuesto que se paga por la conduccion de los ganados de un lugar á otro, v. ll. 2. y 13. tit. 10. lib. 6. del Orden. Real, y lo que se lee en el lib. 1. de los Reyes, cap. 8. vers. 17. allí: *greges vestros addecimabit*; por mas que Andr. de Iser. en el proemio de las Constituciones del reino de Sicilia, diga que los derechos y servicios contenidos en d. cap. 8. lib. 1. de los Reyes no habian sido instituidos de derecho divino, sino por usurpacion de los reyes, y lo propio espresa en el cap. un. *de capitan. qui curiam vend.*, col. pen. acerca de este derecho ó costumbre antigua, esto es, que pertenece á los reyes, y se cuenta entre sus regalías el derecho que se impone sobre el ganado, segun se espresa en el lib. 1. de los Macabeos, cap. 10. vers. 33. allí: *ut omnes à tributis solvantur, etiam pecorum suorum.*

(40) Añad. d. l. 17. §. 1. D. *de verb. signif.*, el cap. *super quibusdam*, 26. d. tit., y el lib. 1. de los Macab. cap. 10. vers. 29. allí: *Pretia salis indulge.* Las salinas se hallan tambien en los predios de los particulares, lo mismo que los metales, segun Andr. de Iser. en el trat. *quæ sint regal.*, en la parte *argentariæ*, y en la parte *reditus piscationis*; empero, segun él, los señores de las tierras usurpan en cierto modo la libre facultad de vender y comprar la sal en las salinas de los particulares. Conforme espresa él mismo, en el reino de Sicilia se da cierto precio á los dueños, y lo demas lo perciben los reyes; bien que en esto se ha de atender á la costumbre. En nuestro reino los particulares venden por cierto precio la sal de su propiedad á los arrendatarios de la regalía que tiene el Príncipe sobre dicho artículo, pudiendo verse sobre el particular las ll. 52. D. *de act. empt.*, y 11. C. *de vectig.*, y algunas de las continuadas en el *Cuaderno de salinas*, que deseara estuviese impreso para conocimiento de todos. A tenor de la l. 8. tit. 1. lib. 6. del Orden. Real, son del Rey las fuentes y los pozos salados, de que se hace sal, como tambien los metales, sin que nadie pueda negociar en dichos artículos sin licencia del mismo, á quien pertenecen sus réditos: cuya ley parece deber aplicarse al caso en que se hallen en alguna propiedad del público ó en los predios del Rey, y nó en los de los particulares, conforme á lo espuesto por Andr. de Iser. á d. vers. *argentariæ*, sobre las minas de plata y otras: bien que de todos modos aun los particu-

las pesqueras (41), e las ferrerias, e de los otros metales (42), e de los pechos, e los tributos (43) que dan los omes, son de los Emperadores, e de los Reyes: e fueronles otorgadas todas estas cosas, porque ouiessen con que se mantuuiessen (44) onrradamente en sus despensas; e con que pudiessen amparar sus tierras e sus Reynados, e guerrear contra los enemigos de la Fe; e porque pudiessen escusar sus Pueblos, de echarles muchos pechos, o de fazelles otros agrauiamientos.

LEY 12. *Como en las cosas Sagradas, o Religiosas, non puede ninguno auer señorio.*

Toda cosa (45) Sagrada, o Religiosa, o Santa, que es establecida a seruicio de Dios, non es en poder de ningund ome el señorio della, nin puede ser contada entre sus bienes: e maguer los Clerigos las tengan en su poder (46), non han señorio dellas; mas tienenlas assi como guardadores, e seruidores, e porque ellos han a guardar estas cosas, e a seruir a Dios en ellas, e con ellas. Porende les fue otorgado, que de las rentas (47) de la Eglesia, e de sus heredades ouiessen de que beuir mesuradamente (48); e los demas, porque es de Dios

lares propietarios estan obligados, como he dicho, á vender la sal á los espresados arrendatarios en virtud de las referidas leyes del Cuaderno de salinas: pues el agua salada forma parte del fundo, l. 11. D. *quod vi aut clam*, Juan de Plat. en la l. 1. col. 2. C. *de thesaur.*, y l. 4. §. 7. D. *de cens.* Añad. la pragmática de los Reyes Católicos, segun la que se imponen penas muy severas á los que importan sal á este reino; y por esto los arrendatarios de las salinas registran las casas de los particulares; lo que incomoda mucho á estos, segun Juan de Plat. en la l. ult. C. *de annon. et tribut.* — * V. las ll. del tit. 19. lib. 9. Nov. Recop. y lo que se dirá en la adic. á la nota 70.

(41) Añad. l. 17. §. 1. D. *de verb. signif.*, y d. cap. un. *quæ sunt regal.*, vers. *reditus piscatorum*, entendiéndolo allí Andr. de Iser. en el caso que el Príncipe por costumbre haya estado en posesion de la mencionada regalía sobre la pesca: pues por derecho comun todos tienen libertad de pescar tanto en el mar, como en los rios, ll. 2. y 4. D. *de divis. rer.*, y puede el Príncipe conceder á alguno el privilegio de pescar en determinada parte del mar, y prohibirlo á otros, l. 14. D. *de injur.*, y allí Ang. y la glos.

(42) V. Andr. de Iser. á d. cap. un. vers. *argentariæ*, d. l. 17. §. 1., y lo anotado á la l. 5. tit. 15. Part. 2., y l. 8. tit. pen. lib. 6. del Orden.

(43) Todos deben satisfacer los tributos que impone el Príncipe, l. 3. C. *de annon. et tribut.*, y Juan de Plat. allí, y v. cap. *omnis anima*, 12. *de censib.*, y S. Math. cap. 17. vers. 24. *Reges terræ à quibus accipiunt tributum, vel censum? an à filiis suis, an ab alienis?* Y añad. el cap. *super quibusdam, de verb. sign.*, y ll. 2. y 8. tit. 1. Part. 2. y lo que allí dije.

(44) Nótense estas bellas palabras de nuestra ley, que debieran tener siempre presentes los Reyes; pues las rentas que les estan concedidas lo han sido para atender á la digna manutencion de los mismos, y para que no estiendan sus manos y poder á la iniquidad de quitar los bienes á sus súbditos y tiranizarlos, como espresa Andr. de Iser. en el cap. *imperialem*, vers. *si neque dominus feudi*, col. 1. *de prohib. feud. alien. per Freder.* — * V. la adicion á la nota 70. de este tit.

(45) Conc. l. 6. §. 2. D. *de divis. rer.*, y los §§. 7. y 8. Instit. d. tit.

(46) *Licet sint in hominum censura, sive dispositione*, segun se espresa literalmente Azon. *in summa* Instit. *de divis. rer.*

(47) De ellas pueden mantenerse los clérigos beneficiados, aunque tengan bienes propios de que vivir, como espresa Abb. al cap. *postulasti*, col. pen. y ult. *de rescript.*, y al cap. *Episcopus*, *de præbend.*, y lo mismo dijo allí Inoc. cuya opinion se observa comunmente, á pesar de lo que decide la glos. al cap. *clericos*, 1. cuest. 2. y al cap. *ex his*, 12. cuest. 1. Pues los textos en que se funda d. glos. se refieren al antiguo estado ó constitucion de la Iglesia, como declara Abb. á los cap. cit. y añad. Felin. al cap. *ex litteris*, col. 2. *de constit.*, y al cap. *postulasti*, col. 10. *de rescript.*

(48) Porque á los clérigos se les permite vivir del beneficio, pero nó pródigamente, dist. 44. de la suma, donde se refiere lo que dice S. Gerónimo: *et habentes victum et vestitum, debent esse contenti*, como dice el Apóstol 1. *ad Timoth.*, cap. 6. vers. 8. y cap. 23. 12. cuest. 1.; pero esto no debe entenderse en sentido tan riguroso, que no se haya de atender á la calidad de las personas, segun lo anotado por la glos. al cap. 1., 21. cuest. 1. vers. *necessitatem*, al fin, y Abb. al cap. *cum adeo*, *de rescript.*, donde alega aquella glosa, y v. Arch. en la suma dist. 44., donde trata de si el clérigo que consume malamente los frutos del beneficio, estará obligado á la restitucion; de lo que tambien se ocupa latamente Prepos. Alex. col. 2., 3. y 4., y resuelve en cuanto á los Prelados y clérigos seglares, que como

(49), que lo despendiessen en obras de piedad, assi como en dar a comer, e a vestir a los pobres (50), e en fazer criar los huerfanos, e en casar las virgines pobres (51), para desuiarlas, que con la pobreza non ayan de ser malas mugeres; e para sacar catiuos, e reparar las Eglesias, comprando calices, e vestimentas, e libros, e las otras cosas de que fueren menguadas; e en otras obras de piedad semejante destas.

LEY 13. *Quales son las cosas sagradas, e como se pueden enagenar.*

Sagradas (52) cosas, dezimos, que son aquellas que consagran los (*d*) Obispos (53); assi como las Eglesias (54) e los Altares (*e*) dellas, e las Cruzes, e los Calices, e los encensarios, e las vestimentas, e los libros, e

(*d*) arzobispos et los obispos Acad.
(*e*) en cosas señaladas, Acad.

tienen estos en el dia distintas dignidades y prebendas y son administradores de sus beneficios, hacen suyos los frutos: mas si abusan de los bienes, pecan mortalmente, no quedando empero obligados á la restitucion, pues no toman lo ageno, sino que dilapidan lo propio: pero si la Iglesia sufriese perjuicio á causa de semejante abuso, en este caso decide que los clérigos estan tenidos á resarcir el daño á la misma; sin que sea de ningun valor ni les sirva de escusa, cuando se trata del daño de la Iglesia, ó disminucion del culto divino, la costumbre que les permite disponer de los frutos; como, por ej., si el clérigo los malgastase hasta el punto de faltar lo necesario al servicio de la Iglesia: véas. allí lo que dice el mismo Abb. estensamente acerca de los Obispos y clérigos regulares ó seglares que tienen en encomienda beneficios regulares; y v. la nota prox. sig.

(49) Parece aprobar la opinion de Inoc. al cap. *indecorum*, *de ætat. et qualit.*, quien pretende que el clérigo puede invertir para sus alimentos los frutos resultantes del beneficio, debiendo aplicar los restantes á las necesidades ó utilidad de la Iglesia, y repartirlos entre los pobres: cuya opinion sostiene tambien Arch. al cap. *statutum*, §. *assessorem*, *de rescript.*, lib. 6., Abb. *repetit.* al cap. *cum esses*, col. 9. y 10. *de testam.*, donde habla estensamente, y Juan Calderin. al cap. ult. *de pecul. cleric.*, y allí Juan de Imola, quien decide ser aquella doctrina verdadera de derecho (*de jure*); si bien espresa que en esta materia tendrá mucha fuerza la costumbre. Mas ténganse presentes estas palabras de la ley, *que es de Dios*, pues, á tenor de ellas, es de temer que no escusaria la costumbre de que habla la glos. al cap. *præsenti*, *de offic. ord.*, lib. 6., por considerarse mas bien abuso que costumbre, el invertir las rentas eclesiásticas en malos usos; y V. lo anotado por Abb. al cap. *cum in officiis*, *de testam.*, y añad. las elocuentes palabras de S. Bernardo sobre el Cantic. serm. 23. col. pen. princ., á saber, *Timeant clerici*, *timeant ministri Ecclesiæ*, *qui in terris sanctorum*, *quas possident*, *tam iniqua gerunt*, *ut stipendiis* (*quæ sufficere debeant*) *minimè contenti*, *superflua* (*quibus egeni sustentandi forent*) *impiè*, *sacrilegè sibi retineant*, *et in usus suæ superbiæ*, *atque luxuriæ victum pauperum consumere non vereantur*: *duplici profecto iniquitate peccantes*, *quod et aliena diripiunt*, *et sacris in suis voluptatibus et turpitudinibus abutuntur*: Véase lo mas estensamente anotado á la l. 40. tit. 5. Part. 1.

(50) Añad. el cap. *aurum*, 70. y cap. *gloria Episcopi*, 71. 12. cuest. 2.

(51) Asi, pues, es una obra de piedad y se cuenta entre las *causas pias* el casar á las doncellas pobres, l. 32. §. 2. D. *de condict. indeb.*, y Bald. á la autent. *nisi rogati*, col. 3. C. *ad Trebel.*, donde dice que los ejecutores ó administradores de dichas causas pias que tengan fondos procedentes de las mismas no podrán destinarlos á favor de las vírgenes que entren en los monasterios: añádase sobre esto lo anotado por Bald. *novell.* en el trat. *de dote*, chart. 7. vers. *nunc me transfero*, *per quatuor*, donde pueden verse algunas cosas notables acerca de las rentas ó bienes destinados á dotar doncellas pobres en matrimonio.

(52) Conc. l. 6. §. 3. D. *de divis. rer.*, y el §. 8. Instit. d. tit., y habla esta ley de las cosas consagradas públicamente, esto es, para el culto público; mas nó de las que lo son particularmente ó para el culto privado, Bart. á la l. 6. D. *ad leg. Jul. pecul.*

(53) Pues á estos toca hacerlo, segun esta ley, d. §. 8. cap. *nemo*, 9. *de consecrat.*, dist. 1. y *Novel.* 67. *collat.* 5. y v. la glos. y los DD. al cap. *Abbates*, *de privil.*, lib. 6. y cap. *vel timenti*, *de consecrat.*, dist. 1. y Sylvest. en la suma sobre la palabra *benedictio*, vers. *utrum*: sin que puedan delegar á otros esa potestad de consagrar, por ser inherente al órden episcopal, segun Abb. al cap. *aqua*, *de consecr. eccles. vel alt.*

(54) Estas antiguamente no se consagraban sin licencia del Pontífice, segun el cap. *præcepta*, 5. y el cap. *basilicas*, 6. *de consecr.*, dist. 1.: en el dia basta la del Obispo á tenor de esta ley, d. cap. *nemo*, 9. y el cap. 18. cuest. 2. Empero las Iglesias catedrales se erigen y consagran mediante autorizacion del Papa, cap. 1. *ne sede vacante.*

todas las otras cosas, que son establescidas para seruicio de la Eglesia; e destas cosas atales non se puede enagenar el señorio, si non (55) en casos señalados, assi como monstramos en la primera partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razon. Otrosi dezimos, que maguer alguna Eglesia sagrada se derribe (56) aquel lugar o fue fundada, siempre finca sagrado. Pero si alguna Eglesia sagrada cayesse en poder de los enemigos (57) de la Fe; luego que se apoderasen della, non seria sagrada (58) en quanto la touiessen catiua; mas despues que la cobrassen los Christianos, seria sagrada, e tornaria en el primero estado en que era, ante que se apoderassen los enemigos (f) en ella; e auria todos sus derechos libres, e quitos, bien assi como los auia en ante.

LEY 14. *Como el lugar do es soterrado ome, es Religioso; quier sea siervo, o libre.*

Religioso (59) lugar dezimos que es aquel, o es soterrado algund ome, quier sea libre, quier siervo, si es soterrado para nunca mudarlo (60) ende, e si yaze y todo el cuerpo, o a lo menos la cabeça (61); fueras ende, si aquel que soterrassen y, fuesse ome a quien ouiessen justiciado (62) por algund mal fecho; o si fuesse desterrado (g) de aquel lugar o yoguiesse, e lo ouiessen y soterrado sin mandamiento del Rey; o si fuesse prouado, que ouiesse fecho traycion (63) contra su Señor, o contra la tierra do fuesse natural.

LEY 15. *Como los muros, e las puertas de las Cibdades, son llamadas Santas cosas.*

Santas cosas son llamados los muros (64), e las puertas de las Cibdades (65), e de las

(f) della Acad.

(g) a aquel logar do yoguiese Acad.

(55) ¿Cuándo se entenderá consagrado un altar? V. Abb. cap. 1. *de consecrat. eccles. vel alt.*, y tit. 14. Part. 1.

(56) Conc. d. l. 6. §. 2. D. *de divis. rer.*, y d. §. 8. Instit. del mismo tit.; asi pues, aunque la Iglesia quede derruida, retendrá los privilegios é indulgencias, segun Ang. en el princ. y fin de d. §. 8.

(57) Conc. l. 36. D. *de relig. et sumpt. fun.*

(58) Es decir, quedaria viuda de los sagrados ministros, empero el mismo lugar no dejaria de ser sagrado, segun la glos. al cap. *pastoralis*, 7. cuest. 1. y al cap. *plerisque*, *de elect.*, vers. *christiano.* Sin embargo, Juan Fabr. á tenor de d. §. 8. dice que en esta parte se diferencia el derecho canónico del civil, pues por este deja una iglesia de ser sagrada por la ocupacion de los infieles, mas nó por aquel; y lo mismo sostiene Cardin. á d. cap. *in plerisque*, cuest. 2., diciendo que el derecho civil atiende tan solamente á si de hecho pueden ejercerse los oficios sagrados, mas el canónico mira al derecho; y quedará por consiguiente sagrado el lugar que ocupaba la iglesia, á no ser que esta hubiese sido derribada por autoridad del superior.

(59) Conc. §. 9. Instit. *de divis. rer.*, las ll. 2. y 44. D. d. tit. y Azon *in summa* C. *de relig. et sumpt. fun.* princ. vers. *est autem locus.* ¿Y en cuánto al derecho canónico? V. glos. 13. cuest. 2. cap. *in ecclesiastico*, 2., la que espresa requerirse la autoridad del Pontífice para que un lugar sea sagrado ó religioso.

(60) V. l. 10. C. *de relig. et sumpt. fun.*, y l. 40. D. d. tit.

(61) Añad. d. l. 44., por ser la cabeza la parte principal en la que estan contenidos la razon y el entendimiento, segun Bart. refiriéndose á Arist. en el §. *ad hoc*, col. 3. *de pace juram. firm.*: asi pues, la cabeza es la parte mas noble y mas preciosa del hombre, y donde ella está, se presume existir todo el cuerpo.

(62) Añad. ll. 1. y 2. D. *de cadav. punit.*, y Azon lug. cit.

(63) Conc. la l. 35. D. *de relig. et sumpt. fun.*

(64) Conc. l. 1. vers. *sanctæ quoque res*, y ult. D. *de divis. rer.*, y el §. 10. Instit. d. tit.

(65) No es, pues, esto peculiar y esclusivo de la ciudad de Roma, como pretendia Alberic. á d. l. ult., diciendo que la cuestion versaba sobre un hecho, y que, á pesar de su oposicion, la autoridad de Bergamo impuso la pena capital á uno que habia violado las murallas. ¿Y si los muros son hechos de estacada? Se dirá lo mismo, segun d. Alberic., quien alega la l. 3. §. 15. D. *de re milit.* En las demas ciudades no se castigaba dicha violacion con pena de muerte, sino con otra estraordinaria, como sostiene Bald. siguiendo á Guillelm. á la l. 9. §. 4. D. *de divis. rer.*, y Ang. al cit. §. 10.: esta ley habla de todas las ciudades, si bien no hace mas que referir las leyes antiguas, sin establecer nada nuevo; aunque parece aprobárselas, por el hecho de transcribírselas en este Código. Tal vez debiera distinguirse acerca el modo de violar las murallas, esto es, segun que se cometiese la violacion con dolo, ó sin él, imponiéndose en el primer caso la pena de muerte, y en el se-

Villas. E porende establecieron los Emperadores, e los Philosofos, que ningund ome non los quebrantasse, rompiendolos, nin (*h*) forçandolos, nin entrando sobrellos por escaleras, nin en otra guisa, nin so ellos en ninguna manera, si non por las puertas (66) tan solamente. E establecieron por pena a los que fiziessen contra esto, que perdiessen las cabeças. E porque quien assi entrasse en alguna Cibdad, o Villa, non entraria como ome que ama pro, e onrra del lugar, mas como enemigo, e como malfechor. E este establecimiento fizo Romulo, que fue Señor de Roma.

LEY 16. *Como Romulus poblo a Roma, e defendio, que non entrasse ninguno sobre los muros de la Cibdad, nin so ellos.*

Remus (67), e Romulus, fueron dos hermanos nobles, e onrrados, e poderosos, e ellos poblaron a Roma (*i*) principalmente, e la cercaron: e despues que la ouieron poblada e cercada amos de so vno, acaescio contienda entreellos, como auria nombre la Cibdad, e qual dellos seria Señor della; e acordaronse, que echassen suertes sobreella, e al que cayesse por suerte, fuesse Señor della, e el pusiesse qual nombre touiesse por bien. E cayo por suerte a Romulo, e pusole nombre Roma. E de si fizo establecimientos, e posturas, por que biuiessen, e se mantouiessen los moradores della. E entre las posturas que fizo, establecio, que ningund ome non entrasse en la Cibdad, ni saliesse, sino por las puertas della; e quien por otro lugar entrasse, o saliesse, por escalera (68) de otra guisa sobre los muros, nin so ellos en ninguna manera, que perdiesse la cabeça por ello. Onde acaescio, que su hermano mismo quebranto esta postura, e salio de la Cibdad sobre los muros, e descabeçolo (69) porende sobrellos. E por esto dixo Lucano, que los primeros muros de Roma fueron bañados de la sangre del hermano del Señor della (70).

(*h*) foradandolos Acad.
(*i*) primeramente, Acad.

gundo otra estraordinaria, l. 7. D. *ad leg. Cornel. de sicar.*, Juan Fabr. á d. §. 10. y hacen al caso las palabras de esta ley, *e porque quien assi entrasse*, etc. Nótese tambien que al que escava los muros para derruirlos, se le castiga con la pena capital, Bald. en la l. 5. C. *de sepulcr. viol.* — * V. la adic. á la nota 70.

(66) Se reputan malos los que no entran por las puertas acostumbradas, sino por otra parte, l. 2. C. *de curs. publ.*, y allí Juan de Plat., y como dice S. Juan Evang. en el cap. 10. vers. 1.: *qui non intrat per ostium, ille fur est et latro*: y en el vers. 8.: *omnes quotquot venerunt, fures sunt et latrones, et non audierunt eos oves*: añad. l. del Fuero tít. *de las penas*, que empieza, *todo ome*, y Bald. á la l. ult. D. *de divis. rer.*

(67) Añad. cap. *in apibus*, 41. q. 7. y glos. á d. l. ult. D. *de divis. rer.*

(68) Acerca de los que escalan alguna casa con el fin de violar la castidad, v. Bald. á d. l. ult. D. *de divis. rer.*

(69) Asi, pues, lo hizo obrando como juez y con la espada de la ley, nó para vengar un agravio particular, segun Bald. á la cit. l. ult.; aunque lo contrario puede deducirse de d. cap. *in apibus*, y de la glos. allí, esto es, que pudo haberlo hecho por envidia, porque el que está poseido de la sed de mando no puede sufrir que otro participe de él, á tenor de lo anotado á la l. 1. tit. 1. Part. 2.

(70) Asi, pues, en calidad de superior dió Rómulo la muerte á Remo; de otra manera, como igual no habria tenido imperio sobre él. l. 13. §. 4. D. *ad Trebell.*, y como observa Bald. siguiendo á Guillelm. en la cit. l. ult., donde espresa Alberic. que, si hay dos señores en un castillo, el uno no podrá castigar al otro; á no ser ambos soberanos independientes, ó tales que no reconozcan superior, ó que haya peligro en diferir el castigo, ó uno de ellos tenga alguna superioridad sobre el otro en cuanto á la administracion, segun lo anotado por Bald. al cap. un. *qualit. deb. vassal. jur. dom. fidel.*, al fin, debiendo tenerse principalmente presente el segundo de los casos, ó el de haber peligro en la demora, lo que en muchos casos puede tener aplicacion: y pueden tambien añadirse otros dos casos que espresa Alberic. á d. l. ult. — *En el presente tít. que corresponde exactamente al tít. *de rerum divisione et de acquirendo earum dominio*, de las Instituciones de Justiniano y al *de divisione rerum et qualitate* del Digesto, se siguió, como de costumbre, por el sabio Rey el mismo órden y método adoptado en los Códigos romanos; y, antes de esplicarse y establecerse los diversos modos con que se adquiere el dominio, se trató de definir este derecho y las diferentes especies de cosas, en cuanto son ó dejan de ser, por su naturaleza, legalmente susceptibles de sujetarse al dominio ó propiedad particular. Este es el objeto de las diez y seis primeras leyes del presente título, sobre las cuales nos limitarémos á hacer las observaciones siguientes: En primer lugar, que, pues

en la ley 1ª se quiso tomar y definir la palabra *dominio* en su mas lato sentido, comprendiendo en él hasta la idea del *imperio ó superioridad*, como se infiere de las divisiones del mismo que aparecen continuadas en la propia ley, no anduvo, en nuestro concepto, muy acertado el autor de ella al definirlo por el *poder que ome ha en su cosa de fazer della e en ella segund Dios e segund fuero*, por ser esta mas bien la definicion del dominio en el sentido especial, determinado y verdaderamente jurídico de aquella palabra, en cuanto se significa por ella el derecho real por escelencia entre todos los demas que pueden adquirirse y disfrutarse legalmente sobre las cosas corporales: 2º, que no deja de ser notable el que esa misma definicion que leemos en las Partidas ha sido adoptada por muchos jurisconsultos modernos y consignada en el Código civil frances, en el cual (art. 544.) se define al dominio por «el derecho de gozar y disponer de »las cosas del modo mas absoluto, mientras no »se haga de ellas un uso prohibido por las le»yes ó Reglamentos:» 3º, que, siendo el dominio un derecho transmisible á libre voluntad y renunciables total ó parcialmente los goces y facultades que lo constituyen, puede el que lo obtiene limitarlo en favor de una tercera persona, reteniéndolo para sí ó transmitiéndolo á otro: y como, segun las leyes, el dominio asi restringido ó limitado no pierde el carácter y naturaleza de dominio, á lo menos en ciertos casos, por ej., en el de consistir aquellas restricciones en servidumbres, síguese de aqui que, á mas de las *leyes* y *reglamentos*, puede haber y hay otras varias causas que limitan la absoluta facultad de gozar y disponer de las cosas, que constituye el dominio: y en este concepto, tenemos por mas exacta, en rigor lógico y jurídico, la definicion que de él nos han legado los Romanos, ó sea, el *jus de re pro arbitratu statuendi nisi lex, conventio, aut voluntas testatoris obsistant.*

Por lo que mira á la division de las cosas, en cuanto pueden ó nó ser objeto del derecho de dominio, observarémos que puede reducirse á las sencillas reglas siguientes todo cuanto á dicho propósito se halla consignado en nuestras leyes de Partida. 1º, Hay cosas propiamente *comunes* y destinadas perpetuamente y por su naturaleza al uso universal, inagotables é indivisibles en su inmensidad; las cuales, por derecho civil, ni por el de gentes, pueden declararse sujetas al dominio público ni privado, ni aun al uso perpetuo y esclusivo de ciertas y determinadas personas, como el aire, el agua pluvial, el mar y sus riberas l. 3. de este tit. y tambien el agua corriente considerada en general y como elemento; á las cuales se llama por esta razon *res verè nullius;* debiendo tal vez enumerarse entre las espresadas cosas la caza y pesca ó los animales no domesticados genéricamente considerados; pues, si bien individualmente se les sujeta al dominio particular por la ocupacion y se les consume por el uso, la familia, empero, ó la especie nunca perece, ni puede estinguirse; no se hace mas que usar de ella ocupando, poseyendo y consumiendo los individuos; y, subsistiendo la especie en calidad de tal, conserva siempre la misma condicion de cosa comun, inagotable, de propiedad universal y *verè nullius.* 2º, Hay cosas destinadas tambien al uso comun y universal, pero que han sido producidas en cierto modo por obra de los hombres, ó han recibido de estos la forma artificial en la cual pueden prestar y prestan utilidad; y estas se hallan hasta cierto punto sujetas á la *propiedad ó dominio público* ó del Estado en cuyo territorio se hallan, son poseidas por el mismo Estado como propietario, mas el uso de ellas pertenece al *público*, es decir, indistintamente á todos y cada uno de los individuos que lo constituyen, de manera, empero, que no pueden destinarse al uso y utilidad perpetua y esclusiva de ciertas y determinadas personas, ni aun al de los individuos en general de dicha nacion ó Estado con esclusion de los estraños l. 6. de este título, antes bien el uso de las espresadas cosas está subordinado á las mismas reglas que el de las verdaderamente comunes, con la sola diferencia de que el Estado propietario puede cambiar y establecer la forma de las espresadas cosas sujetas á su dominio y aun determinar el modo con que se deba usar de ellas y exigir á los que las usen cierta retribucion en compensacion de los trabajos empleados ó para la conservacion de las propias obras de comun utilidad; derechos que á tenor de la l. 11ª de este tit. pertenecen al Rey como gefe y representante del Estado. A estas cosas se las denomina *públicas*, y entre ellas deben contarse los puertos, caminos, rios navegables, en cuanto son medios de tránsito y conduccion, las calles y puertas de las ciudades etc. Las murallas con sus fosos y demas adherentes, fortalezas y castillos y demas objetos destinados, nó al uso, sino á la defensa del Estado y de sus individuos pertenecen tambien al dominio *público,* aunque en sentido diferente del que se acaba de espresar; pues que semejantes cosas no estan destinadas al provecho comun y universal de propios y estraños, sino tan solo á la seguridad de la nacion por la cual han sido producidas ó adquiridas: en cual sentido y por la importancia del objeto á que se las destina, ya entre los romanos y tambien en las ll. 12. y 15. de este tit. se las eximió de estar sujetas al dominio y propiedad particular (*de ningun ome*), y se las declaró in-

violables con la calificacion de cosas *santas.* 3º, Hay otras cosas ó bienes que son propiedad del *público* ó del Estado; pero nó por su naturaleza, ni por razon del objeto á que han sido primitivamente destinadas, sino por ser el Estado, en calidad de tal, el que las ha adquirido y las posee, como hubiera podido adquirirlas y poseerlas cualquier particular: debiendo por lo tanto distinguirse cuidadosamente aquellas cosas que posee el Estado por ser tales que nadie mas que él debe ni puede poseerlas, de aquellas que posee por haberlas eventualmente adquirido. Las primeras se dicen ser del *dominio público*, las segundas del *dominio del Estado.* El *dominio público* es un dominio escepcional reconocido y autorizado por el derecho de gentes, mas bien que por el derecho civil ó privado: el *dominio del Estado* pertenece á la clase de los derechos que reconoce y autoriza la Jurisprudencia civil en favor de los particulares, y los cuales pueden tambien adquirirse y ejercerse por el Estado, considerado como persona moral, y capaz, en este concepto, de adquirir y transmitir derechos. La propiedad del Estado está sujeta á ciertas y determinadas reglas que la distinguen de la de los particulares, en cuanto al modo de adquirirla, poseerla y transmitirla: mas semejantes diferencias, que no proceden de la naturaleza de las cosas sujetas á dicha propiedad, sino del carácter de la persona que las posee, no forman, como hemos dicho, un dominio especial y distinto, del modo que un menor de edad es tan dueño como los demas de sus cosas, sin embargo de no poder administrarlas ni enagenarlas sino con ciertas formalidades y restricciones. Son propiedad del Estado, no solo las cosas que posee él por sí mismo, y que entre nosotros toman el nombre de *bienes nacionales*, sino tambien los que posee por medio de los establecimientos que estan bajo la inmediata dependencia del gobierno: tales como las Universidades, Hospicios, etc.: 4º, á veces no es el Estado genéricamente considerado, sino una fraccion de él, por ej., una municipalidad, quien bajo la proteccion de las leyes, ha adquirido ó adquiere para sí alguna propiedad; y entonces ejerce tambien dicha fraccion adquirente el derecho de dominio en calidad de persona moral y del mismo modo que cualquier particular, salvas, empero, las limitaciones que, respecto de dichas personas morales, establece la ley en cuanto á la facultad de adquirir, administrar y enagenar, y hasta en cuanto á la inversion que debe darse á los productos de dichas propiedades: debiendo advertirse á este propósito que los comunes ó municipalidades pueden poseer y ejercer el derecho de dominio de dos maneras distintas, á saber, administrando sus propiedades por medio de legítimos apoderados ó representantes é invirtiendo sus productos, con arreglo á las leyes, en objetos de interes y utilidad comun; en una palabra, poseyendo *ut universitates*, en cual sentido se decia entre los romanos *civitates enim privatorum loco habentur*, l. 16. D. *de verb. signif.*; ó bien percibiendo los frutos y utilidades de las cosas del comun directa é inmediatamente todos y cada uno de los vecinos ó individuos de la municipalidad; en cuyo caso se dice que esta posee por medio de dichos individuos *ut singuli*, bien que es el uso y nó el verdadero derecho de dominio el que, en todo caso, está radicado en las personas de los individuos; pues este último á nadie pertenece mas que á la universidad; y asi, aunque los individuos que la forman son los dueños, pero lo son como vecinos y habitantes de aquella municipalidad, de modo que dejan de serlo cuando alzan del mismo su domicilio, como se infiere de lo dicho por nuestro glosador en varias de sus notas al presente tit. Los bienes de los comunes ó municipalidades, cuando no estan destinados al uso individual de los vecinos, sino que los posee y disfruta el comun *ut universitas*, se conocen con el nombre de *propios*, y de ellos se habla en la l. 10. de este tit.: mas cuando los posee la universidad, y los vecinos los usan directamente y *ut singuli*, como los pastos, bosques, etc., toman la denominacion especial de bienes *comunales*, que son los comprendidos en la l. 9.: 5º, la distincion que antes hemos hecho entre las cosas públicas, ó sujetas, por su naturaleza, al *dominio público*, y las que lo estan accidentalmente al *dominio del Estado* puede aplicarse por analogía y hacerse tambien entre las cosas consagradas á Dios y destinadas directamente al culto divino, y las cosas de la Iglesia que posee esta para atender con sus frutos y rentas á las necesidades del propio culto; aunque en las leyes de Partida no se tuvo al parecer en consideracion aquella diferencia. Las primeras que, en cierto modo, pueden calificarse de *res nullius*, por el carácter que ha impreso en las mismas la consagracion, no pueden sujetarse al dominio ó propiedad de los particulares, ni aun al del Estado, ni de la misma Iglesia, la cual, segun la bella espresion de la l. 12. de este tit., posee dichas cosas por medio de sus ministros, como guardadora ó depositaria: las segundas pertenecen á la clase de aquellas cosas cuyo dominio ó propiedad está modificado y sujeto á reglas especiales en cuanto al modo de ejercerlo, nó por la naturaleza de las mismas cosas, sino por la condicion del que las posee y tiene el dominio sobre ellas. Entre estas últimas deben contarse las que posee el Rey en calidad de tal, y forman el *dominio de la Corona*, es

LEY 17. *Como ome gana el señorio de las bestias saluajes, e de los pescados, luego que los prende.*

Bestias (71) saluages, e las aues, e los pescados de la mar, e de los rios, quien quier que los prenda, son suyos (72) luego que los ha presos; quier prenda alguna destas cosas en la su heredad misma, o en la agena. Empero, si quando algund ome quisiesse entrar a caçar en heredad agena, estouiesse y el señor della, e le dixesse que non entrasse y a caçar; si despues contra su defendimiento prisiesse y alguna cosa, estonce non deue ser del caçador (73), si non del señor de la heredad. Ca ningund ome non deue entrar en heredad agena para caçar en ella, nin en otra manera contra defendimiento de su señor. Esso mismo seria, si el señor lo fallasse, que anduuiesse ya caçando en su heredad, e ante que y prisiesse ninguna cosa, le defendiesse que non caçasse y. Ca todo cuanto y caçare despues que gelo

decir, las que estan destinadas perpetuamente al poseedor de aquella, las cuales deben distinguirse no solo de las que forman el *dominio particular del Rey*, esto es, los bienes ó patrimonio que este haya adquirido y poseia ya antes de reinar, y los que adquiera reinando, pero independientemente de su calidad de soberano, sino tambien de los que forman el *dominio público*, y cuya naturaleza se ha esplicado antes. 6º y último: Semejantes á las Iglesias y alhajas consagradas para el culto, son, en cierto modo, los lugares en donde se halla sepultado algun cadáver humano; las cuales, bajo la denominacion de *religiosas*, como por derecho romano, son declaradas en la l. 14. inviolables y exentas de que se adquiera sobre ellas el derecho de dominio.

Por lo demas, y en órden á las varias y prolijas consideraciones en que se estiende nuestro glosador al tratar de los *propios*, de las cosas *comunales* y de las de *dominio público*, nos hemos abstenido absolutamente de hacer comentarios, y hasta de citar las importantes y numerosas disposiciones legales que recientemente y sobre el particular se han publicado; porque esto nos hubiera llevado demasiado lejos de nuestro objeto, que es, en la presente Partida, el derecho puramente privado. Mas propios que de este último lo son del derecho público y administrativo, las especies que vierte Gregor. Lopez, y las leyes que hubiéramos podido citar sobre aprovechamiento de pastos y bosques comunales, sobre arbitrios ó impuestos provinciales ó municipales y la inversion que debe darse á los mismos, sobre tributos Reales, Salinas, esplotacion de minas, y Reglamentos para la caza y pesca, etc.; en cuyo concepto, y al ocuparnos oportunamente de semejantes materias, las consideraremos tan solo en cuanto son otros de los modos con que se adquiere el dominio é indicarémos no mas que de paso las restricciones con que, por consideraciones de interes público y por los Reglamentos de buen gobierno, está limitado el derecho de ocupacion y la facultad de adquirir varias cosas que de otra parte son comunes y *verè nullius*.

(71) Conc. l. 1. §. 1. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 12. Instit. *de divis. rer.* — * V. adic. á la nota 80.

(72) Lo mismo se declara en los textos citados en la nota antecedente: y lo propio sienta Arist. 1. Polit., diciendo que la caza de los animales silvestres es justa naturalmente, pues por ella vindica el hombre lo que es suyo: y lo mismo debe decirse de la pesca y caza de aves, segun Sto. Tomas en el lib. 2. cap. 6. *de regim. Princ.*: la naturaleza, segun él, es próvida en aves rapaces y perros propios para semejante oficio; y como estos no pueden en el mar ni en los rios ausiliar al hombre en la pesca, por esto se han inventado las redes. Y asi lo confirma la sagrada Escritura, pues Dios en la creacion del mundo, dijo: *Dominamini piscibus maris et volatilibus Cœli, et universis animantibus, quæ moventur super terram*; de donde se infiere que la facultad de cazar y pescar compete por derecho natural al hombre: pues quien dijo: *Germinet terra herbam virentem*, y con estas palabras dió á los árboles la potestad de brotar y crecer, dijo tambien á los hombres: *Dominamini piscibus maris*, etc.; y asi les concedió el dominio natural sobre las demas criaturas: de cuyas razones se vale tambien el Filósofo para probar que es de derecho natural la caza tanto de cuadrúpedos como de aves, como se puede ver mas latamente en Sto. Tomas lib. 3. *de regim. Princ.*, cap. 9. — * V. adic. á la nota 80.

(73) Apruébase aqui la opinion de la glos. al §. 12. Instit. *de divis. rer.*, y repruébase la de la misma á las ll. 16. D. *de servit. rust. præd.*, y 3. D. *de acquir. rer. dom.*, debiendo añadirse que en los paises donde por costumbre se toleran los cercados, no se adquiere la caza que se coge en estos si son agenos: pues si la prohibicion del juez impide la traslacion del dominio, aun tiene mayor fuerza la costumbre, segun Juan Fabr. á d. §. 12. y Cardin. Alex. en el cap. *jus naturale*, dist. 1., y lo mismo se entenderá, segun dicho Fabr., cuando hay prohibicion de cazar por parte del juez; añad. Cepol. en el trat. *de servit.*, tit. *de aucup.* — * V. adic. á la nota 80.

defendiesse, todo deue ser del señor de la heredad, e non del caçador. Mas si ante que gelo defendiesse, ouiesse algo caçado, todo quanto prisiesse deue ser del caçador, e non ha que ver en ello el señor de la heredad.

LEY 18. *Por quales razones puede entrar vn ome en la heredad de otro.*

Entrar puede ome en heredad agena contra el defendimiento del señor della, por algunas de las razones (74) que son dichas en esta ley. La primera es, si algund ome ouiesse arboles que diessen fruto de si, que colgassen las ramas dellos sobre la heredad agena, de guisa que cayesse la fruta y. Ca estonce bien podria entrar a coger (75) el fruto de sus arboles. E esto puede fazer en tres dias (76), e non en mas. La segunda es, si algund ome ouiesse escondido dineros (77) en heredad agena. Ca si este atal jurasse que lo non faze maliciosamente, deuelo consentir que entré por aquello que condesso y, e deuegelo dexar leuar sin embargo ninguno. La tercera es, si algund ome ouiesse comprado las uvas de alguna viña, o la fruta de los arboles de alguna huerta, o de otra heredad, e ouiesse pagado el precio: ca estonce (*j*) pueden entrar a coger (78) el fruto

(*j*) puede Acad.

(74) Véanse otros casos en la glos. al cap. *omnes leges*, dist 1. glos. ult., y acerca el derecho que tendrá el dueño de un enjambre de abejas, cuando se hayan estas introducido en la casa de otro, V. Ang. al §. 14. Instit. *de divis. rer.*, y añad. la glos. á la l. 11. C. *de servit.*, y cap. *notandum*, 23. q. 2. con la glos. allí.

(75) Conc. ll. 1. D. *de gland. leg.*, 14. §. ult. D. *de præscript. verb.*, y 9. §. 1. D. *ad exhib.*

(76) Lo mismo se espresa en la cit. l. 1. y un. D. *de gland. leg.*: pero entiéndase, segun la glos. y Bart. allí, cuando los frutos fuesen tales que en tres dias pudiesen echarse á perder; pues, si no mediase esta circunstancia, aun podrian cogerse despues de pasado aquel término. Tambien es notable la interpretacion que da allí la glos. á la citada ley, á saber, que el dueño de los frutos caidos en lugar ageno, puede entrar á recogerlos en cualquiera de los tres dias. Ademas, dice allí Bart. que, si aquellos fuesen de tal calidad que en un solo dia hubiesen de echarse á perder, podria en este caso el dueño sacarlos cuando quisiese. Empero, segun esta ley, deberá verificarlo dentro de los tres dias, y nó despues, cuya disposicion fue motivada seguramente por la l. 15. tit. 4. lib. 3. del Fuero de las Leyes; sin embargo que parece mas equitativo lo que entienden la glos. y Bart. y creo que se observa en la práctica. — * Semejante al caso en que se hubiese denunciado y tratase de buscarse un tesoro es el en que se hubiese denunciado y quisiese esplotarse una mina; por cual motivo, á mas de los espresados en esta nuestra ley, tiene cualquiera el derecho y facultad de entrar en la propiedad agena aun contra la voluntad del dueño, y previas siempre las formalidades prevenidas por las leyes, señaladamente en el Real Decreto de 4. de julio de 1825. en cuyo art. 4º se declara que «todo »español ó estrangero puede libremente hacer »calas y catas para descubrir, reconocer y ad»quirir los criaderos minerales de que habla »el art. 3º, ya sea en terrenos Realengos, co»munes ó concejiles, ya en los de dominio »particular libres ó vinculados, con la obliga»cion de resarcir los daños y perjuicios que »ocasionaren con aquellas operaciones, obser»vándose en este punto las disposiciones de las »ll. 3ª y 4ª tit. 18. lib. 9. Nov. Rec.» Y las sustancias minerales espresadas en d. art. y designadas por el mismo como objeto especial del ramo de minería son «las piedras preciosas y »todas las sustancias metálicas, combustibles y »salinas, ya se encuentren en las entrañas de la »tierra, ya en su superficie.» En los arts. 19., 20., 21. y 22. se establece que los mineros ó denunciadores de minas adquieren no solo la propiedad de la mina denunciada y de la parte del terreno en que se encuentra, sino tambien, y previa la correspondiente indemnizacion por convenio ó tasacion de peritos, todo el terreno que necesiten para el servicio de dichas minas ó para oficinas de beneficio, y tambien el derecho, como los demas vecinos del pueblo en donde aquellas se hubieren denunciado y esplotaren, al uso y aprovechamiento de las aguas de los rios, arroyos y manantiales y de las leñas, madera y carbon de los bosques y montes, con arreglo á las leyes y ordenanzas municipales de los mismos pueblos, no menos que al uso y aprovechamiento de pastos en las dehesas, montes, prados y egidos para las bestias de carga, tiro y silla dedicadas á las faenas y transportes de las minas y oficinas de beneficio.

(77) Conc. l. 15. D. *ad exhib.*

(78) Conc. l. 25. D. *de act. empt.*, y se funda lo dispuesto aqui en que, al comprar la viña, parece debe considerarse implícitamente contratado que el comprador de su propia autoridad y á sus costas pueda entrar en ella para coger los frutos, como declara allí Paul. de Castr., y parece deberá decirse lo mismo

que compro, e el señor de la heredad no le puede defender la entrada, maguer lo quisiesse fazer.

LEY 19. *Como pierde ome el señorio que ha en las aues, e en las bestias saluages.*

Pierden (79) los omes el señorio que auian ganado en las aues, e en las bestias saluajes, e en los pescados, en la manera que diximos en la tercera ley ante desta, luego que salen de su poder, e tornan al primero estado en que eran ante que las prisiessen: e aun pierden el señorio, quando fuyen, e se les aluengan tanto, que las non pueden ver; (k) e que las vean, estando (80) ellos tan alongados dellas, que a duro las podrian prender. E en cada vno destos casos gana el señorio dellas quien quier que las prende primeramente.

(k) o que las vean Acad.

cuando se hubiere comprado un árbol, segun lo anotado por Bald. á la rubr. C. *de contrah. empt.*

(79) Conc. l. 5. princ. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 12. vers. *quidquid*, Instit. *de divis. rer.* —* V. la adic. á la nota prox. sig.

(80) Mas acertado es este testo que lo que espone la glos. á d. §. 12. vers. *quidquid*, donde Juan Fabr. sostiene lo dispuesto en esta ley. —* Sobre la caza y pesca tanto en tierras de propiedad particular, como en las de *propios y baldíos*, á mas de las ll. del tit. 30. lib. 7. Nov. Rec. que pueden verse, es muy notable é importante el Real Decreto de 3. de mayo de 1834., vigente en la actualidad, y que por este motivo transcribimos íntegra y literalmente á continuacion: dice asi.

Titulo primero. — de la caza en tierras de propiedad particular. — 1º Los dueños particulares de las tierras lo son tambien de cazar en ellas libremente en cualquier tiempo del año, sin traba ni sujecion á regla alguna. — 2º En los mismos términos, y con la misma amplitud podrán cazar en las tierras de particulares los que no sean sus dueños, con licencia de estos por escrito. — 3º Cuando el dueño de las tierras dé licencia para cazar en ellas, y la licencia para hacerlo con la espresada amplitud no conste por escrito, el cazador estará sujeto á las restricciones de ordenanza que se espresarán en adelante para los baldíos. — 4º Se podrá cazar sin licencia de los dueños, pero con sujecion á las indicadas restricciones de ordenanza, en las tierras abiertas de propiedad particular que no esten labradas ó que esten de rastrojo. — 5º Los arrendatarios de tierras de propiedad particular tendrán en órden á la caza las facultades que estipulen con los dueños. — 6º No se podrá cazar en tierras agenas de propiedad particular, sino en los casos y en los términos espresados en los cuatro artículos precedentes. — 7º La caza que cayere del aire en tierra de propiedad ó entrase en ella despues de herida, pertenece al dueño ó arrendatario de la tierra y nó al cazador, conforme á lo dispuesto en la ley 17., título 28. de la 3ª Partida. — 8º Los que con el objeto de cazar violasen y saltasen los cercados de tierra de propiedad particular, pagarán ademas de los daños que causaren, incluso el valor de la caza que matasen, ó cogiesen, que debe ser para el dueño, ó arrendatario en su caso, las costas del procedimiento si lo hay, y ademas, 20. rs. vn. por la primera vez, 30. por la segunda, y 40. por la tercera.

Titulo ii. — de la caza en tierras de propios y baldíos. — 9º En las tierras que no sean de propiedad particular se prohibe cazar, por lo tocante á las provincias de Álava, Ávila, Burgos, Coruña, Guipúzcoa, Huesca, Leon, Logroño, Lugo, Navarra, Orense, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Santander, Segovia, Soria, Valladolid, Vizcaya y Zamora desde 1º de abril hasta 1º de setiembre. Y en lo demas del reino, inclusas las islas Baleares y Canarias, desde 1º de marzo hasta 1º de agosto. — 10. Se prohibe asimismo cazar durante todo el año en los dias de nieve y los llamados de fortuna, á escepcion del caso que se espresará en el título 4º — 11. Se prohibe tambien cazar en todo tiempo con hurones, lazos, perchas, redes y reclamos machos. De esta regla general se esceptúan las codornices y demas aves de paso, respecto de las cuales se permite cazarlas durante el tiempo de su tránsito, aunque sea con redes y reclamos. — 12. Los ayuntamientos podrán arrendar con aprobacion del subdelegado de la provincia, la caza en las tierras de propios de los pueblos; y los arrendatarios podrán dar licencia á los demas para que cacen; pero unos y otros lo harán con sujecion á las restricciones que se espresan en este título. — 13. Los que cacen en tierras de propios arrendadas sin tener licencia del arrendatario, ó faltando á las restricciones de la ordenanza, pagarán en uno y otro caso al arrendatario el valor de la caza que mataren ó cogieren, y ademas 20. rs. la primera vez, 30. la segunda, y 40. la tercera. La mitad de esta multa será para el arrendatario, y la otra mitad para el fondo destinado al esterminio de animales dañinos de que se hablará en el título 4º — 14. En los montes y baldíos que no pertenezcan á propios, podrán cazar los vecinos del pueblo respectivo, con sujecion á las reglas y restricciones establecidas en este títu-

lo. Las justicias podrán dar licencia para los mismos forasteros. — 15. Se permite cazar con sujecion á las restricciones contenidas en este decreto, en los montes, baldíos y tierras de propios que no esten arrendadas, á los que obtengan licencia del Subdelegado de la provincia. — 16. Estas licencias se concederán por escrito, previo el informe de la justicia ú otro que se estime conveniente. Los vecinos pagarán por la licencia anual para cazar en el término jurisdiccional de sus pueblos respectivos 10. rs.; el doble los que la obtengan para cazar en toda la provincia; y el cuádruplo los cazadores de profesion, los cuales se entenderá que la tienen para toda la provincia. — 17. Los productos de esta tarifa quedan afectos especialmente al pago de las recompensas por la estincion de animales dañinos de que se hablará en el título 4º — 18. No se permite por regla general cazar hasta la distancia de 500. varas, contadas desde las últimas casas de los pueblos, para evitar los peligros de personas y de incendios.

TITULO III. — DE LA CAZA DE PALOMAS. — 19. Las palomas campesinas están comprendidas en las demas aves que pueden cazarse con sujecion á las reglas prescritas. — 20. No podrá tirarse á las palomas domésticas agenas sino á la distancia de 1.000 varas de sus palomares. Los infractores pagarán al dueño el valor de la caza, y ademas pagarán á la justicia 20. rs. vn. por la primera vez, 30. por la segunda y 40. por la tercera, siendo la mitad de esta multa para el dueño, otra mitad para el fondo que se dirá en el título 4º — 21. Los dueños de palomares tendrán obligacion de tenerlos cerrados durante los meses de octubre y noviembre, para evitar el daño que pueden ocasionar las palomas en la sementera. Los infractores ademas del daño, si lo hubiere, pagarán 100. rs. de multa por la primera vez, 150. por la segunda, y 200. por la tercera. — 22. La misma obligacion y bajo las mismas penas tendrán los dueños de palomares durante la recoleccion de las mieses desde 15. de junio hasta 15. de agosto. — 23. Si por razon de la diferencia de los climas conviniese señalar plazos diversos de los fijados anteriormente para el cerramiento de los palomares en las dos épocas espresadas, ó en algunas de ellas, podrá hacerlo la justicia del pueblo, siempre que el plazo respectivo no esceda de dos meses, avisándolo con anticipacion para gobierno de los dueños de palomares. — 24. Durante las dos épocas espresadas de recoleccion y de sementera, será libre tirar á las palomas domésticas á cualquier distancia fuera del pueblo, aunque sea dentro de las mil varas señaladas arriba, siempre que en este último caso se tire con las espaldas vueltas al palomar.

TITULO IV. — DE LA CAZA DE ANIMALES DAÑINOS. — 25. Será libre la caza de animales dañinos, á saber; lobos, zorras, garduñas, gatos monteses, tejones y turones en las tierras abiertas de propios, en las baldías y en las rastrojeras no cerradas de propiedad particular, durante todo el año, inclusos los dias de nieve y los llamados de fortuna. — 26. No se permite en ninguna clase de tierras abiertas, aunque esten amojonadas, cazar con cepos, trampas ni ningunos otros armadijos de que pueda resultar perjuicio á los pasageros ó á los animales domésticos. Los infractores pagarán ademas del daño y las costas, 40. rs. de multa por la primera vez, 60. por la segunda, y 80. por la tercera. — 27. En las tierras cercadas, sean de propios ó de particulares, no se permite la caza de animales dañinos sin licencia de los dueños ó arrendatarios. — 28. Los dueños y arrendatarios de tierras cercadas, y nó otros, podrán poner en ellas cepos ú otras cualesquier especies de trampas y armadijos para coger ó matar animales dañinos. En cuyo caso estarán obligados á poner y mantener en parage visible un padron con el aviso para que nadie pueda alegar ignorancia. — 29. Para fomentar el esterminio de los animales dañinos se pagarán á las personas que los presenten muertos, por cada lobo 40. rs., 60. por cada loba, y 80. si está preñada; y 20. rs. por cada lobezno; la mitad respectivamente por cada zorro, zorra, ó zorrillo; y la cuarta parte tambien respectivamente por las garduñas y demas animales menores arriba espresados, tanto machos como hembras y sus crias. — 30. Los que tengan derecho á las precedentes recompensas presentarán á la justicia el animal ó animales muertos, y la justicia les entregará la cantidad correspondiente bajo recibo. — 31. Estos recibos, junto con las colas y orejas de los lobos y zorras, y las pieles de las garduñas y demas animales arriba espresados serán los documentos que han de presentar las justicias en la capital de provincia para justificar en sus cuentas los artículos de esta clase, que no se les abonarán sin ambos requisitos. — 32. Para el pago de las espresadas recompensas en los pueblos queda asignada la mitad de las penas pecuniarias impuestas á los infractores de todas las disposiciones contenidas en los artículos anteriores, inclusas las relativas á palomares, como asimismo la mitad de las que se espresan en los siguientes títulos sobre la pesca. — 33. Si el importe de la mitad de dichas penas no alcanzare á cubrir el de las recompensas, los cazadores podrán reclamarlas en la oficina general de Propios de la provincia, presentando certificacion de la justicia junto con los despojos ó pieles de los animales. — 34. Si de la mitad de las penas sobrase para pagar las recompensas,

el resto se agregará á la masa de arbitrios comunales del pueblo. — 35. Se prohiben las batidas comunales de los pueblos bajo ningun pretesto, incluso el del esterminio de animales dañinos, dejando este cuidado al interes particular de los cazadores.

TITULO V. — DE LA PESCA. — 36. Los dueños particulares de estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cercadas estan autorizados, en virtud del derecho de propiedad, para pescar en ellos durante todo el año sin sujecion á regla alguna. Se entienden por tierras cercadas en este título y en todos los demas del presente decreto las que lo esten enteramente, y nó á medias ó aportilladas; de suerte que no puedan entrar en ellas las caballerías. -- 37. Los dueños podrán en virtud del mismo derecho de propiedad comunicar estas facultades á sus arrendatarios en los términos que entre ellos se estipule. -- 38. Se prohibe á los dueños particulares y arrendatarios de estanques y lagunas que se hallen en tierras abiertas, aunque esten amojonadas, pescar en ellas envenenando, ó inficionando de cualquier modo el agua, de suerte que pueda perjudicar á las personas ó á los animales domésticos transeuntes que la bebieren. -- 39. Si las lagunas y aguas estancadas lindasen con tierras de varios dueños particulares, podrá cada cual pescar desde su orilla con sujecion á las reglas generales establecidas; pero poniéndose los dueños de comun acuerdo podrán pescar con arreglo á los tres artículos precedentes, como si fuera un solo dueño. -- 40. En las aguas corrientes á que sirven de linde tierras de propiedad particular, podrán los dueños de estas pescar desde la orilla hasta la mitad de la corriente con sujecion á las restricciones de ordenanza. Y nadie podrá hacerlo sin su licencia. -- 41. En las aguas corrientes, cuyas riberas pertenezcan á propios, podrán los ayuntamientos arrendar la pesca con la aprobacion del subdelegado de la provincia, y los arrendatarios podrán dar á otros licencia para pescar; pero todos estarán sujetos á las restricciones espresadas. -- 42. En las aguas corrientes, cuyas orillas pertenezcan á baldíos, ó á propios, en el caso de no estar arrendada la pesca, se declara esta libre hasta la mitad de la corriente para todos los vecinos del pueblo á cuyo término pertenezcan las orillas, y nó á los de otros pueblos, aunque tengan comunidad de pastos. Las justicias podrán dar licencia para pescar á los forasteros; pero tanto estos como los vecinos estarán sujetos á las restricciones designadas. -- 43. En los rios y canales navegables se ha de entender que las facultades de los dueños y arrendadores espresadas en los tres artículos precedentes, han de ser sin perjuicio de la navegacion ni de las servidumbres á que con motivo y á beneficio de ella estan sujetas las tierras riberiegas. -- 44. En los canales de navegacion y de riego, como asimismo en los cazes y acequias para molinos ú otros establecimientos industriales ó de placer, se observarán las mismas reglas establecidas anteriormente segun la calidad de las orillas, á no ser que haya costumbre ó contrato en contrario.

TITULO VI. -- DE LAS RESTRICCIONES DE LA PESCA. -- 45. Se prohibe pescar envenenando ó inficionando las aguas en ningun caso fuera de el de ser estancadas y estar enclavadas en tierras cercadas de propiedad particular. Los infractores, ademas de los daños y costas pagarán 40. rs. por la primera vez, 60. por la segunda y 80. por la tercera. -- 46. Se prohibe asimismo pescar con redes ó nasas cuyas mallas tengan menos de una pulgada castellana ó el duodécimo de un pié en cuadro, fuera de los estanques, ó lagunas, que sean de un solo dueño particular, el cual podrá hacerlo de cualquier modo. -- 47. Desde 1º de marzo hasta últimos de julio se prohibe pescar no siendo con la caña ó anzuelo, lo cual se permite en cualquier tiempo del año.

TITULO VII. -- DE LA EJECUCION DE ESTE REGLAMENTO. -- 48. El modo de proceder de las justicias en materias de caza y pesca será por regla general gubernativo. -- 49. Los procedimientos tendrán lugar: 1º por queja de parte agraviada: 2º de oficio: 3º por denuncia de guarda jurado ó de cualquier individuo del ayuntamiento: 4º por denuncia de cualquier vecino, siendo caso de aguas inficionadas ó de cepos armados fuera de cercado. -- 50. El alcalde hará comparecer al presunto infractor, y comprobado el hecho, exigirá de él la multa, el valor de la caza y del daño cuando lo haya, dando á estas cantidades el destino que se ha prescrito en el presente decreto. -- 51. Cuando se proceda por queja de parte agraviada, si resulta ser cierto el hecho, y hubiere daño, el alcalde procurará que los interesados transijan en cuanto al daño, sin perjuicio de cobrar la multa, y si no se avinieren, decidirá gubernativamente en las causas de menor cuantía, dejando que las otras sigan el curso judicial que les corresponda; pero satisfaciendo antes el reo la mitad de la multa destinada al fondo del artículo 31. para la persecucion de animales dañinos. -- 52. Las infracciones de que se trata en este decreto, prescribirán á los 30. dias en los casos de aguas maleficiadas ó de cepos y armadijos fuera del cercado, y en todos los demas á 20. dias. Pasados estos plazos, las justicias no podrán proceder de oficio, ni admitirán queja ni denuncia alguna.

TITULO VIII. -- DE LAS PENAS DE LOS INFRACTORES. -- 53. La pena general por las infracciones de este reglamento, cuando en él no se espresa

(l) **LEY 20.** *Como ganan los omes el señorio de las cosas que toman de los enemigos de la Fe.*

Las cosas de los enemigos (81) de la Fe, con quien non ha tregua, nin paz el Rey, quien quier que las gane, deuen ser suyas; fueras ende Villa, o Castillo. Ca maguer alguno la ganasse, en saluo fincaria el señorio della al Rey (82), en cuya conquista lo gano. Empero deuele fazer el Rey señalada honrra (83), e bien, al que la ganasse. Otrosi dezimos, que quien quier que prenda ome (84) en tiempo de guerra, que este en tierra de los enemigos, e faga guerra a los Christianos, que sea su catiuo de aquel que lo prisiere, quier sea Christiano, quier Moro; mas luego que saliesse de poder de aquel que lo catiuasse, e tornasse a tierra de los enemigos, perderia el señorio del, el que lo ouiesse catiuado, o el que lo comprasse del; e seria porende libre.

LEY 21. *Cuyo deue ser el venado que va ferido, e vienen otros, e prendenlo.*

(ll) Van los caçadores (85) en pos del vena-

(l) La presente ley está traspuesta ó insertada aqui en distinto lugar que en la edicion de la Academia; en la cual es la 24 de este tit. no habiendo, en lo demas, discrepancia, fuera de la diferente numeracion de las cuatro leyes que siguen á la presente y que en la citada edicion la preceden.

(ll) Van los cazadores en pos del venado que han ferido, et en siguiendolo vienen otros et prendenlo: Acad.

otra, será ademas del daño y costas, si las hubiere, 20. rs. por la primera vez, 30. por la segunda y 40. por la tercera. Si todavía se repitiese el delito, la justicia consultará al subdelegado de fomento de la provincia sobre la pena que convenga. -- 54. Los padres y los tutores son responsables de las infracciones cometidas por sus hijos de menor edad y por los pupilos. -- 55. Quedan derogadas todas las ordenanzas y reglamentos anteriores en cuanto se opongan al presente decreto.

Hasta aqui el Decreto ó Reglamento. Por la ley de Córtes de 13. setiembre de 1837. se declaró que «el disfrute de caza y pesca en los »montes y terrenos de que trata el art. 3º del »decreto de 14. de enero de 1812., sobre abo»licion de ordenanzas de montes y plantíos, ó »en otros que estuviesen cerrados y acotados, »*corresponde privativamente á los dueños, y* »*nadie podrá cazar ni pescar en ellos sin su* »*previo permiso ó de quien sus veces hiciere.*» Por la ley de Córtes de 23. de junio de d. año 1837. se prohibió el uso del arte de la pesca, conocido por *almadraba de buche*, desde la bahía de Cádiz hasta la isla de Tarifa: pero posteriormente por Real Decreto de 14. febrero de 1844. se restablecieron las *almadrabas de buche* de Zahara, Conil y punta de la Isla al ser y estado que tenian antes de la promulgacion de d. l. de 1837. y se dispuso que continuasen observándose en ellas los reglamentos que regian antes de su estincion. Por lo demas, algunas de las disposiciones contenidas en el transcrito Decreto de 1834. han sido posteriormente derogadas ó modificadas por otros Decretos y Reales órdenes mas recientes; pero creemos innecesario el hacer mérito de las espresadas modificaciones, por referirse todas mas bien al uso de armas para cazar y á cuáles sean las autoridades á quienes compete conceder licencia para su porte y uso, que al derecho de adquirir el dominio de los animales por medio de la misma caza y pesca, y al modo de ejercerlo legalmente.

(81) Conc. l. 5. §. ult. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 17. Instit. *de divis. rer.* -- * Véas. adic. á la nota 84.

(82) Añad. ll. 5., 8. y 19. tit. 26. Part. 2., l. 20. §. 1. D. *de captiv.*, y Salic. á la l. 2. C. d. tit. -- * V. la adic. á la nota 84.

(83) Muy notable es esta espresion de nuestra ley; que debe por lo tanto tenerse bien presente. — * V. adic. á la nota prox. sig.

(84) Conc. l. 5. D. *de stat. hom.*, l. 7. princ. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 17. Instit. *de divis. rer.*, debiendo entenderse lo dispuesto aqui para todo caso de guerra declarada por el Rey, ya sea contra sarracenos, ya contra cristianos, segun Bart. á la l. 24. D. *de capt.*, vers. *tertio modo inducitur bellum publicum*: y lo propio se deduce de las palabras de esta ley, á saber, *quier sea Christiano, quier Moro*, y añádase lo que dice Bald. á la l. 4. C. *de captiv.*; mas á los que son cogidos en las guerras sostenidas entre Reyes y caudillos cristianos, no se les hace esclavos, segun Bald. allí, ni tampoco cuando hay guerra entre dos ciudades, como deciden Bart. á la cit. l. 24. al fin, Bald. á d. l. 4. y Juan de Plat. á la l. 1. C. *ut armor. us.*, y v. l. 13. tit. 9. Part. 5. allí: *Fueras ende las personas de los Christianos.* -- * Sobre lo dispuesto en la presente ley, y lo anotado á la misma por el glosador, V. las ll. del tit. 16. Part. 2ª con lo anotado allí.

(85) Conc. l. 5. §. 1. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 13. Instit. *de divis. rer.*, bien que Trebacio opinaba lo contrario, segun se manifiesta en d. §. 13.; cuya opinion, segun la glos. allí, queda aprobada por la costumbre: observándose tambien por esta lo dispuesto en la l. 16. tit. 4. lib. 3. del Fuero, y viene en apoyo de la misma la l. 15. tit. 26. Part. 2ª

do que han ferido, seguiendolo, e vienen otros, e prendenlo: e porque podria acaecer contienda, quales dellos aurian tal venado como este, dezimos, que deue ser de aquellos que lo prisieren primeramente: ca maguer ellos lo trayan ferido, non es aun en su poder, e podria acaecer muchas cosas, por que non lo aurian: esso mismo dezimos que seria, si algund ome ouiesse parado lazos (86), o cepo, o fecho algunas foyas, o parado otro armadijo, en que cayesse algund venado; que quien quier que venga primeramente, (*m*) e lo fallare, e lo prisiere, que deue ser suyo: e esto es segund derecho, como quier que en algunos lugares vsen el contrario (87).

LEY 22. *Como gana ome el señorio de las abejas, e enxambres, o de los panales.*

Abejas (88) son como cosas saluages. E porende dezimos, que si enxambre dellas posare en arbol de algund ome, que non puede dezir que son suyas, fasta que las encierre en colmena, o en otra cosa; bien assi como non puede dezir que son suyas las aues que posassen y, fasta que las prisiesse. Esso mismo dezimos que seria de los panales, que las abejas (89) fiziessen en arbol de alguno; que non los deue tener por suyos, en cuanto estouiessen y, fasta que los tome ende, e los lieue. Ca si acaeciesse, que viniesse otro alguno, e los leuasse ende, serian suyos; fueras ende, si estouiesse el delante quando los quisiesse leuar, e gelo defendiesse (90). Otrosi decimos, que si el enxambre de las abejas bolare de las colmenas de alguno ome, e se fuere; si el señor dellas las perdiere de vista, o fueren tan alongadas (91) del, que las non pueda prender, nin seguir; pierde porende el señorio que auia sobre ellas, e ganalas quien quier que las prenda, e las encierre primeramente.

LEY 23. *Como pierde ome el señorio de los pauones, e de los faysanes, e de las otras aues saluajes.*

Pauones (92), e gauilanes, e gallinas de Yndia (93), e palomas, e gruas, e ansares, e faysanes, e las otras aues semejantes dellas, que son saluajes segund natura, acostumbraron los omes a las vegadas, a amansar, e criar en sus casas. E porende dezimos, que en quanto acostumbran estas aues atales, de yr, e tornar a casa de aquel que las cria, que ha el señorio por do quier que anden; mas luego que ellas por si se dexen de la costumbre que usaron, de yr, e de tornar, que pierde el señorio dellas el que lo auia, e ganalo quien quier que las prende Esso mismo dezimos de los cieruos (94), e de los gamos, e de las zebras, e de las otras bestias saluajes, que los omes ouiessen a criar en sus casas (95): ca luego que se tornan a la selua, e non vsan (96) de venir a casa, o al lugar de do su due-

(*m*) et lo fallare y et lo prisiere. Acad.

(86) Conc. l. 55. D. *de acquir. rer. dom.*

(87) Segun Azon en la suma Instit. *de divis. rer.*, col. 3., quien observa estar en contrario la costumbre general, y lo mismo opinaba Martin. á d. l. 55. cuando el ave ó animal fiero intentara escaparse sin poder conseguirlo; cuya opinion, dice Alberic. allí, queda aprobada por la costumbre campesina; aun cuando el que paró el lazo no viese la caza cogida en él, pues si se hallase allí presente y la tuviese á la vista, sin duda se haria suya y nó de otro, á causa de adquirir para sí la posesion con la vista y el ánimo: mas si aquella consiguiere escaparse, pertenece entonces al que la ocupare: V. Alberic. á la cit. l. 55.—* La l. 16. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real prohibia que otro cogiese la fiera, mientras la persiga el cazador que la levantó.

(88) Conc. l. 5. §. 2. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 14. Instit. *de divis. rer.*, y v. l. ult. tit. 4. lib. 3. del Fuero de las Leyes: acerca de las palomas que se alejan y vuelven á los palomares, v. Juan Fabr. al §. 15. Inst. *de divis. rer.*

(89) *Brevis in volatilibus est apis, et initium dulcoris habet fructus illius*, Ecclesiast. cap. 11. vers. 3.

(90) Pues en tal caso no serian del que los sacase, sino del dueño del predio, segun esta ley, y lo que se dijo á la l. 17. de este tit., y á pesar de lo que espresan la glos. y los DD. á d. §. 14.

(91) V. d. l. del Fuero.

(92) Conc. l. 5. §§. 5. y 6. D. *de acquir. rer. dom.*, y §§. 15. y 16. Instit. *de divis. rer.*

(93) Es decir, las que no son mansas.

(94) Conc. l. 5. §. 3. vers. *cervos*, D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 15. vers. *cervos*, Instit. *de divis. rer.*: opinando Juan Fabr., á tenor de d. §. 15., que los halcones que huyen y vuelven á recobrar su libertad natural, de derecho son del que los coge, por mas que haya costumbres en contrario.

(95) Esprésase la ley en estos términos, porque lo dispuesto en ella no tendria lugar respecto de las fieras que estan encerradas, segun la l. 3. §§. 13. y 14. D. *de acquir. posses.*

(96) ¿Cuándo se entenderá que no tienen la inclinacion ó costumbre de volver? Segun Juan

ño las tenia, pierde el señorio dellas.

LEY 24. *Como no pierde ome el señorio de las gallinas, e de los capones.*

Gallinas (97), e capones, e las ansares, que nacen, e se crian en las casas de los omes, non son de natura saluaje. E por ende dezimos, que maguer buelen, e se vayan de casas de aquellos que las crian, por espanto, o en otra manera, e non tornen y, por esso non pierden el señorio dellas aquellos cuyas son; ante dezimos, que quien quier que las prendiere con entencion de las fazer perder a su señor, que gelas puede demandar de furto; bien assi como las otras cosas que tuuiesse en su casa, e gelas furtassen.

LEY 25. *De las vacas, e de las ouejas, e de las yeguas, e de las asnas.*

Vacas (98), ouejas, o yeguas, o asnas, o las otras bestias, o ganados semejantes dellos, que dan fruto, dezimos que el fruto que dellos saliere, deue ser de aquellos cuyas fueren las fembras que los parieren: e los señores de los machos de quien se empreñassen, non han nada en tales frutos como estos; fueras ende, si fuesse costumbre vsada (99) en la tierra, o postura, o auenencia fecha entre los señores de las fembras, e de los machos, en ante que se ayuntassen para engendrar. Ca estonce, el auenencia que pusieren entre si, deue ser guardada.

LEY 26. *Cuyo deue ser el acrescimiento que los rios fazen en las heredades.*

Crecen (100) los rios a las vegadas, de manera que tuellen, e menguan a algunos en las heredades que han en las riberas dellos, e dan, e crecen a los otros, que las han de la otra parte. E porende dezimos, que todo quanto los rios tuellen a los omes poco a poco, de manera que non pueden entender la quantia dello porque no lo lleuan ayuntadamente, que lo ganan (101) los señores (102) de aquellas

Fabr. si dejan de verificarlo á pesar de ver al dueño ú otros familiares de este á quienes tenian antes el hábito de reunirse; bien que si divagan algunos dias sin ir á las selvas, no se entenderá que hayan perdido dicha costumbre, arg. l. 17. §. 4. vers. *illud*, D. *de ædilit. edict.*

(97) Añad. l. 5. §. 5. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 16. Instit. *de divis. rer.*

(98) Conc. l. 6. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 19. Instit. *de divis. rer.*, y la glos. allí.

(99) Nótese esto bien; y hace al caso la l. 1. D. *ad municip.*

(100) Conc. l. 7. §. 1. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 20. Instit. *de divis. rer.*; y entiéndase esto de los rios públicos; pues un torrente particular no produce los derechos de aluvion, como decide Bald. á la rubr. D. *de divis. rer.*, col. 6., y las accesiones provenientes de la misma las poseemos sin ningun acto corporal: v. allí mismo col. 8.: pudiendo verse, en cuanto á la particion de lo que acrece entre dos predios por medio de la aluvion, á Bald. allí al fin.

(101) Asi, pues, adquirirémos el dominio de todo lo que acrece á nuestro fundo, ya sea tierra pura, ya piedras mezcladas con ella, ó bien maderas, piedras preciosas, oro, plata, ó dinero, segun estas palabras de la ley *todo quanto*, y d. §. 20.: entiéndase, empero, con tal que dichas cosas se hayan unido á nuestro terreno, y se ignore el dueño de las mismas; de lo contrario no las adquiriríamos, como declara Bart. en el trat. *alluvion.* en las palabras *quod per alluvionem*, y en la otra *adjecerit.* Cuando lo que el rio arroja á nuestro predio, no se une á la tierra, no se hace nuestro, sino del primero que lo ocupa, segun Bart. y Bald. á d. rubr. D. *de divis. rer.*, col. 7. y v. allí acerca de las vigas y otras maderas: debiendo añadirse que, por medio de la aluvion, no varian los límites de la jurisdiccion, ni se añade ni quita nada á esta, segun Bart. en el trat. *Tyberiadis*, lib. 1. vers. *acquiruntur nobis.*

(102) Añádase que al usufructuario tambien le pertenece el aumento de la aluvion, segun la l. 9. §. 4. vers. *sed si insula*, D. *de usufr.* ¿Y al enfiteuta? V. glos. y Bald. á la l. 1. C. *de jur. emphit.*, quien, siguiendo á Bart., sostiene la afirmativa, aunque el incremento sea manifiesto, porque tiene mas derecho aquel que el usufructuario: sobre lo cual puede verse tambien lo anotado á la l. 29. de este tit. Ni por semejantes aumentos puede exigirse á dicho enfiteuta que pague un cánon mayor, V. lo dicho allí y la preciosa (*auream*) glos. á la l. 25. §. 6. D. *locat.*, espresándose empero al final de ella, que deberá aumentarse el cánon, cuando el incremento de la aluvion fuere estraordinario y del todo inesperado: Juan de Plat. á la l. ult. C. *de omn. agr. deser.*, pretende que al simple arrendatario se le puede aumentar la pension ó precio del arriendo por razon de dicho aumento, á tenor de la l. 2. C. *de alluv. et palud.*, lo que ten-

heredades, a quien lo ayuntan (103), e los otros a quien lo tuellen, non han en ello que ver. Mas quando acaeciesse, que el rio lleuasse de vna heredad ayuntadamente, assi como alguna partida della con sus arboles, o sin ellos (104), lo que assi lleuasse, non ganan el señorio dello aquellos a cuya heredad se ayunta; fueras ende, si estuuiesse y por tanto tiempo, que raygassen los arboles (105) en las heredades de aquellos a quien se ayuntassen. Ca estonce ganaria el señorio dellos el dueño de la heredad do raygassen; pero seria tenudo de dar al otro el menoscabo (106) que recebio porende (107), segun aluedrio de omes buenos, e sabidores de lauores de tierra.

LEY 27. *Como deuen ser partidas las islas que fazen los rios.*

Yslas (108) nacen a las vegadas en los rios, e contienden los omes sobre el señorio dellas. E porende dezimos, que si acaeciesse, que la ysla sea en medio del rio, que aquellos que ouieren las heredades (109) en las riberas de la vna parte, e de la otra, la deuen partir por medio; tomando cada vno dellos tanta parte, de la meytad de la ysla hazia la su heredad, quanto ouiere en ancho en la su heredad, que afruenta (110) en el rio. E si por auentura la ysla fuesse toda de la meytad del rio contra la vna parte (111), deuenla partir (assi como es sobredicho) los que ouieren la heredad a essa parte, o a esta. Mas si la ysla non estouiere toda en la meytad del rio, contra ninguna de las partes, nin estouiesse otrosi bien en comedio del, mas estouiesse la mayor partida della de la meytad del rio, contra la vna parte, que contra la otra; estonce deuen tomar vna soga, que sea tan luenga quanto el rio touiere en ancho, e medirla; e de que la ouieren medido, segun la anchura del rio, que non aya mas, nin menos, deuenla doblar, e señalarlo en aquel lugar, do fuere la meytad della; y de aquel punto, o señal, en adelante, que fizieren en ella, deuenla partir entre si, segund que sobredicho es; tomando cada vno tanta parte, quanto le cupiere segund la frontera de su heredad.

LEY 28. *Que si el rio haze ysla de la heredad de vno, non lo pierde aquel cuya es.*

Auenidas (112) de las aguas fazen crecer a

drá lugar en los arriendos públicos, mas nó en los particulares, segun la glos. á la l. 16. C. *locat.*, y allí lós DD.

(103) Entiéndase no solo cuando el rio añade positivamente ó deja algo, sino tambien cuando retrocede, sin añadir nada: pues en entrambos casos se verifica la aluvion, segun Bart. en el trat. *de alveo*, col. 2. sobre la palabra *si toto*, cuya opinion se aprueba en la l. 38. D. *de acquir. rer. dom.*

(104) Pues la porcion de tierra sin árboles arrojada sobre el fundo ageno, podrá el dueño vindicarla, mientras no se haya unido con la tierra de dicho fundo, arg. l. 9. §. 2. vers. *ita demum*, D. *de damn. infect.*

(105) ¿Y si no habia árboles en la capa superior de la tierra? Deberá decirse lo propio segun Bart. en d. trat. *de alluv.*, vers. *planè*, si estuvo allí el tiempo bastante para que, en caso de haber árboles, hubiesen echado raices; ó bien si, al poco tiempo se disolvió dicha capa de tierra por haber sobrevenido lluvias y se amasó con la del fundo ageno, en cuyo caso se hará del dueño de este.

(106) Apruébase la opinion de Azon en la suma Instit. *de divis. rer.*, col. 4. contra lo que pretendian los antiguos sosteniendo que en dicho caso no habia lugar á la indemnizacion, porque el perjudicado de nadie podia quejarse mas que del mismo rio. ¿Cómo se estimarán, empero, esos daños ó menoscabos? Atendido el valor que hubieran tenido los árboles agregados al predio ageno, si entonces el dueño los hubiese sacado de allí despues de arrojados: mas nó por el que tenian mientras estaban arraigados en el fundo propio; como se infiere de la l. 23. §. 5. D. *de rei vind.*: de lo contrario, se seguiria el absurdo de hacer responsable al dueño del predio donde fueron agregados, de un daño acaecido sin culpa suya, y el que lo era de los mismos vendria á ser de mejor condicion y ganaria mas cuando hubiesen echado raices en el fundo ageno, que antes de haberse esto verificado: V. Bart. en el trat. *de alluv.*, vers. *planè*, *si longiori tempore*: y del propio modo podria pedirse la estimacion de la tierra agregada con árboles ó sin ellos al fundo ageno, regulándose su valor por el que la misma hubiese podido tener separada de entrambos fundos.

(107) Por no haberlos separado de allí, pudiendo, segun he dicho.

(108) Conc. l. 7. §. 3. D. *de acquir. rer. dom.*, §. 22. Instit. *de rer. divis.*, y V. Azon *in summa* allí, col. 4., ll. 30. y 56. D. d. tit. y Bart. tratado *de insula*.

(109) V. l. 29. de este tit.

(110) V. l. 29. D. *de acquir. rer. dom.*

(111) V. Bart. á la rubr. D. *de div. rer.*, al fin.

(112) Conc. ll. 7. §. 3. y 30. §. 2. D. *de acquir. rer. dom.*, y el §. 20. al fin Instit. *de divis. rer.*

las vezes a los rios, e entran por las heredades de los omes, e atrauiessanlas, de manera que fazen en ellas yslas, e maguer mostramos en la ley ante desta, en que manera se deuen partir las yslas que se fazen dentro en los rios, non se entiende por todo esso, que tal ysla como esta se deua assi partir. Ca non y ha otro ninguno que ver en ella, si non aquel cuya es la heredad en que se faze; e en saluo finco el señorio que ante auia en su heredad, e non se le pierde por tal razon como esta.

LEY 29. *Cuya deue ser la ysla que se faze nueuamente en la mar.*

Pocas vegadas (113) acaece, que se fagan yslas nueuamente en la mar. Pero si acaesciesse que se fiziesse y alguna ysla de nueuo (114), suya dezimos que deue ser de aquel que la poblare primeramente: e aquel, o aquellos que la poblaren (115), deuen obedescer al Señor (116), en cuyo señorio es aquel lugar, do aparecio tal ysla.

LEY 30. *Cuya deue ser la ysla, que se faze en la frontera de la heredad, que alguno tiene.*

Podria (117) acaecer, que algund ome auria el vsofruto para en toda su vida, en alguna heredad que estouiesse en la ribera de algund rio, o la ternia en feudo (118): e maguer diximos en la quarta ley ante desta, que la ysla que se fiziesse dentro en el rio, que la deuen partir entre si los que ouieren las heredades en la ribera del, segund que alli mostramos;

(113) Conc. d. l. 7. §. 3.

(114) Entiéndase que se formase de nuevo ó que se la descubriese, segun Bart. en el trat. *de insula*, sobre la palabra *nascitur*.

(115) Nótese esta palabra *poblaren*: pues en d. §. 3. solamente se dice que es del que la ocupa, lo cual se aclara en esta ley, estableciéndose que no es del primer *ocupante*, sino del primer *poblador*; pudiendo verse sobre lo mismo lo anotado por Bart. en d. trat. *de insula*, sobre la palabra *nullius*, donde esplica tambien cuándo se considerará una isla ocupada y adquirido por la ocupacion el dominio de la misma: con muchas otras notables especies, que acostumbro aplicar á la concesion hecha por el Sumo Pontífice Alejandro á los Reyes Católicos de España de las islas y Tierrafirme del mar Océano.—*La concesion del Papa de que habla nuestro glosador aqui será sin duda la bula de Alejandro VI espedida á favor de los Católicos Reyes en el año 1493., luego del descubrimiento del nuevo mundo por Colon, en la cual, segun refiere el P. Mariana, se concedió por dicho Pontífice que fuese del Rey de Castilla todo lo que se descubriese hácia el Poniente desde una línea que fue tirada con la imaginacion de polo á polo cien leguas mas adelante de las islas Hespérides, hoy llamadas del cabo Verde; cuya bula dió ocasion y fue el pábulo de serias contiendas entre españoles y portugueses, sobre la pertenencia de los paises que se iban nuevamente descubriendo; y, segun el propio historiador, fue poco despues modificada por otra nueva, en la que se mandó que la espresada línea de demarcacion se señalase otras 370. leguas mas adelante hácia el Poniente, comprendiéndose lo restante en la conquista ó adquisiciones de Portugal.

(116) ¿Y quién será este? El señor de la tierra inmediata al mar donde está la isla, segun la l. 1. C. *de classic.*, y allí Bart. á la l. 9. D. *de jud.*, y Ang. allí, y glos. al cap. *ubi periculum*, en la palabra *territorio*, *de elect.*, lib. 6.: y en las tierras comprendidas en la concesion de Alejandro lo será nuestro Rey de España, porque tambien esto le fue otorgado por la espresada concesion: sobre lo cual véanse las bellas razones de Bart. en d. trat. de *insula*, en la palabra *nullius*, col. ult. vers. *sed quid si superior.*

(117) Conc. l. 9. §. 4. vers. *sed si insula,* D. *de usufr.*

(118) Nótese esto bien: pues el feudatario y el usufructuario se equiparan en cuanto á adquirir el aumento de la aluvion no manifiesta; y en consecuencia se dirá lo mismo del enfiteuta: opinion que sostuvo Guid. de Suza citado por Alberic. á d. l. 9. §. 4. Sin embargo Jacob. de Raven. sostiene allí lo contrario, diciendo que al enfiteuta y al feudatario les pertenecen indistintamente todos los aumentos, ya ocultos ya manifiestos, como que tienen mas derecho que el usufructuario. Lo propio pretenden en cuanto al enfiteuta Alberic., Bart. y Salic. á la l. 1. C. *de jur. emphit.*, y allí Jas. col. 20.; mas por lo que mira al feudatario hay un caso á lo menos en que parece no adquiere el referido aumento, cap. 1. §. *si quis de manso*, *de controv. invest.* Y lo mismo opinó Bald. allí, aunque tal vez no decididamente, con respecto al enfiteuta. Mas yo creo que deberá siempre tenerse muy presente lo que se declara en esta nuestra ley, á saber, que tambien es aplicable al feudatario la distincion de la cit. l. 9. §. 4. vers. *si insula*; y por consiguiente se dirá lo propio del enfiteu-

con todo esso, no se entiende que deue auer ninguna parte en la ysla, aquel que ouiesse el usofruto en la heredad que estouiesse en la ribera, nin el que la tuuiesse en feudo; mas la parte de la ysla, e el vsofruto della, pertenece a aquel cuya es la propiedad (119) de la heredad: mas si por auentura a la heredad en que ouiesse el vsofruto algund ome, o que tuuiesse en feudo, se acreciesse alguna cosa por ayuda del rio; aquello que desde el rio contra la heredad se ayuntare a ella, en saluo finca el vsofruto en ello, al que la tiene por alguna destas razones, tambien como en la otra heredad a que se ayunto.

LEY 31. *Si el rio se muda por otro lugar, cuya deue ser la tierra por do yua.*

Mudanse (120) los rios de los lugares por do suelen correr, e fazen sus cursos por otros lugares nueuamente, e finca en seco (121) aquello por do solian correr: e porque puede acaecer contiendas, cuyo deue ser aquello que assi finca, dezimos, que deue ser de aquellos (122), a cuyas heredades se ayunta; tomando cada vno en ello tanta parte, cuanta es la frontera de la su heredad de contra el rio. E las otras heredades por do corre nueuamente, pierden el señorio dellas aquellos cuyos eran, quanto en aquello por do corren: e dende adelante comiença a ser de tal natura, como el otro lugar por do solia correr, e tornase publico assi como el rio.

LEY 32. *Como non pierde ome el Señorio de la su heredad, aunque sea cubierta de agua.*

Cubrense de agua a las vegadas las heredades de algunos omes por las auenidas de los rios, de manera que fincan cubiertas muchos

ta, ya porque este se asemeja al feudatario, y lo que se dice del feudo puede aplicarse al enfiteusis, segun arguye Bart. á la l. 110. D. *de verb. oblig.*, y allí Jason col. 6. y á la l. 1. q. 5. C. *de jur. emphit.*, ya tambien porque, teniendo, como tiene, mas derecho el enfiteuta que el usufructuario, es claro que la facultad de adquirir por la accesion que concede la ley á este último la habrá querido conceder *à fortiori* al primero: á cuyo propósito puede tenerse presente asimismo lo anotado á la l. 25. de este tit.

(119) De aqui se sigue que semejante accesion no se hará comun entre marido y muger en virtud de la ley del reino que dispone se comuniquen los bienes gananciales: bien que lo contrario podria deducirse de la l. 82. §. 2. D. *de legat.* 1. y de lo anotado por Bart. allí, y por Juan Fabr. al §. 9. Instit. *de legat.*, sobre las cosas consolidadas con la propiedad, diciendo que tambien se comunican cuando existe semejante ley. Cuando, empero, hubiese acrecido algo por aluvion al fundo del marido, tal vez no se haria comun al mismo y á la muger, ni al contrario, sino que permaneceria dicho aumento propio esclusivamente del dueño del fundo; porque lo que acrece por aluvion, mas que un aumento, viene á formar parte del mismo fundo, arg. d. §. 4. vers. *sed insula*, y allí Bald., y hace tambien al caso la l. 7. §. 1. D. *de acquir. rer. dom.*, donde se dice que la aluvion se adquiere para el mismo fundo, l. 11. §. 7. D. *de publician.*, [que es en donde (y nó en d. l. 7.) se indica la especie de adquirirse la aluvion para el fundo]. Medítese sobre entrambas especies y véase lo anotado por Oldrald. consil. 24., y l. 63. §. 9. D. *pro soc.*, y Bart. trat. *de alluvion.*, en la palabra *nostro*, princ. y en la palabra *acquiritur nobis*, princ., donde dice que lo que acrece por medio de la aluvion, se adquiere y posee con igual derecho, causa y calidad, que el fundo al cual se añadió lo adquirido: y añad. Carl. Molin. trat. *consuet. parisiens.*, fol. 41. col. 4. y siguientes, y señaladamente la l. 4. D. *de jur. dot.*, la que parece oponerse mucho á lo dicho por Juan Fabr. al cit. §. 9. Instit.; pudiendo verse ademas lo anotado á la l. 15. tit. 13. Part. 5. y á la l. 18. tit. 11. Part. 4.—* Es notable el texto de d. l. 4. *de jur. dot.*, que, á propósito de las cuestiones propuestas por el glosador en la presente nota, creemos oportuno transcribir: *Si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.*

(120) Conc. l. 7. §. 5. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 23. Instit. *de divis. rer.*

(121) Y, aunque discurra algun tanto de agua por el antiguo álveo, con tal que sea tan poca que no merezca la denominacion de rio, deberá decirse lo mismo, segun Bart. trat. *de alveo*, sobre la palabra *relicto*. ¿Y si fuera un rio de los que se ocultan por intervalos debajo la tierra y aparecen otra vez? En este caso no procederá lo que aqui se dispone, ni podrá considerarse el álveo abandonado atendida la costumbre que tiene el rio de volverlo á ocupar, á tenor del §. 15. Instit. *de divis. rer.*, y, segun Bart. en d. palabra *relicto*, donde pone el ejemp. de cierto rio de Nursia llamado *Turbido*.

(122) V. l. 27. de este tit.

dias (123); e como quier que los señores dellas pierden la tenencia (124) en quanto estan cubiertas, con todo esso en saluo les finca el señorio que en ellas auian. Ca luego (125) que sean descubiertas, e que el agua tornare a su lugar, vsaran dellas tambien como en ante fazian.

LEY 33. *Que si ome faze de uvas agenas vino, o de azeytunas olio, cuyo deue ser el señorio.*

Fazen (126) a las vegadas los omes para si mismos vino de uvas agenas, o olio de azeytunas de otri; o sacan trigo, o ceuada de miesse agena, o fazen vasos, o taças, o otras cosas de oro, o de plata agena; o fazen bacines, o picheles, o otras cosas de laton, o de alambre, o de otro metal ageno; auiendo buena fe (127), en faziendolo, cuydando que aquello de que lo fazen, que es suyo. E porque pueden acaescer contiendas entre los omes, cuyo deue ser el señorio destas cosas atales, si de aquellos cuyas eran las cosas, o de los otros que fazen dellas algunas cosas de las sobredichas; dezimos, que si aquellas cosas de que las fazen, son de tal natura, que non se pueden tornar al primero estado en que eran; assi como las uvas, que despues que sacan el vino dellas non se pueden tornar al primero estado, o las azeytunas, de que sacan el olio, o las espigas (128), de que sacan la ciuera; en qualquier destas cosas sobredichas, e en las otras cosas semejantes dellas, que se non pudiessen tornar las cosas en el primero estado en que eran, ganan el señorio aquellos que fazen dellas alguna de las cosas sobredichas a buena fe. Pero tenudos son de dar a los otros cuyas eran, la estimacion de lo que valian. Mas si las cosas fuessen de tal natura, que se pudiessen tornar al primero estado, assi como el vaso, e las otras cosas que fiziessen de oro, o plata, o de alguno de los otros metales que se pueden fundir; en tales casos como estos, en todos los otros semejantes dellos, en saluo finca el señorio en sus cosas, a cuyas eran, e non lo pierden, por fazer otri dellas alguna cosa de nueuo. Empero el que ouiesse mala fe, en faziendo alguna cosa de las sobredichas, sabiendo que aquello de que lo faze, que es ageno; este atal pierde la obra que faze, e non deue cobrar las despensas que y fizo.

LEY 34. *Si ome mezcla oro, o otro metal con lo suyo, cuyo deue ser el señorio.*

Fundiendo (129) algund ome oro, o plata, o otro metal ageno, o mezclandolo con otro suyo, sin plazer de aquel cuyo era, faziendo dello massa, o vergas, en saluo finca el señorio al otro cuyo era, en aquello que assi fundio, o ayunto con lo suyo; quier aya buena fe, o mala, aquel que lo fundio, seyendo sabidor, o non, si es ageno, o suyo. Mas si por auentura dos omes (130), o tres, o mas, se acordassen a fundir, o mezclar de so vno, oro, o plata, o otro metal que ouiessen; estonce aquello que se mezcla en vno, es comunal a todos, e finca en saluo a cada vno dellos el señorio, en aquello que ayunto con lo de los otros, fasta en aquella quantia, o peso, que fue aquello que y mezclo, o ayunto. Esso mismo dezimos que seria en todas las otras cosas, que se mezclassen de so vno, que se pue-

(123) ¿Y si un terreno de dominio particular permaneciese ocupado por el rio durante diez años entre presentes ó veinte entre ausentes? Entonces, segun Bart. en d. trat. vers. *quod si*, al fin, deberá decirse que, al retirarse el rio no volverá á ser de su primitivo dueño el terreno que por tanto tiempo hubiere ocupado; pues habrá quedado prescrito por derecho de gentes; y por esto se dice con prevision en el texto de esta ley, *muchos dias*.

(124) Pues la inundacion de un rio hace perder la posesion, l. 3. §. 17. D. *de acquir. posses.*

(125) Añad. l. 23. D. *quib. mod. usufr. amit.*

(126) Conc. l. 7. §. 7. D. *de acquir. rer. dom.*, §. 25. Instit. *de divis. rer.*, y l. 5. §. 1. D. *de rei vind.*

(127) Lo contrario seria, si hubiese mala fe, l. 12. §. 3. D. *ad exhib.*, y véase el final de esta ley.

(128) Por lo que hace á las espigas estaba declarado lo contrario por d. §. 7. vers. *videntur*; [en donde se enumeraba el trigo entre las especies que pueden reducirse á la primitiva forma, *cum enim grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas*, se decia, *non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit*]: pero ya esto quedó corregido, segun Azon, por el cit. §. 25. [en el cual se equiparó el trigo al aceite y al vino, y se dijo que aquel no podia convertirse otra vez en espigas como tampoco estos en uvas ó aceitunas], cuya última especie fue la que quedó aprobada por esta ley.

(129) V. Azon en la suma Instit. d. tit. col. 5. vers. *et per ferruminationem*, y l. 27. D. *de acquir. rer. dom.*

(130) Conc. l. 7. §. 8. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 27. Instit. *de divis. rer.*

den contar, o pesar, o medir, o que los omes se acordassen con su plazer a mezclarlas, o ayuntar lo de los vnos con lo de los otros. Esto mismo dezimos aun, que seria, si las cosas se mezclassen de so vno sin plazer de sus señores, mas por ocasion (131), si fuessen de tal natura, que se non pudiessen apartar las unas de las otras; assi como si mezclassen del olio, o del trigo de vn ome con lo del otro, o otra cosa qualquier semejante destas, que fuessen amas de vna natura, o de dos, que se non pudiessen departir la vna de la otra sin grand trabajo (132). Mas si las cosas (133) que se mezclasen por ocasion, fuessen de natura, que se pudiessen apartar la vna de la otra; assi como si se mezclasse el oro de vn ome con la plata, o con el estaño, o el plomo de otro; tales cosas como estas, que se pueden apartar las vnas de las otras por fuego, fundiendolas, o otras semejantes dellas, por tal ayuntamiento como este non son comunales; ante dezimos, que finca en saluo el señorio a cada vn ome en lo suyo que se assi ayunta, o mezcla con lo de los otros.

LEY 35. *Quando ome ayunta pie de vaso ageno con lo suyo, o otra cosa semejante, como se gana, o se pierde el señorio.*

Ayuntando (134) algund ome pie de vaso ageno al suyo, o braço, o otro miembro de ymagen agena a la suya, quier fuesse de oro, o de plata, si la soldadura fuere fecha con plomo, (*n*) quier aya buena fe, quier mala en ayuntandolo á lo suyo, non gana porende el señorio (135), ante lo deue dar a aquel cuyo era. Mas si la soldadura fuesse fecha de aquel metal mismo, que eran amos los vasos que ayunto en vno, e ouo buena fe, en ayuntandolo, cuydando que era suyo, estonce gana el señorio de aquello, que ayunto á lo suyo; empero tenudo es de dar la estimacion al otro, de lo que valiere. Mas si acaesciesse, que algund ome ayuntasse a vaso ageno el pie del suyo, si ouo mala fe en ayuntandolo, sabiendo que el vaso era ageno, pierde el señorio que auia en el pie de su vaso; quier sea la soldadura fecha con plomo, quier con el metal mesmo, de que es aquello que ayunto en vno. E esto es, porque, pues que el sabia que el vaso era de otri, e le ayuntaua el pie del suyo, asmar deuemos, que lo queria dar al otro. Mas si ouiesse buena fe en ayuntandolo, cuydando que era suyo tambien el vaso como el pie, estonce non gana el otro el señorio en aquello que fue ayuntado a lo suyo; ante dezimos, que si quisiere que el pie finque en el vaso, que deue dar la estimacion de lo que valiere, al otro cuyo es, e que lo ayunto al su vaso. E si por auentura non quisiere retener el pie, deuelo dar a su señor, e estonce non sera tenudo de darle la estimacion.

LEY 36. *Quando vn ome escriue libro en pargamino ageno, cuyo deue ser el libro.*

Escriuiendo (136) algund ome en pargamino ageno algund libro de versos (137), o de otra cosa qualquier, este libro atal deue ser de aquel cuyo era el pargamino (138) en que lo

(*n*) quier haya buena fe quier mala en ayuntandolo, sabiendo que es suyo o ageno aquello que ayunta a lo suyo, non gana etc. Acad.

(131) ¿Y si se hubiese hecho con mala fe? Diríase entonces que no pierde el dominio aquel cuyas cosas se transforman en una nueva especie, segun la glos. al §. 25. vers. *quid si partim*, Instit. *de divis. rer.*, glos. ult., por mas que Juan Fabr. sostenga allí lo contrario.

(132) Añad. ll. 62. §. 1. D. *de usufr.*, y 13. D. *de reb. cred.*

(133) Conc. ll. 5. §. 1. vers. *sed si plumbum*, D. *de rei vind.*, y 12. §. ult. D. *de acquir. rer. dom.*

(134) Tuvo esta ley orígen de la l. 12. §. ult. y ll. 24. y 27. D. *de acquir. rer. dom.* Conc. l. 23. §. 5. D. *de rei vind.*, y allí la glos., y v. Azon en la suma Instit. col. 5.; bien que nuestra ley habla mas claramente; y asi debe tenerse presente, y añad. l. 27. §. ult. D. *de acquir. rer. dom.*, y allí la glos.

(135) Asi, pues, lo mas vil no cede á lo mas precioso. — * V. adic. á la nota 138.

(136) Conc. l. 9. §. 1. D. *de acquir. rer. dom.*, y el §. 33. Instit. *de divis. rer.*

(137) Nótese bien esta palabra *libro*, y asi será necesario que sea un libro verdadero el en que se haya escrito para que proceda lo que se dispone en esta ley, y en d. l. 9. §. 1., siendo, empero, indiferente que el libro esté formado de pergaminos: lo que debe notarse, por lo que espresa Juan Fabr. al §. 34. Instit. *de divis. rer.*, al fin.

(138) Sea ó nó mas preciosa la escritura, segun la glos. á d. §. 33. Instit. *de divis. rer.*, cuya opinion se aprueba en esta ley. — * Y con notable inconsecuencia, segun fundadamente observan nuestros mas célebres jurisconsultos; pues, habiéndose adaptado por las leyes romanas el razonado principio de que, de dos cosas unidas, siempre la mas preciosa se con-

escriuiere. Pero si aquel que lo escriuio, ouo buena fe en escriuiendolo, cuydando que era suyo el pargamino, o que auia derecho de lo fazer; si el libro quisiere auer aquel cuyo es el pargamino, deue pagar (139) al otro, por la escritura que y escriuio, aquello que entendieren omes sabidores, que meresce porende. Mas si ouiesse mala fe en escriuiendolo, sabiendo que el pargamino era ageno, estonce pierde (140) el la escritura, e es tenudo de dar el libro a aquel cuyo era el pargamino; fueras ende, si lo ouiesse escrito por precio conoscido; ca estonce tanto le deue dar por el, quanto le prometio.

LEY 37. *Si ome pinta en tabla agena alguna cosa, cuyo deue ser el señorio.*

Pintando (141) algund ome en tabla, o en viga (142) agena, alguna ymagen, o otra cosa qualquier; si ouo buena fe, en pintandola, cuydando que aquello en que lo pintaua era suyo, e que lo podria fazer con derecho; estonce el pintor gana el señorio de la tabla, o de la cosa en que lo pinto y, e es suya, tambien como aquello que pinta y. Pero tenudo es, de dar a aquel cuya era la tabla, tanto quanto valia, por ella. Mas si ouo mala fe en pintandolo, sabiendo que era agena aquella cosa en que lo pintaua para si; estonce pierde la pintura, e deue ser de aquel cuya era la cosa en que la pinto. Ca semeja, que pues que el sabia que la tabla era agena, que queria dar a aquel cuya era, aquello que pintaua y. Esso mismo dezimos que seria, si alguno debuxasse, o entallasse para si en piedra, o en madero ageno (143). Ca si lo fiziesse por mandato de aquel cuya era la madera, el señorio de lo que assi fuesse pintado, o entallado, seria de aquel que lo mandara fazer. Pero deuele dar su precio, por el trabajo que lleuo en pintarlo, o entallarlo.

LEY 38. *Si algund ome labra algun edificio de piedra, o de madera agena, cuyo deue ser el señorio.*

Metiendo (144) algund ome en su casa, o en alguna otra obra que fiziesse, cantos, o ladrillos, o pilares, o madera, o otra cosa semejante, que fuesse agena; despues que alguna destas cosas fuere asentada, e metida en lauor, non la puede demandar aquel cuya es; e gana el señorio della aquel cuya es la obra, quier aya buena fe, quier mala (145) en metiendola y. E esto touieron por bien los Sabios antiguos que fuesse guardado, por apostura (146), e por nobleza de las Cibdades, e de las Villas;

sidérase como principal, y habiéndose hecho aplicacion de este principio á la pintura hecha en tabla ó lienzo ageno que, segun la l. 9. §. 2. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 34. Instit. *de rer. divis.*, se adquiere para el pintor, y nó para el dueño del lienzo ó tabla, por igual motivo debió concederse al autor de un escrito el dominio ó propiedad de la obra de su ingenio y nó al dueño del papel ó pergamino que representa el accesorio, y sin embargo se estableció lo contrario en d. l. 9. §. 1. y §. 33. Instit. d. tit. En la presente ley de Partida y en la prox. sig. se prohijó esa inconsecuencia de los romanos, y en las varias leyes recientemente publicadas sobre propiedad literaria tampoco se ha cuidado de corregirla: de suerte que aun hoy dia, dado caso que con buena fe se imprimiese por cuenta de un autor una obra de ingenio en papel que aquel creyese propio y fuese ageno, podria el dueño del papel revindicar legalmente la propiedad de dicha obra, ó á lo menos de la edicion que en su papel se hubiese tirado.

(139) Y si el autor de la escritura hubiese perdido la posesion, ¿tendria derecho para reclamar el precio ó valor de su obra? V. glos. á la cit. l. 9. §. 1. y Alberic. allí.

(140) Asi lo sostiene la glos. á d. l. 9. §. 1.

(141) Conc. l. 9. §. 2. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 34. Instit. *de divis. rer.*

(142) Esto es, en una parte de la viga.

(143) Deséchase con esto la opinion de la glos. sobre la palabra *tabulam*, en d. §. 34., en la que, bien que no decididamente, se pretendia no deber observarse lo dispuesto en esta ley en el caso de haberse grabado algo en mármol ageno, y lo mismo sostenia á d. §. 2. añadiendo allí mismo que parecia probar lo contrario el §. penult. Instit. *de testam.*

(144) Conc. l. 7. §. 10. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 29. Instit. *de divis. rer.*

(145) Nótese bien, pues lo contrario decidia la glos. á d. §. 29. Instit. *de divis. rer.* ¿Y si un clérigo edifica en terreno propio con materiales ó dinero de la Iglesia? ¿Pertenecerá entonces á esta el edificio, ó al clérigo dueño del solar? Véas. una glos. notab. al cap. *apostolicos*, 12. cuest. 2., que espresa ceder en este caso el solar al edificio, cuya glos. califica de singular Jas. á la l. 1. §. 2. D. *de nov. oper. nuntiat.*, y v. Juan Andr. en las adiciones al Specul. tit. *de empt. et vend.*, §. *tertio loco* en la parte *apostolicos*, col. 4. y Roch. trat. *de jur. patr.*, chart. 22. col. 4.

(146) Añad. lo que dije á la l. 16. tit. 2. de esta Part. y l. 16. tit. 14. Part. 7.

que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razon como esta. Pero tenudo es, de dar el precio doblado de lo que valiere la cosa, a aquel cuya era.

LEY 39. *Cuyos deuen ser los frutos que salieren del heredamiento, de que fuere vencido alguno por Juyzio.*

A buena fe (147) compran los omes, o ganan (148) casa, o heredamiento (149) ageno, cuydando que es suyo de aquellos que lo enagenan, o que han derecho de lo fazer: e acaesce que viene despues el verdadero señor della, e demandagela, e vencelo en juyzio. E en tal caso como este dezimos, que el señorio de los frutos (ñ) que ouiesse recebido (150), e despendido (151) del heredamiento este vencido, que deuen ser suyos por la obra (152), e por el trabajo que lleuo en ellos, fasta que el pleyto fue començado (153) por demanda, e por respuesta; e non es tenudo de los dar al vencedor, maguer lo entregue de la heredad. Mas los que non ouiesse despendido, tenudo seria de los tornar al señor de la heredad; sacando primeramente las despensas que ouiesse fecho sobrellos. Otrosi dezimos, que si los frutos que ouiesse recebidos, fuessen de tal natura (154), que non viniessen por lauor de omes, mas por si se los diesse la heredad; assi como peras, o mançanas, o ce-

(ñ) que hobiese rescebido despues que el heredamiento está vendido, que debe ser suyo. Tol. 1.

(147) Trae su orígen esta hermosa ley de lo anotado por Azon en la suma C. *de rei vind.*, §. *fructus quoque*, col. 3., donde pueden verse las leyes que alega y v. glos. notab. al §. 1. Instit. *de offic. jud.* Añádase acerca de lo dispuesto aquí, que, si alguno posee por espacio de diez ó mas años, como, por la posesion de ese largo tiempo, se presume que tiene buena fe, no queda obligado á la restitucion de los frutos, á no ser que constase su mala fe: v. Bald. á la l. 22. C. *de rei vind.*, y l. 35. D. d. tit. y allí Bald., y lo anotado por Fran. Balbo trat. *præscription.*, chart. 40. col. 2. y 3. Añádase tambien que en materias beneficiales tendrá lugar lo mismo que se acaba de decir, esto es, que el posesor de buena fe hará suyos los frutos pertenecientes á un beneficio: v. Abb. cap. *de multa*, col. 5. *de præbend.*, y al cap. *ex frequentibus*, *de instit.* Añádase tambien que para adquirir y hacer suyos los frutos basta que el poseedor haya tenido buena fe al empezar á poseer, por mas que despues haya cesado aquella, l. 25. §. ult. D. *de usur.*; sin embargo que, segun Bart. á la l. 1. C. *de rei vindic.*, fundándose en la l. 73. D. *de acquir. rer. dom.*; queda obligado á restituir los percibidos desde el dia en que sobrevino la mala fe, v. glos. en la cit. l. 25. §. ult. la cual espresa que los existentes deberá mandar el juez de oficio que se restituyan: bien que solo tendrá facultad de mandarlo dentro el término de tres años, segun la glos. singular á la l. 4. §. 5. D. *de usucap.* ¿Qué dirémos, empero, del feto de los animales? Serán tambien del poseedor de buena fe, á no ser que hubiese este adquirido la hembra de un ladron que se la hubiese vendido estando ya preñada y despues de haber concebido hallándose en poder del mismo, v. Bald. á la l. 12. col. 3. C. *de furt.*, donde puede verse tambien si el feto pertenece á la clase de frutos naturales ó industriales.

(148) Pues el poseedor de buena fe, aun sin tener título, hace suyos los frutos, á tenor de la l. 13. D. *quib. mod. usufr. amit.*, y l. 4. §. 2. D. *fin. reg.*

(149) ¿Y si se compra el usufruto de algun fundo? V. Alex. á la l. 3. §. 5. col. 10. D. *de acquir. posses.*

(150) Asi, pues, no se dispone lo mismo respecto de los frutos pendientes, que de los percibidos; V. Alex. consil. 39. vol. 2.

(151) V. Socin. consil. 251. col. pen. y ult. vol. 2. Empero, ¿se les condenará á la restitucion de dichos frutos, en cuanto con ellos se han hecho mas ricos? V. Bart. y Ang. quienes estan por la afirmativa á la l. 35. princ. D. *de rei vind.*, y Alex. consil. 90. col. ult. vol. 2, y consil. 21. vol. 4. y véase lo anotado á la l. 4. tit. 14. Part. 6., con la cual está ciertamente en contradiccion la presente, en cuanto establece esta que adquiere el poseedor sin distincion todos los frutos industriales, como dije á la cit. l. 4.

(152) Conc. §. 35. Instit. *de divis. rer.*

(153) Pues desde entonces debe restituirlos todos, l. 22. C. *de rei vindic.*, la que puede verse; y entiéndase esto segun lo esplica Bart. á la l. 2. C. *de fruct. et lit. expens.*

(154) Añad. l. 45. D. *de usur.*, esceptuándose el caso de que los hubiese adquirido por la prescripcion de los tres años, glos. á la l. 4. §. 5. D. *de usucap.*, y v. allí Bart. y los DD. Y nótese esta ley de Part. en cuanto habla de los frutos naturales percibidos por el poseedor que tiene título: pues lo contrario decia Juan Andr. en las adiciones al Specul. tit. *de fruct. et interess.*, adicion sobre la palabra *fructus*, cuya opinion sostienen mas comunmente los modernos, como espresa Felin. al cap. *de quarta*, num. 30. *de præscript.*, mas los antiguos estan por lo que se dispone en esta ley sobre frutos naturales, segun la glos. á la cit. l. 35. D. *de rei vind.*, y al §.

rezas, o nuezes, o los frutos semejantes destos, que han los arboles por si naturalmente, e sin lauor de ome; que estos atales tenudo es de los tornar con la heredad, maguer los aya despendido (155) a buena fe: e si por auentura ouiesse mala fe, en comprando la cosa, o en auiendola en otra manera, sabiendo que non era suya de aquel que gela enageno; estonce, maguer ouiesse despendido los frutos que ouiesse recebidos de la heredad, tenudo seria de pechar el precio dellos, sacando todavia las despensas (156) que ouiesse fecho en razon dellos.

LEY 40. *Como el que tiene la cosa a mala fe, e le es vencida por Juyzio, deue tornar todos los frutos.*

A mala fe ganan los omes heredades, e otras cosas, en dos maneras. La primera es, (*o*) quando furtan la cosa, o la roban, o la entran sin derecho. E estos atales, si fuessen vencidos en juizio, son tenudos de tornar la heredad con los frutos que ende lleuaron, e aun con los que pudiera ende lleuar (157) el señor de la heredad (158). La segunda manera es, quando las ganan por razon de compra, o de donadio, o por otra razon derecha; pero sabiendo que aquellos de quien las han, que non han derecho de las enagenar. E estos atales son tenudos (159) de tornar la heredad con los frutos que della lleuaron, si los vencieren por ella en juyzio; mas non son tenudos de tornar lo que ende pudiera auer lleuado el señor de la heredad, si la ouiesse tenido; fueras ende en quatro casos (160). El primero es, quando la heredad vende algund ome, para fazer engaño a aquellos a quien deue algo, sabiendo el engaño el comprador. El segundo es, quando la heredad fuesse enagenada por fuerça, o por miedo. El tercero es, quando alguno comprasse encubiertamente alguna cosa,

(*o*) quando fuerzan la cosa, o la roban, o la furtan Acad.

35. Instit. *de divis. rer.*, Azon en la suma col. 3., y Abb. cap. *gravis*, col. 3. *de restit. spol.*

(155) Entiéndase de los frutos naturales consumidos, en cuanto con ellos se haya hecho el poseedor mas rico: v. Specul. tit. *de fruct. et inter.*, hácia el princ. y Abb. cap. *gravis*, col. 2. *de restit. spol.*, donde dice sostenerse asi comunmente por las glos. arriba citadas.

(156) Pues no puede ocurrir caso alguno en que se impida la deduccion de esta clase de gastos, l. 51. prin. D. *famil. ercisc.*

(157) Conc. l. 62. §. ult. y l. 33. D. *de rei vind.*, y §. 2. vers. *illorum*, Instit. *de offic. jud.*; siendo muy de notar lo que se declara en esta ley acerca de los frutos podidos percibir por el dueño ó demandante, á tenor de lo espresado por la glos. á la l. 2. C. *de fruct. et lit. expens.* Con todo Bald. allí, siguiendo á otros DD., sostiene que, si los frutos que se reclaman como podidos percibir fueren tales tambien respecto del poseedor ó demandado, estará este obligado á restituirlos por fingirse en tal caso que en realidad los percibió. Sobre esto, empero, considero hoy mas admisible la opinion de Bart. á la l. 5. C. *de rei vind.*, que es tambien la mas comun, segun Alex. á la l. 39. D. *de legat.* 1. debiendo siempre esceptuarse el caso de la l. 2. C. *de pign. act.*, con lo anotado por Bald. allí; y entiéndase que procede lo dispuesto en esta ley cuando se trata de un verdadero poseedor de mala fe; pues el que lo fuese solo por la ficcion de derecho, como el que se presume serlo en virtud de la contestacion del pleito, estaria tan solo obligado á restituir los frutos que el mismo en realidad hubiese podido percibir, l. 2. C. *de fruct. et lit. expens.*, segun Bart. allí: añad. l. 8. tit. 3. Part. 5. y lo anotado allí.

(158) Y en órden á los casos en que no haya mala fe, V. l. 21. D. *de hæred. vel act. vend.*, y lo anotado á la l. prox. ant. Y, si los frutos percibidos hubiesen sido mas abundantes por razon de la inteligencia y de los gastos del poseedor de mala fe, ¿estará tambien obligado á restituirlos? V. glos. á la l. 31. D. *de rei vind.*, y allí latamente Bald., Ang. á la l. 1. §. *per hanc*, D. *quæ in fraud. credit.*, y añad. Lancelot. Decio á la l. 39. §. 1. al fin D. *de legat.* 1., donde espresa que, aun en los casos en que está el poseedor de mala fe obligado á la restitucion de los frutos podidos percibir, no se entiende que haya de restituir los resultantes de las mejoras que el mismo hubiere hecho en la cosa, como se verifica en el caso de la cit. l. 31. y v. Angel. allí.

(159) Añad. l. 17. C. *de rei vind.*, y Bart. á las ll. 7. y 17. col. ult. D. *solut. matr.*, quien pretende ser esta de derecho la opinion comun; y tambien se la aprueba en esta ley, contra la de Pedro, Cyn. y Salic. á la l. 5. C. *de rei vind.*, 6. oppon., y á la l. 17. d. tit., quienes sostenian que el poseedor de mala fe es indistintamente responsable de todos los frutos podidos percibir.

(160) Véanse estos casos en la glos. á d. l. 17. C. *de rei vind.*, y en el §. 25. Instit. *de divis. rer.*, y allí la glos., pudiendo aun añadirse otro respecto del poseedor que de propósito dejase que se perdieran los frutos ya sazonados: con otro caso tambien prevenido en la l. 27. §. 1. D. *de minor.*, y V. Bart. allí.

de aquellas que mandasse vender el Oficial de nuestra Corte, contra la costumbre que deue ser guardada en venderlas. El quarto es, quando ganasse la heredad contra las leyes deste libro. Ca qualquier que ganasse la heredad en alguna destas cuatro maneras, tenudo es de tornar la heredad con todos los frutos que ende lleuo, e avn con los que ende pudiera lleuar el señor de la heredad.

LEY 41. *Como deue ome cobrar las despensas que faze en las cosas que compro a buena fe, si le son vencidas en juyzio.*

Heredades agenas (161) compran, o ganan los omes a buena fe, e despues que las han compradas, fazen y de nueuo alguna cosa, assi como torre (162), o casa, o otro edificio; o si es heredad, plantan y a las vegadas arboles, o ponen majuelos, o fazen y otras cosas semejantes destas nueuamente (163), como en lo suyo. E vienen despues desso los verdaderos señores, e vencenlos en juyzio, de aquello que assi han ganado. E porque puede acaescer contienda entre los omes, si las despensas que assi fuessen fechas, deuen cobrar, o non, los que las fizieron; dezimos, que ante que sea entregado (164) de (*p*) la casa, e de la heredad, el que la venciere assi como sobredicho es, que sea tenudo de tornar al otro, todas las despensas que ouiere fecho de nueuo en ella: ca pues que ouo buena fe en ganar la cosa, e labro en ella assi como en lo suyo, derecho es, que cobre aquello que y despendio en esta manera. Empero, si algunos frutos, o rentas, o esquilmos ouo de la heredad; pues que quiere cobrar las despensas assi como sobredicho es, derecho es, que descuente en ellas (165), aque-

(*p*) la cosa Acad.

(161) Añad. l. 38. D. *de rei vind.*, de donde trae su orígen la presente; y v. Bart. allí para la inteligencia de la misma, y señaladamente á Abb. al cap. 1. *de integr. restit.*, donde se trata del caso en que importen mas los gastos que las mejoras, y de otras cosas relativas á esta ley. Y, si, al ser convenido el poseedor, no escepcionó oportunamente por razon de estas mejoras, ¿podrá oponerlas despues contra la ejecucion de la sentencia? V. Specul. tit. *de execut. sent.*, §. ult. col. ult. y Juan Andr. allí en sus adiciones sobre la parte *apponere :* y añad. acerca de esta ley al mismo Specul. tit. *de expens.*, §. 1. donde habla estensamente, y se ocupa tambien de lo relativo á los gastos que se hubiesen hecho en reparaciones y añad. Specul. tit. *de empt. et vend.*, §. *nunc videndum*, al fin, y V. por último á Alex. consil. 67. col. ult. vol. 2. acerca de si los espresados gastos y mejoras podrá el poseedor pedirlos por razon de la eviccion al que le vendió la cosa, cuando él no haya escepcionado oportunamente con los mismos la demanda en méritos de la cual le ha sido quitada ó eviccionada dicha cosa.

(162) ¿Qué dirémos de los gastos voluntarios? V. l. 43. de este tit.

(163) Háblase, pues, en esta ley de las mejoras que se hubieren hecho de nuevo, como en la l. 38. D. *de rei vind.*, y en cuanto á las otras v. l. 43. de este tit.

(164) Añádase igualmente lo anotado por Bald. á la autent. *excipitur*, al fin C. *de bon. quæ liber.*, y añad. l. 7. §. 12. D. *de acquir. rer. dom.*, y Abb. cap. 1. *de in integr. rest.* Y esta retencion de la cosa revindicada por razon de los gastos ó mejoras que el poseedor hubiere hecho en la misma, tendrá lugar tambien respecto de los poseedores de beneficios, Abb. cap. *de multa*, *de præbend.*, col. 4. De lo que se infiere que asimismo podrá retener los bienes del mayorazgo el heredero de su último obtentor mientras no se le abone lo que este hubiere gastado para utilidad perpetua del propio mayorazgo, segun la glos. y lo anotado por Bart. á la l. 3. §. 1. D. *de impens. in res dotal. fact.*, y añad. la glos. á la l. 10. C. *unde vi*, en la parte *allegatio :* á menos que el poseedor de un mayorazgo hubiese hecho gastos para la defensa de los castillos, y dichos gastos fuesen considerables, como podria suceder en tiempo de guerra; pues semejantes gastos no deberian abonarse á su heredero, glos. á la l. 61. D. *de legat.* 1., Paul. á la l. 58. d. tit., y hace muy al caso lo anotado por Bald. á la l. 39. D. *famil. ercisc.*, y al §. *si quis de manso*, *de controv. invest.*, col. 5., esto es, que cuando alguno ejecuta una cosa por consideracion á sí mismo, no le compete la accion *negotiorum gestorum* contra otro; en corroboracion de lo cual alega las ll. 15. §. 34. D. *de damn. infect.*, y 30. D. *de negot. gest.* Y, si el poseedor hubiese tenido que hacer muchos dispendios para defender judicialmente el mayorazgo que otro le reclamaba ó para obtenerlo él mismo, ¿podrá reclamar que se los abone el sucesor? Deberá decirse en tal caso lo propio que en el de haberse gastado en la defensa material por las mismas razones ya espuestas y á tenor de lo anotado por la glos. á la l. 1. en la palabra *non sunt*, D. *de impens. in res dot. fact.*, y allí Bart., y v. Bald. á la l. 2. C. *de act. et oblig.*, l. 1. col. ult. vers. *secunda quæstio est*, C. *de bon. mat.*, y l. 3. C. *de fals. caus. adject. leg.*

(165) V. Bart. á la l. 38. D. *de rei vind.*, y

llo que gano, o esquilmo de la heredad. Mas si por auentura el señor de la heredad, que la venciesse en juyzio, fuesse tan pobre (166), que non pudiesse pagar al otro las despensas que y ouiesse fecho nueuamente, maguer quisiesse vender todo quanto auia; dezimos, que estonce non seria tenudo de las pagar. Mas el otro que las auia de cobrar, puede sacar de la casa, o de la otra heredad, aquello que y metio, o labro, e lleuarlo ende, e fazer dello su pro. Empero tenemos por bien, e mandamos, que si el señor de la heredad le quisiere dar tanto (167) por aquello que ende ouiesse a tirar, quanto el podria auer dello, (q) pues que lo ouiesse ende lleuado; que sea tenudo de gelo dar por ello, e que lo non lleue ende. Esso mismo dezimos que seria, si aquel que fizo la labor de nueuo en la casa, o en la heredad agena, ouo buena fe quando la gano, e ante que començasse (168) a labrar, ouo mala fe, sabiendo que aquel de quien la gano, non auia derecho de la enagenar. Ca si despues desso lo venciere el verdadero señor por ella en juyzio, non deue cobrar las despensas que y fizo, mas puede lleuar ende aquello que y metio, o labro, assi como sobredicho es.

(q) despues que lo hobiese ende levado que lo haya él ante que otro. Eso mesmo decimos etc. B. R. 2.

LEY 42. *Como non puede ome cobrar las despensas que faze en las cosas que tiene a mala fe.*

Qual ome (169) quier que labrasse edificio, o sembrasse en heredad agena, auiendo mala fe, e sabiendo que non auia derecho de lo fazer;

su adicionador allí; pareciendo que debe esto entenderse de los gastos voluntarios; mas nó de los necesarios ó útiles; como lo dan á entender la glos. y Bart. á d. l. 38.: antes estas últimas se abonarian en su totalidad, á mas de los frutos, al poseedor de buena fe; y lo mismo se deduce de la glos. á la l. 48. D. *de rei vind.*, pudiendo verse ademas la distincion de Bart. en la cit. l. 38. col. 3. Mas en nuestra ley aqui parece disponerse espresamente lo contrario por cuanto se califican en ella de gastos útiles los que se hayan invertido en levantar nuevos edificios ó hacer nuevos plantíos, y sin embargo se declára que haya de compensarse su importe con los frutos percibidos; y lo mismo parece establecerse en términos esplícitos por la l. 42. §. 1. D. *solut. matrim.*, y d. l. 48., donde se dispone tambien que los gastos necesarios y útiles se compensen con los frutos. Asi se infiere tambien de la l. 65. D. *de rei vind.*, y esto parece lo mas acertado, ni es probable que opinasen de otra manera la glos. y Bart. á d. l. 38. Añad. Bald. á la l. 16. C. *de evict.*, y lo anotado por Paul. de Castr. á la l. 58. D. *de legat.* 1., citando la glos. singular á la l. 65. D. *de rei vind.*, al final de la glos. magna. Lo que acaba de decirse, no obstante, puede limitarse con una escepcion; pues no deberia obligarse al poseedor dimitente ó á su heredero á que compensase el importe de los gastos y mejoras hechas con el de los frutos percibidos, siempre que esos frutos correspondiesen ya de derecho al mismo poseedor y no pudiese pedirle su restitucion el que reclama la cosa; y asi solo tendrá lugar la mencionada compensacion respecto de aquellos frutos que el poseedor de todos modos estuviese obligado á restituir y no hubiese hecho suyos legalmente á pesar de la percepcion, segun la cuestion de la glos., la que puede aplicarse al poseedor de un mayorazgo que hace gastos para utilidad perpetua del mismo, en cuyo caso no tendrá su heredero que compensarlos con los frutos que hubiere aquel percibido, pues ya le pertenecian de todos modos mientras vivió por el derecho del mayorazgo, á tenor de dicha glos. singular, que por tal recomienda Bald. á la l. 42. D. *solut. matrim.*; entendiéndose, empero, todo conforme lo declaran Paul. á d. l. 5. C. *de rei vind.*, y Bart. á la cit. l. 3. §. 1. D. *de impens. in res dot. fact.*, ¿Podrá recobrar el heredero de un clérigo lo gastado por este en el beneficio? Asi lo pretende Abb. al cap. *de multa*, *de præbend.*, col 4. Y en órden á si la espresada compensacion de los gastos y mejoras con los frutos, deberá entenderse simplemente con los percibidos de la cosa mejorada, ó tambien con los que lo hayan sido por ocasion de dichas mejoras. V. Cárlos Molineo en el trat. *consuet. Parisiens.*, fol. 39. col. 4. y siguientes: bien que en esta parte es bastante esplícito el texto de la presente ley, y claramente se establece en ella que tambien hayan de compensarse los frutos resultantes de las mejoras.

(166) Añad. l. 38. D. *de rei vind.*, y la glos. allí.

(167) Añad. lo anotado por Bald. á la autent. *excipitur*, C. *de bon. quæ liber.*

(169) Conc. l. 7. §. 12. y l. 9. D. *de acquir. rer. dom.*, y §§. 30. y 32. Instit. *de divis. rer.*, y véase la distincion de la glos. á d. §. 30. vers. *certè illud*, aprobándose por esta nuestra ley la opinion de Juan allí, contra la de Marti., sostenida por Cárlos en el trat. *consuet. Parisiens.*, fol. 40. col. 2. y 3.: si los gastos, empero, fuesen necesarios, por ej., invertidos para reparar una casa etc., y tales

si despues desso fuesse vencido en juyzio del verdadero señor de la heredad, pierde todo quanto y labro, o sembro; e deue ser de aquel en cuyo suelo (170), o heredad lo fizo: e non puede, nin deue cobrar las despensas que y ouiesse fechas, en razon de aquello que y labro de nuevo. Mas las despensas que fiziesse por razon de los frutos en quanto ouiesse la heredad, bien las pueden descontar, quanto ouiesse a tornar al señor de la heredad los frutos, o la estimacion dellos (171).

LEY 43. *Si ome planta arboles, o viñas en heredad agena, auiendo mala fe, que pena deue auer.*

Plantando algun ome (172) arboles, o poniendo majuelos en la heredad agena a sabiendas, auiendo mala fe (173) en faciendolo, luego que aquellos arboles, o la viña es raygada, o se nodresce, o se cria en la heredad, pierde el señorio de aquello que y planto. Esso mismo dezimos que seria, si alguno plantasse arboles agenos en su heredad, o pusiesse y majuelos de sarmientos agenos; que luego que son raygados gana el señorio dellos, quier aya buena fe, quier mala, en plantandolos, el que los planto. Empero tenudo es, de dar a aquel cuyos eran, la estimacion de lo que valieren. Otrosi dezimos, que si algun ome plantasse algun arbol en su heredad, e despues que lo ouiesse y plantado, se estendiessen las rayzes por heredad agena de otro alguno, cerca dessa en que fue plantado, de manera que las principales rayzes de que se nodreciesse, estan todas en ella; este gana el señorio del arbol, maguer esten las ramas del arbol sobre la heredad de aquel que lo planto. Empero, si parte de las rayzes principales (174) del arbol estuuiessen en la heredad de aquel que lo planto, e la otra parte en la del otro que estuuiesse acerca della; estonce deue el arbol ser comunal de ambos a dos.

LEY 44. *Quales despensas deue ome cobrar, de las que faze en casa, o en heredad agena, e quales non.*

Despensas fazen los omes en las casas, e en las heredades agenas que tienen, non faziendo y de nueuo alguna cosa, mas refaziendo, o endereçando los edifizios en los lugares do es menester, o faziendo y algunas otras cosas, que son prouechosas a la casa, o a la heredad. E en tal caso como este dezimos, que aquel que las despensas fiziere, que sean menester de fazerlas, que las deue, e las puede cobrar, de mientra que fuere tenedor de la casa, o de la heredad en que las fizo, quier aya buena

que tambien hubiera debido costearlos el dueño indispensablemente, parece que deberian entonces abonarse aun al poseedor de mala fe, y que en ese caso procederia la opinion de Martin. segun Juan Fabr. á d. §. 30. y v. Specul. tit. *de expens.*, §. 1. vers. *viso,* donde trata igualmente de los gastos útiles. Esta ley, pues, tendrá lugar tratándose de los voluntarios, y en cuanto á los necesarios y útiles habrá de estarse á lo que dicen Specul., la glos. y Ang. á d. §. 30., y Bald. á la cit. l. 38. D. *de rei vind.*, al cual véase, y mas abajo la l. 43. de este tit. Si el poseedor de mala fe hubiese hecho gastos para la recoleccion de los frutos, podrá deducirlos por medio de la retencion, mas si no usa de este derecho, no podrá pedir el abono de los mismos, segun esta ley: en la cual se decide tambien la cuestion que propone Bald. á la l. 11. C. *de rei vind.*, al fin; y lo mismo procederá respecto de los otros gastos hechos por el poseedor de mala fe que le serán abonados si usa de la retencion, v. l. sig.; mas nó si deja de verificarlo, como se espresa aqui y en la l. 33. D. *de cond. indeb.*, y añádase á lo dicho la l. pen. tit. ult. Part. 5.

(170) Tenemos aqui que el dueño del solar adquiere el edificio; y añádase que ni aun puede pactarse lo contrario, l. 44. §. 1. vers. *planè*, D. *de act. et oblig.*, y v. Bart. á la l. 1. §. 1. D. *de superfic.*, y Paul. de Castr. á la l. 4. D. *de servit.*; debiendo añadirse que tambien será del dueño del solar el edificio de pared construido á flor de tierra sin cimientos, segun la l. 17. D. *commun. præd.*, y lo anotado allí por Paul. de Castr.

(171) Conc. l. 39. de este tit. al fin y v. l. prox. sig.

(172) Conc. ll. 7. §. ult. y 26. §. 2. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 31. Instit. *de divis. rer.*

(173) En los testos arriba citados no se dispone lo mismo que aqui; sino que á tenor de ellos indistintamente adquiere el dueño del predio los árboles plantados en él, tenga buena ó mala fe, con tal que hayan echado raices; y aun antes que esto suceda, pierde el dominio de ellos el que los plantó si lo ha hecho con mala fe, segun la l. antec. y el §. 30. Instit. *de divis. rer.*, y lo que sostiene Juan Fabr. al cit. §. 31. princ. donde se aclara completamente lo que se dice en esta ley.

(174) Dispónese esto á tenor de lo anotado por la glos. y los DD. á d. §. 31.

fe, quier mala (175) en teniendola: e maguer el señor de la casa, o de la heredad lo venciesse della en juyzio, non gela deue ante entregar (176), fasta quel de lo que despendio en esta razon. Empero, si el esquilmo algunos frutos, o rentas de la casa, o de la heredad, en quanto la tuuo; tenemos por bien, que se descuente en las despensas: ca guisada cosa es, que pues que el quiere cobrar las despensas que assi fizo, que descuente los esquilmos. Otro si dezimos, que si el fizo despensas prouechosas al heredamiento, o a la casa agena de que era tenedor, que si las fizo en buena fe, cuydandolas fazer en lo suyo; que las deue cobrar, maguer non ouiesse menester de las fazer: mas si las fizo auiendo mala fe, sabiendo que el heredamiento, o la casa, que era agena; si el señor que la vencio en juyzio, non gelas quisiere pechar, puede el otro ende lleuar la labor que fizo y fazer. Otrosi dezimos, que si aquellos que son tenedores de casas, ó de heredamientos agenos, fazen despensas en ellas, que non son muy prouechosas, mas son a apostura de la casa, o de la heredad; assi como las pinturas, que fazen en ellas; o los caños que fazen porque nazca y el agua; o las otras cosas semejantes destas, que fazen y, como por auer deleyte por ellas, mas que pro; si ouo buena fe, en teniendo aquello en que las fizo, cuydando que era suyo, que estonce puede tomar lo que ouiere fecho, e lleuarlo. Empero, si aquel cuya era la casa, o la heredad, le quisiere dar tanto por ello, quanto podria valer despues que fuesse ende tirado, deuegelo dar. Mas si el que fiziesse tales despensas como estas, ouiesse mala fe, en teniendo la casa, o la heredad, pierde todo quanto y fizo, e non puede ende lleuar (177) ninguna cosa.

LEY 45. *Cuyo deue ser el thesoro, que ome falla en la su heredad, o en la agena.*

Thesoros (178) fallan los omes a las vegadas en sus casas, e en sus heredades, por auentura, o buscandolos. E porque podria

(175) V. Paul. de Castr. á la l. ult. §. 2. C. *commun. de leg.*, al fin, y añad. l. 5. C. *de rei vind.*, y Specul. tit. *de expens.*, §. 1. y la glos. y Bart. á la l. 38. D. *de rei vind.* ¿El que robó un caballo podrá reclamar lo que haya gastado para alimentarlo? V. Bald. quien está por la negativa á la l. 1. C. *de infant. expos.* ¿Y el que compró una cosa, prohibiéndolo la ley, é hizo mejoras en ella, podrá pedir el abono de estas, reteniendo la misma, ó compensándolas con los frutos? No podrá, segun la glos. á la l. ult. C. *de fund. rei priv.*, y allí Juan de Plat. y v. l. 2. C. *si quis ignor. rem minor. sine decret. compar.*

(176) ¿Qué deberá decirse en el caso de haber el poseedor restituido la cosa antes que se le abonasen los gastos? Entonces ya no le competerá accion para reclamarlos, segun la glos. á la l. 38. D. *de rei vind.*, y el §. 30. vers. *certè*, Instit. *de divis. rer.*, y otros testos: esceptuándose, empero, dos casos en que podrá accionar: 1º, cuando fuese poseedor de buena fe y hubiese gastado para una obra nueva, de la que tampoco habria podido prescindir el dueño, arg. l. 50. §. 1. D. *de petit. hæred.*: 2º, cuando los gastos fuesen hechos con intencion de obligar á otro, pues entonces puede recobrarlos por medio de la accion *negotiorum gestorum*, como en el caso de la l. 6. §. 1. D. *de negot. gest.*; lo que debe notarse á propósito de lo dispuesto en la l. 40. de este tit. y lo sostiene Ang. á d. l. 38. col. 2.; debiendo decirse lo mismo del poseedor de mala fe que haya hecho gastos útiles; pues si los ha verificado con la intencion de obligar al dueño, podrá repetirlos por medio de dicha accion *negotiorum gestorum*; en cuanto de ellos hubiere resultado utilidad al mismo dueño, segun d. l. 6. §. 1.

(177) Pues por el hecho mismo de haber edificado parece que lo hizo con ánimo de donar, arg. §. 29. Instit. *de divis. rer.*, y sin la intencion de obligar á nadie, l. 14. §. 1. D. *commun. divid.*

(178) El tesoro propiamente dicho consiste en el dinero hallado en algun parage sin que haya memoria de quien lo puso allí, de modo que haya dejado por esta razon de tener dueño; y asi lo adquiere el que lo halla, por no ser de otro; si, empero, se tratase de cosas escondidas debajo tierra por causa de lucro, ó miedo, ó bien para estar mejor guardadas, no podrian llamarse tesoro, y el que las quitase cometeria un hurto: arg. l. 31. §. 1. D. *de acquir. rer. dom.*, y añad. l. 1. C. *de thesaur.*, y allí la glos. Por lo que hace al dinero que se encuentre en la pared de una casa, V. Juan de Plat. á d. l. un. y Jas. á la l. 3. §. 3. segunda lectura D. *de acquir. posses.*, donde se trata tambien del que se hallare en cera. ¿Y si el hallazgo se verificase en algun lugar *nullius*, ó de los que no estan sujetos al dominio de nadie? V. Bald. á la l. 3. al fin D. *de divis. rer.*, donde decide, que en este caso todo pertenece al que lo descubre: véase, no obstante, á Azon en la suma Instit. *de divis. rer.*, col. antepen. quien sostiene que la mitad será del fisco si el lugar, donde se en-

acaecer dubda, cuyo deue ser; dezimos, que si el thesoro es tal (179) que ningund ome non pueda saber quien lo y metio, nin cuyo es, gana el señorio dello, e que deue ser todo de aquel que lo falla en su casa, o en su heredad (180). Fueras ende, si lo fallasse por encantamiento (181), ca estonce todo deue ser del Rey. Mas si por auentura lo ouiesse y alguno escondido, e pudiesse prouar, o aueriguar (182), que es suyo; estonce non ganaria el señorio dello, el que lo fallase en su heredad. E si acaeciesse, que alguno lo fallasse en casa, o en heredamiento ageno, labrando y (183), o en otra manera qualquier, si lo fallasse por auentura, non lo buscando el a sabiendas; estonce deue ser la meatad suyo, e la otra meatad del señor de la casa, o de la heredad, do lo fallo: mas si lo fallasse, buscandolo el (r) estudiosamente, e non por acaescimiento de ventura; estonce deue ser todo del señor de la heredad, e non ha en ello, el que lo assi falla, ninguna cosa. Esso mismo dezimos que seria, si el thesoro fuesse fallado en casa, o en heredamiento que pertenesciesse al Rey (184), o al Comun (185) de algund Consejo.

(r) ascondida o estudiosamente, et non por etc. Acad.

cuentra, es religioso, y Juan Fabr. al §. 39. Instit. *de divis. rer.*, en opinion del cual la mitad la obtendrá la Iglesia, por ser de la misma las cosas ó lugares sagrados ó religiosos, donde se descubrió el tesoro. — * V. la adic. á la nota 185.

(179) Y quién deberá probar que el hallazgo reune las circunstancias necesarias para ser calificado de verdadero tesoro, por no existir memoria de habérsele depuesto? Véase lo que sobre una cuestion análoga espone Juan Fabr. al §. 30. Instit. *de divis. rer.*, donde parece inclinarse á que habrá de hacer la prueba el que accione y pida se le adjudique el tesoro, haciéndola del modo que se espresa en la l. 28. D. *de probat.*, [esto es, justificando que en la comun opinion es tan antigua la deposicion del tesoro, que nadie entre los vivientes ó coetáneos puede acordarse de cuando se verificó]; y añad. lo anotado por Bald. á la l. 1. princ. D. *de divis. rer.*, quien pretende que de todos modos deberán practicarse diligencias para averiguar quién sea el dueño del hallazgo; y añade que el dinero siempre se presume tener dueño, á no ser un tesoro: y por lo mismo el que afirme ser tal el que se haya encontrado y pida su adjudicacion estará obligado á probarlo: y añad. Juan de Plat. á la l. un. C. *de thesaur.*, col. ult. vers. *quœro aliquis*: y, segun Bart. á la rubr. D. *de rer. divis.*, á quien puede verse allí, col. 6., no deberá calificarse de tesoro el dinero trasladado de un lugar desconocido y hallado en nuestro campo, y deberá restituirlo el que lo haya encontrado. — * V. la adic. á la nota 185.

(180) ¿Qué dirémos del marido que halla un tesoro en el predio de la muger? V. glos. á la l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.*, y l. 1. C. *de thesaur.*, lib. 10. y Ang. á d. §. 39. donde trata del usufructuario y otros: v. allí.

(181) Conc. l. un. C. *de thesaur.*, lib. 10.

(182) A no ser que hubiese hecho las escavaciones como asalariado, y por cuenta del dueño al intento de encontrar el tesoro; pues en tal caso se adquiriria este todo para el mismo dueño; pues cualquiera tiene derecho de buscarlo en su propiedad, segun Juan Fabr. y Ang. á d. §. 39., cuya opinion se aprueba tambien en esta ley.

(183) No perteneçen, pues, al Rey todos los tesoros que se descubren: y lo mismo se manifiesta en el tit. *quœ sunt regalia*, al fin, y v. Andr. de Iser. allí. Empero, ¿qué deberémos decir en el dia á tenor de la l. 7. tit. 12. lib. 6. del Orden., donde se espresa que los tesoros son del Rey, menos la cuarta parte que se reserva para el denunciador? Parece que dicha ley no deroga la presente, en cuanto á los tesoros hallados en propiedad particular; debiéndose observar lo dispuesto en aquella con respecto á los que se encuentren en algun terreno perteneciente al Rey, en cuyo caso y en el de habérsele encontrado por arte mágica ó por encantamiento, se establece tambien en nuestra ley de Partida, que se adquiera todo para el Rey; y por dicha l. del Ordenam. todo menos la cuarta parte. — * V. adic. á la nota prox. sig.

(185) Nótese esta palabra, pues con ella se ha resuelto la duda ó cuestion propuesta por Juan Fabr. despues de la glos. á d. §. 39. al fin. — * La l. 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec. alteró notablemente lo dispuesto en la presente de Partida acerca del hallazgo y adquisicion de los tesoros, estableciendo que todo el que encontrase alguno tuviese obligacion de denunciarlo á la justicia del lugar ante Escribano; y que las justicias, bajo pena de perder sus oficios, debiesen practicar las diligencias convenientes para el hallazgo de los que se les denunciasen y remitirlos cerrados y sellados al Rey; adquiriéndose todos para este y cediendo la cuarta parte para el denunciador. Mas posteriormente por la ley de Córtes de 16. de mayo de 1835. se declaró (art. 1. §. 4.) que pertenecen á la clase de bienes mostrencos y corresponden al Estado la mitad de los tesoros ó sea de las alhajas, dinero ú otra cualquiera

LEY 46. *Como non passa el señorio de la cosa vendida, a aquel que apoderan en ella, fasta que haya pagado el precio.*

Apoderan (186) vnos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon. E porende dezimos, que por tal apoderamiento como este que faga vn ome a otro de su cosa, o que lo faga otro alguno por su mandado, que passa el señorio de la cosa, a aquel a quien apoderasse della. Empero, si el que ouiesse vendido su cosa a otri, le apoderasse della; si el comprador non ouiesse pagado el precio (187), o dado fiador, o peños, o tomado plazo (188) para pagar; por tal apoderamiento como este non passaria el señorio de la cosa fasta que el precio se pagasse. Mas si fiador, o peños ouiesse dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiase en el (189) comprador del precio; estonce pasaria el señorio de la cosa a el por el apoderamiento, maguer el precio non ouiesse pagado. Empero tenudo seria de lo pagar.

LEY 47. *Como gana ome el señorio de la cosa que tiene alogada, si despues la compra desse mismo que se la alogara.*

Logado auiendo algund ome, o emprestado, o encomendado (190) a otro alguna su cosa,

cosa de valor ignorada ú ocultada que se hallen en terrenos pertenecientes al Estado; y se estableció que en cuanto á la adquisicion ó distribuciones de los que se encuentren en propiedades de particulares se hayan de observar las disposiciones de la presente ley de Partida: por manera que hoy, nó el Rey, sino el Estado es quien participa de los hallazgos de tesoros; y aun solo de los que se encuentren dentro las propiedades del mismo Estado; debiendo considerarse al Rey como un simple particular respecto de los que se encontraren en terrenos ó fincas de su Real patrimonio. V. sobre bienes mostrencos lo que se dirá en la adic. á la nota ult. de este tit.

(186) Conc. §. 40. Instit. *de divis. rer.*, y ll. 20. C. *de pact.*, y l. 9. §. 3. D. *de acquir. rer. dom.*

(187) Conc. §. 41. Instit. *de divis. rer.*, y l. 5. §. 18. D. *de tribut.*, y añádase que el dominio de la cosa vendida no se transfiere al comprador por medio de la entrega, hasta que este haya satisfecho al vendedor el precio de la misma, glos., Salic. y Alex. á la l. 31. §. 1. en la glos. sobre la palabra *emptori*, D. *de reb. credit.* ¿Empero, lo que se dice en esta ley respecto de la venta, procederá en los contratos innominados? V. glos. á la l. 4. C. *de dolo*, la que está por la afirmativa, Bart., siguiendo á la glos., á la l. 61. §. 8. D. *de furt.*, y Bald. á la l. 2. C. *de rer. permut.*

(188) Y si el vendedor concedió al comprador para pagar el precio el solo plazo de diez dias, no pagando este en dicho término, ¿podrá aquel vindicar la cosa? V. glos. á la l. 12. C. *de rei vind.*, la que está por la negativa; con todo si el comprador en este caso no habia aun tomado posesion de la cosa en virtud de la facultad que para ello le habia concedido el vendedor, podrá este quitársela, no habiendo cobrado el precio en el tiempo señalado, y ocuparla de nuevo en nombre propio, por mas que la retuviese en el del comprador, desde que este obtuvo la espresada facultad, segun Ang. y Paul. de Castr. á la l. 21. D. *ad Trebel.*

(189) La glos. á d. §. 41. en la palabra *emptoris*, decide que, en caso de duda, con el hecho de entregar el vendedor la cosa, parece haber concedido plazo al comprador para el pago del precio: esceptuándose, empero, el caso de que el comprador hubiese creido que luego se le habia de pagar, arg. l. 3. D. *de pign. act.*, y Bart. allí, y Bald. á la l. 8. C. *de contrah. empt.* Nótese tambien que el que vende una cosa perteneciente á la Iglesia, ó al fisco, ó á un menor, no puede diferir la recepcion del precio ó venderla al fiado, segun la l. 5. §. 1. D. *de jur. fisc.*, y la glos. allí, y v. Bart. y Abb. al cap. 2. *de precario*, al fin: el acreedor, empero, que vende la prenda, podrá hacerlo, l. 24. §. 2. D. *de pign. act.*, y Bart. allí. ¿Y el que vende una accion, puede venderla al fiado? V. Bald. á la l. 22. col. 5. C. *mandat.* ¿Y qué dirémos del procurador acerca de lo mismo? V. Bart. á d. §. 2. y á la l. 1. D. *de offic. procur. cæsar.*, y Bald. á la l. 12. C. *de rei vind.*, donde se trata dicha cuestion asi respecto del procurador general como del especial: y v. allí Bald. sobre si el ejecutor de un testamento podrá vender al fiado, y Bart. á la l. 9. col. ult. D. *de alim. et cibar. legat.*, debiendo notarse que á vender al fiado á nadie se obliga en caso alguno, ni aun cuando se obliga á vender forzosamente, glos. y Bald. á la l. 1. C. *de commun. serv. manum.*, y añad. Bald. al cap. 1. *quid præced. debeat investit. vel fidel.* ¿Y si uno confiesa haber recibido el precio, y aparece despues un instrumento de la promesa del mismo? V. Juan de Imol. á la l. pen. §. 6. D. *solut. matr.*, y Socin. consil. 179. col. 4.

(190) Añad. l. 9. §. 1. D. *de publician.*

si despues desso le vendiesse, e le diesse aquella cosa misma, maguer estonce non estuuiese la cosa delante, nin lo apoderasse della, con todo esso gana el señorio (191) della aquel a quien la vende, o la da. Otrosi dezimos, que por todas (192) aquellas razones, o maneras, que passa la tenencia de las cosas de los vnos omes a los otros, maguer non sean apoderados dellas corporalmente, segun dize en el Titulo que fabla de la manera en que puede ome ganar, o perder tenencia de las cosas; que por essas mismas razones, o maneras, passa el señorio de las cosas a aquellos a quien son vendidas, o cambiadas, o dadas en dote, o en otra manera, o las han de auer por alguna otra derecha razon; como quier que de las cosas non fuessen apoderados corporalmente. Otrosi dezimos, que quando fazen los omes compañias entre si, poniendo, que todos los bienes que han, o ganaren dende adelante, que sean comunalmente de todos los compañeros; que luego que tal compañia ayan fecha, e firmada, e otorgada entre si, que passa el señorio (193) de todas las cosas, que cada vno dellos ha, a los otros, tambien como si vnos a otros se ouiessen apoderado en todos los bienes, que ouiessen, corporalmente. Empero, si algunos de los compañeros ouiessen de recebir (s) algunos debdos, o derechos que fuessen suyos en ante que fiziessen la compañia, non los pueden demandar los otros sin su otorgamiento, o mandado; mas con todo esso, tenudo es, de les otorgar poder de los demandar; e lo que ende ouieren, deue ser comunalmente de todos. Otrosi dezimos, que toda ganancia que qualquier dellos faga, que el señorio della passa (194) a los otros, tambien como si cada vno dellos la ouiesse fecha.

LEY 48. *Como ganan el señorio de las cosas, que los Emperadores, e los Reyes mandan echar por las ruas, quando se coronan, o se fazen Caualleros.*

Quando los Emperadores (195), o los Reyes se coronan, o se fazen Caualleros, alleganse y

(s) algunos debdos o derechos en ante que ficiesen la compañia, Acad.

(191) Conc. l. 9. §. 5. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 44. Instit. *de divis. rer.*, y añad. ll. 9. §. ult. y 30. §. 1. D. *de usufr. legat.*, y en ambas Bart. Y si uno ejerció por mucho tiempo las funciones de canónigo, sin serlo, residiendo como tal y percibiendo las rentas y distribuciones, mas despues el Papa le dispensa el canonicato, ¿se requerirá una nueva instalacion para poder decirse que adquirió el dominio de lo percibido? V. Bald. quien está por la negativa á la l. 2. col. 10. vers. *sed pone aliquis*, C. *de servit.*, y allí cita d. §. 44. y l. 77. D. *de rei vind.*, y otras leyes: ¿Qué dirémos si aquel de quien adquirimos el título para poseer una cosa no era el dueño de la misma, ni nos la habia dado en comodato, ni concedido de otra manera su uso? ¿procederá en tal caso lo que aqui se dispone, ó sea, que se presuma hecha la entrega á lo menos para el efecto de considerarse transferida al adquirente la condicion de usucapir? Bald. decide que nó; en el concepto de que lo establecido en estas leyes tan solo puede tener aplicacion á los que obtienen y pueden transmitir un título efectivo, por ejemp., al que se halle en la posesion, ó cuasi, de la cosa transferida, segun manifiesta el mismo á la l. 6. C. *de furt.* Sin embargo Paul. de Castr. fundado en la l. 33. §. 1. D. *de usucap.*, reprueba dicha opinion de Bald. porque le basta, dice, al poseedor la creencia de que en realidad era dueño el que le concedió el título.

(192) Adóptase aqui el parecer de la glos. á d. §. 44. donde propone estos mismos casos, citando varias leyes; y añad. todo el tit. 30. de esta Part., y sobre dichos casos y otros v. señaladamente á Abb. despues de la glos. al cap. 2. *de consuet.*, col. pen. y ult. Acerca de si se considerará como entrega el señalamiento de las cosas compradas, por ej., si uno marcase los cerdos que compró; v. Bald. á la rubr. C. *de peric. et com. rei vend.*, y añad. glos. á d. §. 44. y otra á la l. 3. princ. D. *de acquir. posses.* El ejecutor judicial que en cumplimiento de una sentencia haya de dar á alguno la posesion, ¿podrá hacerlo y entregarla por medio de esas tradiciones fingidas con las cuales se acostumbra transmitirla estrajudicialmente? V. Bart. quien está por la negativa á la l. 1. col. pen. D. *de acquir. posses.*

(193) Conc. ll. 1., 2. y 3. D. *pro soc.*: pudiendo verse en Alberic. y en Jas. á la l. 16. D. *de reb. cred.*, la razon de lo establecido en esta nuestra ley.

(194) Tenemos aqui que, por la sociedad universal ó de todos los bienes, hasta de las cosas que adquiere cada socio despues de constituida la sociedad, y aunque las adquiera en nombre propio, queda transferido el dominio á los demas, contra lo que pretendia la glos. fundándose en la l. 74. D. *pro soc.*, por lo cual debe tenerse presente lo dispuesto aqui; y en confirmacion de lo mismo puede verse la l. 16. D. *de reb. cred.*

(195) Conc. d. l. 9. §. 7. D. *de acquir. rer. dom.*, y §. 46. Instit. *de divis. rer.*, de don-

grandes gentes, para les fazer honrra: e suelen vsar los sus Camareros, de echar dineros de oro, o de plata, o otras joyas, por las carreras. E esto fazen por dos razones. La vna, por nobleza, e por alegria; e la otra, porque ouiessen carrera, para passar mas de ligero entre la espessura de la gente. E quando los omes veen echar el oro, e la plata, e las otras joyas, corren a tomarlo; e desembarganse porende las carreras, por do auian de passar. E porende dezimos, que quien quier que tomare oro, o plata, o otras joyas que assi fuessen echadas por las carreras, que gana el señorio cada vno de quanto tomare. Ca con tal entendimiento manda el Rey echarlo por las carreras, que sea de cada vno lo que fallare, o prisiere, e faga dello lo que quisiere.

LEY 49. *Que si algun ome desampara su cosa, como la gana el primero que la tomare.*

Despaganse (196) los omes a las vegadas de algunas cosas que han, e desamparanlas, e echanlas, de manera (*t*) que sean suyas de quien las quisiere. E porende dezimos, que cuando algund ome echare alguna su cosa mueble, con intencion que non quiere que sea suya, que quien quier que la tome primeramente, e la lleue, que gana el señorio della, e sera suya dende adelante; fueras ende si la cosa que echasse assi, fuesse sieruo enfermo (197), o ferido, que echasse, o desamparasse su señor. Ca este atal por tal echamiento como este se torna libre, luego quel desampara el señor: e maguer otro alguno lo lleuasse, e pensasse del, e lo guareciesse, con todo esso non ganaria el señorio del. Otrosi dezimos, que las cosas que los omes echan en la mar con cuyta de la tormenta, que non pierden el señorio dellas; assi como diximos en la quinta Partida (198), en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 50. *Quando algun ome desampara alguna su cosa que sea rayz, gana el señorio della el primero que la entra.*

Desamparando (199) algun ome alguna su cosa que fuesse rayz, porque se non pagasse della, luego que della saliesse corporalmente, con intencion que non quisiesse que fuesse suya dende adelante, quien quier que primeramente la entrasse, ganaria el señorio della. Mas si el non saliesse della, maguer dixesse

(*t*) que non quieren que sean suyas. Acad.

de trae orígen la presente ley, y en donde la glos. habla de la coronacion, y v. *Novel.* 105. *collat.* 4. y añad. la glos. á la l. 5. D. *pro derelict.*

(196) Conc. d. l. 9. §. ult. D. *de acquir. rer. dom.*, los §§. pen. y ult. Instit. *de divis. rer.*, y ll. 1. y 2. D. *pro derelict.*, siendo de notar que las cosas abandonadas que se adquieren por el título *pro derelicto*, vienen á adquirirse propiamente como á título de una donacion otorgada á favor de una persona incierta, segun la l. 36. D. *de stipul. serv.*; bien que en rigor no es una verdadera donacion, por no concurrir el consentimiento del donante y del que recibe: por lo cual las leyes que establecen hayan de insinuarse las donaciones, no pueden aplicarse á las cosas abandonadas, segun Bald. á la l. 3. col. ult. vers. *item quæritur*, C. *de rei vind.*: y en órden á las circunstancias mediante las cuales se presumirá la intencion de desapropiarse de una cosa, v. glos. á la l. 43. §. 11. D. *de furt.*, y Bart. allí, donde trata de si podrá obligarse al que arrojare ó abandonare alguna cosa á manifestar con qué intencion lo ha hecho. Y por lo que hace á si podrá cualquiera de propia autoridad introducirse en un campo de otro y cultivarlo por ser yermo ó estéril y haberlo su dueño abandonado, V. l. 8. C. *de omn. agr. deser.*, y Juan de Plat. á la l. ult. C. *de fid et jur. hast. fisc.* Y añádase que á dicho título *pro derelicto*, no pueden ocuparse y adquirirse las herencias vacantes, segun manifiesta Bald. á la l. 3. col. pen. C. *unde liber.* ¿Podrá, empero, el que abandonó una cosa, arrepentirse de ello y recobrarla despues? V. á Bald. quien está por la afirmativa á la l. 2. C. *qui bon. ceder. poss.* Por lo demas, nunca se considera abandonado lo que se deja á la suerte, l. 13. D. *de stat. hom.*, y Bald. allí, donde puede verse si se considera haber tal abandono por parte de aquel que no defiende la cosa: y sobre si deberá decirse lo mismo, cuando se dejan animales desfallecidos en algun lugar desierto, V. Juan de Ana. cap. 1. col. ult. *de infant. lang. et expos.*, y v. Ang. y Juan de Imol. á d. l. 36. ¿Y qué deberá hacer el que hallare un animal ú otra cosa, cuyo dueño no aparezca? V. Juan Fabr. á d. §. ult. Instit. *de divis. rer.*, y las leyes del reino que tratan *de lo mostrenco.* — * V. adic. á la nota 200.

(197) Conc. l. 1. §. 3. C. *de latin. libert. toll.*, y v. glos. y Bart. á la *Novell.* 12. cap. 9. *collat.* 4. y á la l. 36. D. *de stipul. servor.*

(198) L. 3. y siguientes tit. 9. Part. 5. y l. 21. §. 1. D. *de acquir. posses.*

(199) Conc. l. 17. §. 1. D. *de acquir. posses.*

que non queria que fuesse suya dende adelante, con todo esso, en quanto el la tuuiesse assi, non la podria otro ninguno entrar; e si la entrasse, non ganaria el señorio della, fasta que corporalmente saliesse della, e desamparasse la tenencia. Otrosi dezimos, que si algund ome desamparare alguna su cosa, que non osasse yr a ella por miedo de enemigos, o de ladrones, que ninguno non la puede entrar; e maguer la entrasse, non ganaria el señorio della. Ca como quier que este atal desamparasse la tenencia corporalmente, con todo esso retiene en su voluntad el señorio de la cosa (200). E porende non deue, nin puede ninguno entrarla.

(200) ¿Perderá, empero, la posesion? V. l. 3. §. 8. D. *de acquir. posses.*, y l. 4. C. d. tit. — * El derecho de ocupar y adquirir las cosas abandonadas y demas que se conocen, legalmente hablando, con el nombre de bienes vacantes y mostrencos formaba el objeto especial del tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.; pero las disposiciones en el mismo contenidas han sido posteriormente derogadas en su mayor parte por la ley de Córtes de 16. de mayo de 1835. en el cual se declará lo siguiente. = Art. 1º: «Corresponden »al Estado los bienes semovientes, muebles é »inmuebles, derechos y prestaciones siguien»tes. — 1º, los que estuvieren vacantes y sin »dueño conocido por no poseerlos individuo ni »corporacion alguna. — 2º, los buques que por »naufragio arriben á las costas del reino, igual»mente que los cargamentos, frutos, alhajas »y demas que se hallare en ellos, luego que, »pasado el tiempo prevenido por las leyes, re»sulte no tener dueño conocido. — 3º, en igual »forma lo que la mar arrojare á las playas, sea »ó nó procedente de buques que hubiesen »naufragado, cuando resulte no tener dueño »conocido. Se esceptúan de esta regla los pro»ductos de la misma mar, y los efectos que »las leyes vigentes conceden al primer ocupan»te, ó á aquel que los encuentra. — 4º, la »mitad de los tesoros ó sea de las alhajas, di»nero ó cualquiera otra cosa de valor ignora»da ú ocultada que se hallen en terrenos per»tenecientes al Estado, observándose en la dis»tribucion de los que se encuentren en pro»piedades de particulares las disposiciones de »la l. 45. tit. 28. Part. 3. Las minas de cual»quiera especie continuarán sujetas á la legis»lacion particular del ramo. = 2º, Correspon»den al Estado los bienes de los que mueran »ó hayan muerto intestados sin dejar personas »capaces de sucederles con arreglo á las leyes »vigentes. A falta de dichas personas sucede»rán con preferencia al Estado. — 1º, los hi»jos legalmente reconocidos y sus descendien»tes por lo respectivo á la sucesion del padre, »y sin perjuicio del derecho preferente que »tienen los mismos para suceder á la madre. »— 2º, el cónyuge no separado por demanda »de divorcio contestada al tiempo del falleci»miento, entendiéndose que á su muerte de»berán volver los bienes raices de abolengo á »los colaterales. — 3º, los colaterales desde el »5º hasta el 10º grado inclusive computados »civilmente al tiempo de abrirse la sucesion. »= 3º, tambien corresponden al Estado los »bienes detentados ó poseidos sin título legíti»mo, los cuales podrán ser revindicados con »arreglo á las leyes comunes. = 4º, en esta »revindicacion incumbe al Estado probar que »no es dueño legítimo el poseedor ó detenta»dor, sin que estos puedan ser compelidos á la »exhibicion de títulos ni inquietados en la po»sesion hasta ser vencidos en juicio. = 5º, el »Estado puede, por medio de la accion com»petente reclamar como suyos de cualquier »particular ó corporacion en cuyo poder se »hallen y en donde quiera que estuvieren los »bienes espresados en los artículos anteriores. »= 6º, los bienes que, por no poseerlos ni »detentarlos persona ni corporacion alguna, »carecieren de dueño conocido, se ocuparán »inmediatamente á nombre del Estado, pidien»do la posesion real corporal ante el juez com»petente que la mandará dar en la forma or»dinaria. = 7º, los buques que naufragaren, »sus cargamentos y demas que en ellos se en»contrare, y las cosas que la mar arroja sobre »sus playas, segun lo espresado en los §§. 2º »y 3º del art. 1º serán tambien ocupados á »nombre del Estado, á quien se entregarán, »previo inventario y justiprecio de todo y que»dando responsable á las reclamaciones de ter»cero, sin perjuicio de la recompensa ó dere»chos que, con arreglo á las disposiciones que »rigieren, adquieran los que contribuyan al sal»vamiento del buque y mercaderías. = 8º, la »sucesion intestada á favor del Estado se abre »por la muerte natural. Tambien se abrirá por »la muerte civil en el caso de que esta pena »con todos sus efectos llegue á establecerse »por nuestras leyes. = 9º, en los casos en que »la sucesion intestada pertenezca al Estado, »el representante de este podrá pedir al juez »competente la segura custodia, inventario, »justiprecio de los bienes y su posesion sin per»juicio de tercero que se le dará en la forma »ordinaria, corriendo despues el juicio univer»sal sus ulteriores trámites. = 10º, todas las »reclamaciones y adquisiciones á nombre del »Estado quedan sujetas, desde la promulga»cion de esta ley, á los principios y formas del

» derecho comun, bien sea por ocupacion ó por » accion deducida en los juicios universales de » intestados, ó por reclamacion contra los de» tentadores sin derecho. = 11º, la prescrip» cion con arreglo á las leyes comunes escluye » las acciones del Estado, y cierra la puerta á » sus reclamaciones contra los bienes declarados » de su pertenencia en esta ley. = 12º, la pres» cripcion en igual forma legitima irrevocable» mente las adquisiciones hechas á nombre del » Estado.» En el art. 13. se establece la inversion ó destino que debe darse á las espresadas adquisiciones ó bienes mostrencos, esto es, al pago de la deuda pública, considerándoseles como otro de los arbitrios permanentes de la caja de Amortizacion: en los arts. 14., 15. y 16. se dispone que la direccion de los ramos de Amortizacion, como interesada en la conservacion y aumento de dichos bienes, procure su descubrimiento, ocupacion ó reclamacion, responda de los gravámenes y obligaciones de justicia á que resultaren afectos, y á las acciones que contra los mismos se entablaren con arreglo á las leyes comunes, no menos que á la indemnizacion y saneamiento de los compradores tambien en la forma ordinaria, bien que solo por la cantidad líquida que hubiere ingresado en arcas: por los arts. 17., 20., 22. y 25. se declara ser de la atribucion y conocimiento de la jurisdiccion Real ordinaria todos los juicios que sobre bienes mostrencos se promovieren, debiendo promovérseles ante el juez del partido en que radicaren los bienes en cuestion, y quedando abolida la jurisdiccion especial de «Mostrencos» y la subdelegacion general de este ramo y sus dependencias, mandándose ademas que se remitan á los jueces ó tribunales respectivos los pleitos pendientes al publicarse la ley: por los arts. 19., 23. y 24. se prescribe á los promotores fiscales y fiscales de las audiencias y tribunales supremos la obligacion de promover y seguir á nombre del Estado todas las demandas ó acciones que á este competan sobre bienes mostrencos, y defender las adquisiciones hechas por el mismo; con facultad de pedir el sobreseimiento en los negocios pendientes, para cuya continuacion no encontraren méritos bastantes; debiendo, empero, para que pueda sobreseerse en tales casos, preceder allanamiento por escrito del Director de los ramos de Amortizacion ó de sus delegados en las provincias; y tambien el consentimiento y conformidad del fiscal de la audiencia respectiva, cuando fuere un promotor en 1ª instancia el que propusiere el desistimiento: en el art. 18. se declara que «ningun » particular pueda ejercitar las acciones que so» bre bienes mostrencos correspondan al Esta» do:» y finalmente por el art. 26. se derogan todas las demas leyes, ordenanzas é instrucciones sobre mostrencos. El principio, pues, de derecho de gentes que se habia adoptado en toda su estension en las Partidas, y en parte tambien por las leyes recopiladas (l. 4. d. tit. 22. lib. 10. N. R.), de adquirirse indistintamente para el primer ocupante todas las cosas ó bienes que no tienen dueño conocido, ha sufrido por la ley que acabamos de transcribir una notable modificacion, en cuanto por ella se ha consagrado el otro principio mas filosófico y recomendable de que «deben desti» narse á beneficio y utilidad de todos en co» mun las cosas ó bienes que á nadie pertene» cen:» esto es, aquellas que accidentalmente se encuentran en este caso, nó las que son *verè nullius* por su misma naturaleza, como son los productos naturales de la mar espresamente esceptuados en el §. 3º del art. 1º de la misma ley, y tambien la caza y pesca que por igual razon deberá considerarse comprendida en la escepcion general, continuada en el propio §., de los *efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante ó á aquel que las encuentra*. Por lo demas, empero, si bien, como hemos visto, se adjudican al Estado, por punto general, todas esas cosas que no tienen dueño conocido, y se derogan en esta parte las leyes anteriores que las adjudicaban al primer ocupante, mas no han quedado asimismo derogadas, antes por la de 1835. se ratifican espresamente las que establecian el modo como debe procederse para averiguar si las cosas encontradas tienen ó nó efectivamente dueño, y el término que se concede á este para reclamarlas, pasado el cual se las declara definitivamente mostrencas ó vacantes y como tales se las adjudica al Estado. Dicho término es el de catorce meses respecto de las cosas perdidas que tiene obligacion de denunciar el que las encontrare (art. 4. de la Instruccion sobre mostrencos de 26. de agosto de 1786., es la l. 6. d. tit. 22. lib. 10. N. R.) y el de tres meses respecto de las embarcaciones arrojadas á la playa por naufragio (cap. 10., 12. y 13. de la Real Ordenanza de las matrículas de mar de 12. agosto de 1802., nota 4. d. l. 6.); siendo, empero, de notar que pasado el primer mes despues de hecha publicacion por edictos de la arribada ó naufragio, sin que nadie haya reclamado el buque, ni sus efectos, podrán venderse en almoneda los mas espuestos á deteriorarse, y lo mismo podrá practicarse con los bienes semovientes encontrados, para evitar los gastos que ocasionaria su mantenimiento, cumplidos los dos meses primeros desde su aprehension, debiendo en uno y otro caso depositarse judicialmente el producto de la venta para entregarlo al dueño respectivo si se presentare é hiciere la competente reclamacion dentro el término prescrito por las leyes. Por lo

TITULO XXIX.

DE LOS TIEMPOS POR QUE OME PIERDE LAS SUS COSAS, TAMBIEN MUEBLES COMO RAYZES.

Tiempos ciertos señalaron los sabios antiguos, en que ome puede perder, o ganar el señorio (1) de las cosas. Onde pues que en el Titulo ante deste fablamos en general, e mostramos y muchas maneras, en que el ome puede ganar, o perder; queremos dezir en este señaladamente, de aquello por que ome por tiempo puede ganar lo ageno, o perder lo suyo. E mostraremos primero, por que razon se mouieron los Emperadores, e los Reyes, e los Sabios, a establecer, que ome pudiesse perder, o ganar por tiempo. E de si quien puede ganar en esta manera, e quien non. E quales cosas se pueden ganar por tiempo, e quales non; quier sean muebles, o rayzes. E en quanto tiempo se gana cada vna dellas. E en que manera. E por que razones se destaja el tiempo, en que ome ha comenҫado a ganar por el.

LEY 1. *Por que razones se mouieron los Sabios antiguos, a establescer, que los omes perdiessen las sus cosas por tiempo.*

Mouieronse los Sabios antiguamente, a establecer que las cosas se pudiessen ganar, e perder por tiempo, por esta razon (2): por-

que hace á las anclas perdidas ó pertrechos de embarcaciones que se encontraren separadamente en la mar, estaba dispuesto en el cap. 18. de las citadas Ordenanzas que se entregase al que los hubiese hallado ó estraido la tercera parte de su valor en el acto de denunciarlos y presentarlos, y los efectos mismos si dentro de un mes á contar desde la publicacion del hallazgo no los hubiese reclamado su legítimo dueño. Creemos, pues, que ni aun esto último habrá quedado derogado por la l. de 1835.; en cuyo art. 1.º §. 3º se adjudica solamente al Estado «*lo que la mar arrojare á las playas,* »sea ó nó procedente de buques que hubiesen »naufragado, cuando resulte no tener dueño »conocido;» y á continuacion se esceptúan los efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante ó *á aquel que los encuentra.*

(1) Acerca del dominio que se adquiere por medio de la usucapion ó prescripcion, véase latamente Felin. á la rubr. *de præscription.*, col. 1., 2., 3. y 4. Bald. en el trat. *præscript.*, fol. 6. col. 3. y 4. y fol. siguiente, glos. á la l. 8. princ. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*, Bald. *in prælud. feudor.*, col 6. y glos. 16. q. 3. en la suma.

(2) Conc. l. ult. D. *pro soc.* Instit. princ. *de usucap.*, y l. 1. D. d. tit.: en la cual se espresa que la usucapion fue introducida para el bien público: por lo que Bart. á la l. 55. col. pen. D. *de leg.* 1. pretende que no puede renunciarse á ella por medio de pacto: cuya opinion es mas sostenible segun Alex. allí, que la distincion entre la prescripcion favorable y odiosa que presenta el mismo Bart. á d. l. 1. y v. Felin. á la rubr. *de præscript.*, col. 5. y 6. donde pone 7. limitaciones, y Bald. en el trat. *præscript.*, fol. 58. col. 4. y fol. sig. ¿Podrá, empero, concederse á alguno por especial privilegio que no corra contra él la prescripcion? V. Bald. á la l. 1. C. *ne rei domin. vel templor.*, y glos. á la autent. *quas actiones*, C. *de sacros. eccles.*, donde resuelven esa cuestion afirmativamente Bart., Bald. y Salic., con tal que se otorgue dicho privilegio con la cláusula de *no obstante*, y v. Felin. cap. *nonnulli*, col. 13. *de rescript.*, y d. trat. *præscript.*, fol. 59. col. 4. vers. *octavo quæro.* Y añádase que en los casos en que puede renunciarse á la prescripcion, si una de las partes promete guardar y cumplir perpetuamente alguna cosa, se presumirá por el hecho mismo haber tenido lugar dicha renuncia, segun Ang. y Juan de Imol. á la cit. l. 1., y hace al caso la l. 31. §. 22. D. *de ædil. edict.*, y lo que espresa Socin. consil. 86. col. 5. vers. 2. *probatur*, vol. 1. ¿Podrá, empero, renunciarse á la l. 63. de Toro, [es la 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.] en la que se dispone que el derecho de ejecutar prescribe por el transcurso de diez años, y pactarse que aun despues de transcurridos pueda instarse la ejecucion? Así lo creeria, por cesar en este caso las razones que esponen los DD. para probar que no puede renunciarse á la prescripcion: pues, ya que, de todos modos, queda subsistente la accion, y la facultad de deducirla en juicio hasta los 20. años, nada tendrá de estraño el que pueda entablarse la misma ejecutivamente durante estos, en virtud del pacto espresado: hace al caso lo que alega Felin. en la rubr. *de præscript.*, col. 5. vers. *fallit* 2., y creo ser esto mas acertado, que lo espresado en contrario por cierto glosador á d. l. 63. de Toro. — * Parécenos, en efecto, mas fundada la opinion de nuestro glosador, é incontestable la razon en que la apoya, esto es, que, pues por la prescripcion de los diez años no se estingue la accion personal, sino que tan solo pierde la fuerza ó carácter ejecutivo de que se hallaba revestida,

que cada vn ome pudiesse ser cierto del señorio (3) que ouiesse sobre ellas : ca si esto non fuesse, serian algunos omes negligentes, e oluidarian sus cosas, e otros algunos las entrarian, e las ternian como por suyas; e podrian nascer pleytos, e contiendas en muchas maneras, de guisa que non seria ome cierto cuyas eran. E porende, por desuiarlos de las missiones, e de los daños que les podrian nascer de tales pleytos, o contiendas, tuuieron por bien, de señalar tiempo cierto sobre cada vna cosa, por que se pudiesse ganar, o perder, si fuessen negligentes, en las non requerir, aquellos cuyas fuessen, pudiendolo fazer. E otrosi, porque el señorio de las cosas fuesse en cierto, cuyo era.

LEY 2. *Qual ome puede ganar por tiempo las cosas agenas.*

Sano entendimiento auiendo qual ome quier, maguer sea huerfano (4), puede ganar por tiempo. Mas el loco (5), o el desmemoriado, (*a*) non puede començar a ganar, o perder ninguna cosa en esta manera, despues que saliere de su memoria. Esto es, porque non han coraçon, nin entendimiento (*b*) para ganar, nin para perderla, maguer tuuiessen las cosas en su poder. Empero, si ante que saliesse de su memoria, ouiesse començado a ganar (6) alguna cosa por tiempo, el, o aquel en cuyos bienes heredasse; estonce bien la podria ganar, tambien en aquella sazon que estuuiesse fuera de su memoria, como la ganaua en ante quando era en ella (7).

LEY 3. *Como el sieruo non puede ganar las cosas agenas por tiempo.*

Ganar el señorio de alguna cosa por tiempo, non puede ningun ome que fuesse sieruo (8). E esto es, porque non seria guisada cosa, que ouiesse señorio sobre las otras cosas, el que non lo ha sobre si mismo. Empero, si algun sieruo tuuiesse tienda de su señor, o fuesse menestral de algund menester, e tuuiese cabdal, o pegujar de que vsasse como mercador, o cambiador, o como menestral; si por tal razon como esta començasse a tener alguna cosa derechamente, poderla y a ganar por tiempo su señor por el. E esto es, porque es señor, e tenedor del sieruo, o del cabdal, o pegujar que traya.

LEY 4. *Quales cosas son llamadas muebles, e como se pueden ganar por tiempo.*

Muebles (9) son llamadas todas lás cosas que los omes pueden mouer de un lugar a otro, e todas las que se pueden ellas por si mouer naturalmente: e las que los omes pueden mouer de vn lugar a otro, son assi como paños, o libros, o ciuera, o vino, o olio, e todas las otras cosas semejantes destas; e las que se

(*a*) non puede comenzar a ganar ninguna cosa etc. Acad.
(*b*) para ganarla, maguer etc. Acad.

nada impide que renuncie el deudor, por pacto espreso, á la espresada prescripcion, mientras no renuncie tambien á la de los veinte años; porque esto seria contravenir á un principio de derecho público que no es lícito alterar con privadas convenciones.

(3) Pues es difícil á veces probar el dominio de las cosas que se poseen, como no sea por medio de la prescripcion; V. la glos. á la l. 12. C. *de probat.*

(4) Conc. l. 4. §. 2. D. *de usucap.*

(5) Conc. ll. 4. §. 3. y 44. §. 6. D. d. tit., y l. 27. D. *de acquir. poss.*

(6) Lo mismo que se dispone en dd. §§. 6 y 3.

(7) Por presumirse en este caso que el furioso persevera en la misma intencion que antes de serlo, segun espresa notablemente Bald. á la l. 9. col. pen. C. *de impub. et aliis substit.*, vers. *principaliter.*

(8) Conc. l. 4. §. 4. D. *de usucap.*, asi como, respecto de las cosas peculiares del esclavo, la l. 8. D. d. tit. y ll. 2. y 1. §. 5. D. *de acquir. posses.*

(9) Conc. l. 93. D. *de verb. signif.*: y v. Bald. á la l. 4. C. *de commer. et merc.*, diciendo que en las cosas muebles se atiende á la persona y nó al lugar donde estan situadas. Sin embargo, el propio Bald. en el trat. *de pace tenend.*, princ. col. 2. num. 9. espresó considerarse las mismas como pertenecientes al territorio en que se hallan; y que por esto en el caso de ser confiscadas, se entendia que lo quedaban para el fisco de aquel lugar: opinion que, segun Alex. consil. 16. vol. 1. dubda 2., es la mas acertada, y añad. lo anotado por Ang. é Imol. despues de Cyn. y Pedr. á la l. 35. D. *de hæred. instit.*, y v. Salic. á la l. 1. col. 6. C. *de summ. Trinit.*, donde distingue entre las cosas ó bienes muebles que estan destinados perpetuamente á un lugar, y las que estan accidentalmente en alguno por causa de comercio ú otra semejante; espresando que en el primer caso prevalece el lugar á la persona que posee dichos bienes, mas nó en el segundo. V. allí.

mueuen por si naturalmente, son assi como los cauallos, e los mulos, e las otras bestias, e ganados, e aues, e las otras cosas semejantes. E porende dezimos, que toda cosa mueble, que non sea furtada, forçada, o robada (10), que se puede ganar por tiempo; tambien ella, como los otros frutos, e las rentas que della saliessen; mas si fuesse furtada, o forçada, o robada (11), non se podria ganar por tiempo, nin ella, nin los frutos (12), ni las rentas que salieren della.

(10) Pues, si fuese furtiva, no podria adquirírsela por prescripcion como se espresa mas abajo: v. l. 4. §. 6. D. *de usucap.*, y §. 2. Instit. d. tit., á causa de que tales vicios de hurto y robo son reales y afectan á la cosa misma, á tenor de la l. 11. C. *de acquir. poss.*, con la glos. magistral allí y d. §. 2.; á no ser que se hubiese purgado el vicio, y vuelto la cosa á su antiguo poseedor, ó dueño, conforme á d. l. 4. §§. 6. y 22., debiendo ser restituida al dueño verdadero para que se borre el vicio de hurto, sin que baste la devolucion de la misma á otro que la detentara ó poseyera casualmente cuando se la hurtó, segun allí; á diferencia de lo que sucede en las cosas inmuebles de que violentamente se haya despojado á alguno, de las cuales desaparece el vicio de la violencia una vez se las ha devuelto al poder del poseedor que fue despojado, aunque no sea el dueño, segun la l. 6. §. 3. y allí Bart. D. *de precar.*, y l. 4. §. 26. D. *de usucap.* Nótese tambien que no contrae vicio real alguno en el sentido que se acaba de espresar la cosa que uno vende por miedo, ó compelido por la fuerza, l. 3. C. *de his quæ vi met. caus.*, y allí la glos., Bart. y Alex. col. ult.: declarando tambien Bart. á d. l. 4. §. 25. cuándo se entenderá poseido un fundo á la fuerza; y si bien espresa quedar la cosa realmente viciada por el mero hecho de haber dejado el poseedor la cosa por temer que iban á despojarle, aunque no lo haya sido violentamente; lo contrario, sin embargo, se desprende del texto de la l. 6. C. *de acquir. poss.*, y de lo anotado á la misma por la glos., lo que (como dice Paul. de Castr. allí) no tuvo presente d. Bart. Y aunque se haya ocupado una cosa á la fuerza, si lo ha sido por el mismo dueño de ella, tampoco contrae un vicio real, segun d. l. 4. §. 21., y lo sostiene Paul. de Castr. al cit. §. 22., y v. glos. y Bart. á d. §. 25.: ni tampoco por el hecho de poseérsela ú ocupársela con claudestinidad, á tenor de d. l. 37. §. 1. y Bart. y Paul. de Castr. allí. Añádase que el crímen de sustraer las cosas de una herencia aun no adida (*expilatæ hæreditatis*) no impide la usucapion de las cosas respecto de las cuales se le hubiere cometido, l. 38. D. *de usucap.*, y lo anotado allí por Bart. y v. Bald. en la l. 10. C. *de furt.* ¿Qué deberá decirse, empero, del poseedor que cometiere violencia contra el dueño de la cosa, defendiendo la posesion, despues de haberla obtenido pacíficamente? V. d. l. 4. §. 28. D. *de usucap.*, y Paul. de Castr. allí. Añádase tambien que no basta para que quede la cosa afectada del vicio de violencia el que el dueño ó poseedor haya sido despojado ó espelido de ella á la fuerza, si no ha entrado en ella el mismo que lo espelió ó cometió el despojo, segun la l. 33. §. 2. y l. 4. §. 22. D. *de usucap.*, y lo anotado por la glos. á d. §. 2. Instit. d. tit. [antes, se declara en d. l. 33. que pueda usucapir la cosa de que fue espelido el dueño á la fuerza, el poseedor que de buena fe hubiere entrado en ella]. Nótese tambien que, aun cuando sea á su vez un despojador el que haya sido espelido, quedará por este hecho afecta la cosa al vicio de la fuerza, segun Ang. á d. §. 2. col. 1. ¿Y si se quita alguna cosa con la intencion de usar de ella solamente, se incurrirá en el vicio de hurto? V. Juan Fabr. al §. 8. Instit. d. tit. donde está por la afirmativa, aun en el caso de no haber querido el que la quitó lucrar con ella. Mas ¿bastará para purgarse el vicio el que la cosa vuelva en poder del tutor de aquel á quien fue hurtada ó robada? V. l. 4. §. 11. D. *de usucap.*, donde se espresa que sí, á no ser que el mismo tutor hubiese sido el ladron y hubiese despues enagenado la cosa, á tenor de la l. 7. §. 3. D. *pro empt.*, y no es suficiente que la misma vuelva al poder del dueño, á no ser que ya tenga conocimiento de que habia sido hurtada, segun d. l. 7. §. pen.; debiendo notarse por último que tampoco desaparece el espresado vicio, aunque la cosa vaya á parar á manos del procurador del dueño, l. 41. D. *de usucap.*, y añad. otros casos que espone Azon en la suma C. *de usuc. pro empt.*, vol. 2.

(11) Véase lo que dije en la glos. anteced.

(12) Entiéndase, como se declara en la l. sig., de los frutos, y fetos concebidos y dados á luz en poder del ladron ó de su heredero: pues ninguno de los dos podrá usucapirlos, á tenor de la l. 48. §. 5. D. *de furt.*, y l. 4. §. 15. D. *de usucap.*; lo contrario se diria si los percibiera un estraño poseedor de buena fe, segun allí, y la l. 10. §. 2. D. *de usucap.*, y añad. ll. 34. y 33. princ. D. d. tit., y la glos. y Ang. allí.

LEY 5. *Como si sierua, yegua, o vaca, o otra cosa semejante, que es furtada, o robada, e la venden, quando el comprador puede ganar los frutos dellas.*

Sierua (13), o yegua, o vaca, o otra cosa semejante, de aquellas que dan fruto de si, si despues que es furtada, o robada, o forçada, la vende a alguno, o la enagena aquel que la ha por alguna destas maneras; dezimos, que si este que comprasse la cosa, a buena fe en comprandola, cuydando que era suya de aquel que gela vendio, (c) o que la non ouo con mala fe, nin de mala parte; si acaeciesse, que despues que la compra, que concibe, e pare (14) en su poder; que el fruto que assi ha della, que lo puede ganar por tiempo (15). Mas si despues que la ouiesse comprada, e ante que concibiesse, supiesse que el que gela vendio la ouiera de mala parte, estonce non podria ganar por tiempo el fruto que la cosa diesse de si. Empero, si despues la cosa concibiesse, seyendo ya en su poder, supiesse que non era de aquel (16) que gela vendio; mas non supiesse, si la ouiera de furto, o de robo, o que la forçara; estonce bien podria ganar el fruto della por tiempo. Mas si supiesse que la ouiera furtada, o forçada, o robada, non podria ganar el fruto della por tiempo; bien assi como non podria ganar la madre. E si por auentura, despues que la cosa ouiesse parido, supiesse que era forçada, o robada, o furtada, e non lo supiesse ante que pariesse; si lo fiziesse estonce saber (17) a aquel cuya era, diziendole, que si algun derecho auia en ella, que lo demandasse; si el otro non lo quisiesse fazer, dende adelante bien podria ganar el fruto de la cosa por tiempo. Esso mismo dezimos que seria, si gelo quisiere fazer saber, e non lo fallasse, porque fuesse tan alongado del logar, que gelo non pudiesse embiar a dezir.

(c) et que la non hobo de mala parte, si acaesciere etc. Acad.

LEY 6. *Como la cosa Sagrada, ni ome libre, non se gana por tiempo.*

Sagrada (18), o Santa, o Religiosa cosa, non se puede ganar por tiempo. Esso mismo

(13) Esta ley se ha tomado de lo espuesto por Az. en la suma C. *de furt.*, vers. *quid autem si ex re furtiva*, y en la suma C. *de usuc. pro empt.*, col. 3. vers. *quod autem*, y por la glos. á la l. 11. §. 2. D. *de publician.*, en la glos. sobre la palabra *ignorabam*; donde pueden verse las leyes concordantes.

(14) Pues el feto se considera furtivo en cuanto á la usucapion, aunque, al dársele á luz, se poseyese la esclava con buena fe, si al tiempo de la concepcion estuvo en poder del que la hurtó, arg. l. 48. §. 5. D. *de furt.*, y Bart. á la l. 12. C. d. tit. Y, segun esta ley, deberá decirse lo mismo en semejante caso respecto del feto de una vaca, ó yegua ú otro ganado. Ang., sin embargo, á la l. 11. §. ult. D. *de publician.*, sostiene lo contrario, distinguiendo entre el parto de una esclava y el feto de un animal; y dice tambien que podrá usucapirse el feto que nace en poder de un poseedor de buena fe, aunque hubiese sido concebido hallándose el animal en poder de un ladron, dando la razon de diferencia en esta parte, á saber, la de que interesa al parto el no mudar de dueño, lo que no tiene lugar en el feto: pero es de derecho muy dudosa la espresada doctrina de Bart. y antes bien demuestra lo contrario la l. 48. §. 5. D. *de furt.*, citada por el mismo: [*Idem et in pecudibus servandum est*, (dice el §. citado) *et in fœtu eorum, quod in partu*]: asi pues no debe hacerse diferencia entre el feto de un animal y el parto de una esclava, sino tan solo respecto de lo que digo en la glos. prox. sig.

(15) Lo que aqui se dispone tendrá lugar respecto de los partos de esclavas concebidos y nacidos estando aquellas en poder de un poseedor de buena fe; los cuales en efecto podrá este último usucapir: mas por lo tocante á los fetos de vacas ó yeguas, sin necesidad de usucapion siquiera, se harán inmediatamente del comprador de buena fe en poder de quien hubiesen sido concebidos y dados á luz, segun Ang. á la l. 33. princ. D. *de usucap.*, Paul. á la l. 10. §. 2. d. tit. y Bart. á la l. 12. hácia el fin C. *de furt.*

(16) Añad. l. 44. §. 2. D. *de usucap.*

(17) Conc. l. 4. princ. D. *pro suo.*

(18) Sagrada, esto es, consagrada por el Pontífice. Santa, esto es, fortalecida por la sancion, como los muros de las ciudades, á tenor de los §§. 8. y 10. Instit. *de divis. rer.*, y acerca de las cosas religiosas, v. el §. 9. Instit. d. tit., y concuerdan con esta ley la l. 9. D. *de usucap.*, y el §. 8. Instit. del mismo tit., puesto que estas cosas, como no son bienes de nadie, no pueden usucapirse; empero, las de la Iglesia que estan en el dominio de la misma, se prescriben, segun la autent. *quas actiones*, C. *de sacros. eccles.* Y obsérvese respecto de los diezmos que no pueden prescribirse por los legos, cap. *causam quæ*, 7. *de præscript.*

dezimos, que ome libre (19) non se puede ganar por tiempo quanto quier, que ome lo tuuiesse en su poder por sieruo. Otrosi dezimos, que señorio para fazer justicia (20), non lo puede ganar ningund ome por tiempo, maguer vsasse della alguna sazon; fueras ende, si el Rey, o el otro señor de aquel logar, que ouiesse poder de lo fazer, gelo otorgasse señaladamente. E aun dezimos, que tributos (21), o pechos,

(19) Aunque trascurriesen mil años, como dice la glos. á la l. 2. C. *de ingen.*, de cuyo modo de espresarse no se halla otro ejemplar alguno, según Bald. á la l. 1. princ. C. *de annal. except.*, y Ang. á la l. 33. princ. D. *de usucap.*, y añad. l. ult. junto con la glos. C. *de præscript. long. temp. quæ pro liber.*

(20) Esta ley parece aprobar la opinion de aquellos que decian que no podia prescribirse el mero imperio, como manifiesta Bald. á la repet. á la l. 1. C. *de emancip. liber.*; en el dia v. l. 6. tit. 13. lib. 3. Orden. Real, por la que resulta modificada la presente de Partida respecto de la suprema potestad y jurisdiccion del Rey, y declarado que contra esta no puede tener lugar la prescripcion, segun allí: con todo, atendido el derecho comun parece mas general la opinion de que tal jurisdiccion suprema podrá prescribirse si transcurriese tanto tiempo que ya no existiese memoria de cuándo principió, segun esponen latamente Felin. en el cap. *cum non liceat, de præscript.*, desde la col. 4. hasta el fin, y Franciso. Balb. en el trat. *præscript.*, fol. 51. col. 1. y 2., al cual puede verse. Esceptuada, empero, la jurisdiccion suprema, la otra se adquiere por la prescripcion aun contra el Rey por el tiempo determinado por las leyes, á tenor de la ley del Ordenam. de que se hablará tambien en la nota prox. sig.: y acerca de si bastará el espacio de diez años, para prescribir contra los demas señores particulares inferiores la jurisdiccion que á estos competa como tales, véas. Alex. consil. 16. vol. 5., y Balb. en d. trat. *præscr.*, fol. 51. col. 4. y siguiente. — * La ley del Ordenamiento á que se refiere nuestro glosador aqui es la 4. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop., en la cual efectivamente estaba declarada la imprescriptibilidad de la suprema jurisdiccion ó potestad que compete al Rey ó Soberano en calidad de tal, esto es, la *de facer y cumplir donde los otros Señores y Jueces la menguaren*: y al contrario, que podian adquirirse por posesion inmemorial *qualesquier ciudades, villas y lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, y qualquiera cosa y parte dello, con las cosas al señorio y jurisdiccion anexas y pertenescientes.* Sobre esto, empero, y sobre lo demas que espresa nuestro glosador aqui, v. la adic. á la nota prox. sig.

(21) Tenemos aqui que los tributos y rentas reales son imprescriptibles, aun por tiempo inmemorial, segun parece declararse en esta ley, en lo que se las equipara á las cosas sagradas y al hombre libre: y lo mismo se manifiesta principalmente, atendido lo que anotan Bald. á la l. 4. al fin C. *de præscr.*, 30. *vel* 40. *annor.*, Juan de Plat. á la l. 24. C. *de decur.*, y Felin. á la rubr. *de præscr.*, col. ult. A tenor de esta nuestra ley parece que en el dia todos los derechos y tributos reales se hallan en el caso de la l. 6. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, [en la cual se declara que no pueda adquirirse por prescripcion el derecho de no pagar censos ó tributos públicos, sea cual fuere el tiempo que se haya estado en la posesion de no pagarlos]. Lo propio tambien parece aprobarse en virtud de la l. 4. del Cuaderno de alcabalas allí, *aunque digan, y aleguen que nunca la pagaron, y estan en possession de non la pagar*, [V. la l. 8. d. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec., en la cual se declara tambien la imprescriptibilidad de los créditos ó alcances que existieren á favor del Rey por atrasos de alcabalas; y V. asimismo la l. 9. y ult. de dd. tit. y lib., en la cual se establece que ninguno pueda adquirir por prescripcion el derecho de percibir alcabalas, aunque haya estado por tiempo inmemorial en posesion de percibirlas]: y, como dice la glos. á la Clement. segunda, glos. ult. *de reb. eccles. non alien.*, abolida una costumbre por el derecho, si la ley ha usado al abolirla de palabras generales, parece que tambien lo quedarán las que se hayan observado por tiempo inmemorial, cuya glos. por ser notable, la cita para el caso Jas. á la l. 64. col. 1. D. *de verb. oblig.*, pudiendo verse otra semejante al cap. 2. *de consuet.*, lib. 6., anotada allí por Dominic.: y todo lo dicho se demuestra mas espresamente en la l. ult. tit. 13. del Orden. Real [d. l. 4. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.] donde se lee: *e las otras leyes que dizen, que las cosas del Reyno non se pueden ganar por tiempo, que se entienda de los pechos, e tributos que a nos son devidos;* con cuyas palabras y las antecedentes de d. l. se demuestra ser el espíritu de la misma el que tales derechos no prescriban en cien años, ni por mas largo tiempo. Ademas, aunque la costumbre pudiese aprovechar para la prescripcion de los tributos atrasados, con todo seria de ningun valor respecto de los futuros, como decide muy señaladamente Juan de Plat. á la l. 1. C. *de exact. et translat. milit. annon.*, donde resuelve que no se adquiere por la prescripcion el derecho de no pagar tributos en lo

o rentas (22), o otros derechos qualesquier que pertenezcan al Rey, e que ayan costumbrado, o vsado de darle, que los non puede ganar ninguno por tiempo, nin se pueden escusar que los non den; maguer estuuiessen alguna sazon, que gelos non diessen, o que gelos encubriessen, o porque los diessen a otri (23).

LEY 7. *Como las plaças, nin los caminos, nin las defesas, nin los exidos, nin los otros lugares semejantes, que son del comun del Pueblo, non se pierden por tiempo, e de las otras cosas.*

Plaza (24), nin calle (25), nin camino (26),

sucesivo, aunque de tiempo inmemorial hayan dejado los recaudadores de exigirlos á algun particular. Ni se opone á lo espuesto la l. 4. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, donde se espresa que las acciones que no caducan por el transcurso de pocos años, se pierden en el de 40. años, aunque sean concernientes al derecho público: pues (á mas de que no se halla ley de Part. que confirme y ratifique la cit. l. 4.) puede contestarse que no procede esta cuando la prescripcion está prohibida especialmente, ni tampoco en los casos en que se haya espresamente dispuesto que no obste ninguna prescripcion. [Fuera de esto, la citada l. 4. del Código está espresamente declarada por la l. 6. del mismo tit., en la cual, como hemos dicho en la nota prox. anteced., se disponia espresamente que la prescripcion de los 40. años no debiese admitirse contra la obligacion de pagar los tributos públicos, (*civilem canonem, vel aliam quampiam publicam collationem eis impositam*) contra la cual por ningun tiempo pudiese prescribirse: (*nec huic parti cujuscumque temporis præscriptionem oppositam admitti*), siendo de admirar que á nuestro Gregor. Lopez le pasase esto por alto, y se objetase todavía el referido texto]. Asi declaran y entienden d. l. Bald. y Ang. á la l. 1. C. *ne rei domin. vel templ.*, y á la misma l. 4. col. ult., pudiendo añadirse señaladamente lo anotado por Alberic. á la rubr. D. *de muner. et honor.*, num. 10. y 11. sobre la mencionada doctrina de Juan de Plat., y añad. l. 4. tit. 4. lib. 6. del Orden. —* En el dia, ni respecto de los tributos públicos, ni respecto de la jurisdiccion puede haber cuestion sobre si se adquiere ó nó por la posesion el derecho de no pagar los primeros ó de percibirlos ó de ejercer la segunda; supuesto que aquellos se exigen y cobran á nombre del Estado, contra el cual no tiene lugar prescripcion alguna, y que la jurisdiccion es un atributo de la soberanía que no puede enagenarse ni concebirse separada de aquella, cuanto y menos perderse y adquirirse respectivamente por la prescripcion. Fundadas en este principio las leyes sobre abolicion de señoríos de 1811. y 1823. restablecidas por la de 2. de febrero de 1837., declararon incorporados á la Nacion todos los señoríos jurisdiccionales de cualquiera clase y condicion que fuesen, y abolidos los dictados de vasallo y vasallage y las prestaciones asi reales como personales que debiesen su orígen á título jurisdiccional, sin distincion alguna entre las que se hubiesen poseido ó nó por tiempo inmemorial, ó que hubiesen sido espresamente concedidas por la Corona. Al presente, no solo está privado el Rey de enagenar ó conceder jurisdiccion, sino tambien la mas mínima parte del territorio, que no puede ceder ni permutar, sin estar autorizado para ello por una ley especial, art. 46. de la Constitucion política de 1845. V. lo anotado á la l. 1. tit. 17. Partida 2ª y la adic. á la nota 58. tit. 4. Partida 5ª

(22) Añad. l. ult. tit. 13. lib. 3. del Orden. Real, y véase lo anotado por Juan de Plat. á la l. 24. al fin C. *de decur.*, y añad. l. 1. al fin tit. 17. Part. 2. Sin embargo, sobre si los réditos de las salinas pueden adquirirse por la prescripcion inmemorial, v. l. 8. tit. 1. lib. 6. del Orden. Real, la que debe verse en el original. —* V. l. 1. tit. 17. lib. 9. Nov. Recop. y téngase presente lo que se ha dicho en la adic. á la nota que antecede.

(23) Asi, pues, ni el deudor de un tributo se librará por medio de la prescripcion: ni otro que lo percibiese sin autorizacion del Rey, adquiriria contra este el derecho de percibirlo; antes se presume poseer el mismo Rey el tributo que otro recauda por su cuenta, segun dice notablemente Bart. á la l. 4. §. 27. D. *de usuc.*, y se aprueba en nuestra ley aqui.

(24) Conc. ll. 9. D. *de usuc.*, 6. C. *de oper. publ.*, y 2. D. *de via publ.*, pues estas cosas no estan en el comercio, y por lo mismo no pueden prescribirse: y Az. á la suma C. *de usuc. pro empt.*, cita por ej. el campo de Marte, el teatro, el anfiteatro de la ciudad de Verona, etc. ¿Podrian, empero, adquirirse dichas cosas que son de uso público, por medio de la prescripcion inmemorial? Parece que sí, atendido lo que nota Ang. á la l. 33. princ. D. *de usuc.*, donde decide que todas las cosas quedan usucapidas en el espacio de cien años, á escepcion del hombre libre; por mas que esté dispuesto lo contrario en los edictos municipales ó de gobierno civil [*in civili vel municipali censura*] y cita la *Novel.* 55. al fin, y l. ult. C. *de sacros. eccles.*, haciendo tambien al caso la l. 4. C. *de aquæd.*, y allí la glos., donde espresa prescribirse por tiempo inmemorial

el aqüeducto que sirve para el uso público. Lo mismo sostiene tambien Ang. á la l. ult. D. *de usuc.*, donde limita d. l. que prohibe la prescripcion de los lugares públicos del mar, ó de un rio público, diciendo que se entenderá prohibida aquella si fuere inmemorial: alega la cit. l. 4. y l. 9. C. *de aquæd.*, junto con la glos. Del propio dictámen parecen ser Bald. y Ang. á la l. 1. C. *ne rei domin. vel templ.*, por presumirse, que aun escluida la prescripcion, no lo queda la inmemorial, como manifiestan señaladamente Abb. al cap. ult. col. 7. *de præscript.*, y Felin. cap. *accedentes*, col. 4. d. tit., y lo mismo, hablando espresamente de las cosas públicas y destinadas para el uso público, sostiene Balb. en su trat. *præscript.*, fol. 61. col. 2. vers. *sextus casus.* Sin embargo, hay en contrario el que estas cosas no se poseen, ni son susceptibles de posesion, segun la l. 1. §. ult. D. *de acquir. posses.*, y lo anotado por la glos. á la l. 3. D. del mismo tit., y no puede prescribirse lo que no puede ser poseido, l. 25. D. *de usucap.* Asi parece sostenerlo la glos. magna á la l. ult. al fin C. *de sacros. eccles.*, la que, refiriéndose al testo, pretende que ni en cien años pueden prescribirse las cosas destinadas á los usos públicos. Y tambien Juan de Plat. á d. l. 55. C. *de decurion.*, donde sostiene aquella opinion y espresa que las cosas declaradas por la ley imprescriptibles, como las sagradas, santas y las públicas de las ciudades, esto es, las que estan destinadas al uso público, como los caminos públicos, aunque transcurran cien años, no podrán ser adquiridas por la prescripcion: lo mismo sienta Bald. á la l. 4. al fin C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*; y cuando la ley escluye la prescripcion, no deberá admitírsela, aunque fuere inmemorial, segun resuelve Felin. en el cap. *accedentes*, col. 5. vers. *fallit tertio*, *de præscr.*, cuya opinion es quizás de derecho la mas acertada: sin que obsten los testos alegados en contrario, que procederán tan solo respecto de las cosas que la ley no haya declarado imprescriptibles, mas nó respecto de las que sean declaradas tales como las sagradas ó destinadas para los usos públicos: viene en apoyo de esto lo que manifiesta Luc. de Pen. á la l. 9. C. *de aquæduct.*, donde dice que el agua necesaria destinada para el uso de los ciudadanos no prescribe ni aun por tiempo inmemorial. Todo lo dicho, empero, en este sentido procederá tan solo cuando el que pretenda haber adquirido alguna de dichas cosas no alegare para ello otro título que la posesion inmemorial; porque si alegare algun otro título justo como fundamento de su pretension, y probare ademas haber usado de la cosa por el espresado tiempo, entonces ese mismo uso se entiende como justificativo del título alegado: asi lo limita y entiende singularmente Felin. á d. cap. *accedentes*, col. 6., cuya opinion sigue Balb. en d. trat. *præscript.*, fol. 57. col. 2. Procederá tambien la espresada doctrina indistintamente respecto de los caminos públicos, plazas y demas cosas que no pueden poseerse; mas si se tratara de los términos de las ciudades, que no sean egidos ni dehesas de las que se habla en esta ley, tendria lugar respecto de ellos la prescripcion, aunque se hallasen afectos al uso público: asi lo decide Rodrig. Suar. en su aleg. 15., espresando haber oido que se habia dado la referida interpretacion á esta nuestra ley de Part. en el Real Consejo y en las Reales Audiencias, añadiendo que de otra manera seria absurdo el que la misma se hiciese estensiva á todos los términos en general; y dice que no obstan estas palabras de la ley *nin otro lugar*, pues segun él, deben referirse á lo que concierne al uso ó aprovechamiento de pastos, como fuentes, arroyos, lagunas para abrevar el ganado; pudiendo reducirse á esto todo cuanto alega sobre el particular. Con todo, yo dudo mucho que sea exacta la citada doctrina de Suarez por mediar la misma razon respecto de todas las cosas sobredichas, esto es, la de hallarse destinadas para el uso público: á menos que se entienda en el sentido de que lo que no se prescribe es la misma propiedad de los términos, pero sí ciertas servidumbres á que pueden aquellos estar afectos, como la de apacentar, ó de cultivar algunas tierras: las cuales, como se pueden considerar separadamente de la propiedad, tal vez se adquiririan por la prescripcion de 40. años; y esto es lo que se ha decidido siempre en las Reales Audiencias respecto de las cosas cultivadas de 40. años á esta parte. Puede tambien admitirse la imprescriptibilidad de las cosas comprendidas en esta ley de Partida en órden á la prescripcion de la propiedad de las mismas; si se pretendiese, empero, prescribir la posesion, tratándose de cosas susceptibles de ser poseidas como prados y pastos, bastaria quizás la prescripcion de 40. años para ser atendida en juicio posesorio, l. 4. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, pues se pueden poseer muy bien cosas, cuya propiedad no es dable adquirir, segun el cap. *dilectissimi*, 12. q. 1. glos. 1., y lo que espone Andr. de Iser. *de prohib. feud. alien. per Frederic.* §. *illud quoque*, col. ult., asi como se verifica en la muger que posee las cosas donadas por su marido, aunque tal donacion sea nula, l. 3. al fin D. *pro donat.*, y con todo posee natural y civilmente y le compete el interdicto *unde vi*, l. 9. D. *de vi*, *et vi arm.*: lo mismo decide Juan Andr. lug. cit. respecto de las cosas sagradas y religiosas, ó bien públicas, y del hombre libre, diciendo que todas son susceptibles de ser poseidas aunque no lo sean de es-

tar sujetas al dominio particular, ll. 10. y 23. D. *de acquir. rer. dom.*, 6. D. *de contrah. empt.*, y 7. §. ult. D. *de liber. caus.*, haciendo al caso lo que dice señaladamente Abb. cap. 1. col. ult. *de restit. spol.*, y la l. 12. §. 1. D. *de acquir. posses.* En apoyo de lo mismo parece estar el cap. *volumus*, 16. q. 4. junto con lo que esponen allí la glos. y el Card. de Torquemada vers. *dominio, id est, possessione*, y tambien la l. 7. D. *de divers. et temp. præscript.* Tampoco obsta el testo de la l. 1. §. ult. D. *de acquir. posses.*, á tenor del cual decide Bald. que no pueden prescribirse las cosas que son de uso público : pues d. l. habla de las plazas, iglesias, y otras cosas semejantes que no pueden ser poseidas ni aun por los mismos municipales en cuyos lugares se hallan; pero cuando se trata de cosas susceptibles de poseerse, pueden obtener su posesion no solo los de la municipalidad á que aquellas pertenezcan, sino tambien los que no lo sean, l. 1. §. 3. D. *quod cujusq. univ. nom.*, y lo propio se manifiesta en la ley de Toledo, que habla de los términos de los pueblos, y de la instruccion que se espidió posteriormente para la ejecucion de lo dispuesto en la misma [d. l. de Toledo es la 5. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec. y la instruccion citada por el glosador forma la l. 6. de los mismos tit. y lib., por las cuales se estableció que debiesen ser restituidos á los pueblos los términos que por otros pueblos ó particulares les hubiesen sido ocupados; y se previno que, constando el hecho de la ocupacion, hubiesen de ser aquellos repuestos en la posesion de los términos respectivos, sin perjuicio de lo que se determinase despues oyéndose á las partes en méritos de propiedad]. Lo propio parece que tambien opinan Ang. y Alex. á d. §. ult., y esta es, en mi concepto, la opinion mas probable; aunque pueda citarse en contrario lo espuesto por Luc. de Pen. á la l. 1. col. 3. y siguientes C. *de reis postul.*, esto es, que lo dispuesto por las leyes acerca el modo que debe hacerse la prueba contra un baron, cuando se trata de reclamarle sus castillos y otros bienes, procederá del mismo modo en el juicio posesorio, que en el petitorio : ademas, y en órden á lo dicho relativamente á poder prescribirse las servidumbres en las cosas que son de uso público, puede objetarse tambien la l. 13. tit. 31. de esta Part., donde se espresa que no deben imponerse servidumbres en dichas cosas; y por lo mismo, no pudiéndose imponer aquellas por medio de pacto, tampoco podrá adquirírselas por prescripcion, segun el §. *quid ergo*, *de invest. de re alien. fact.*, y lo anotado allí por Bald. Medítese, empero, acerca de esto, y tal vez podrá contestarse que no media siempre la misma razon en la prescripcion que en el pacto : pues tampoco á las cosas de las iglesias pueden imponerse servidumbres sin licencia del Papa, ó del Obispo, de quien dependan, segun manifiesta Abb. cap. *constitutis*, col. 1. *de election.*; y sin embargo puede adquirirse por prescripcion una servidumbre sobre el predio de la Iglesia, poseyéndola por espacio de 40. años, cuando tiene una causa contínua y por tiempo inmemorial cuando es discontínua, como dice Inoc. cap. *cum dilectus*, *de consuet.*, col. ult., y algunas veces tiene mas eficacia la prescripcion que el pacto, segun la l. 6. §. 1. D. *quemad. serv. amit.*, la glos. á la l. 1. en la palabra *cohæredibus*, D. *famil. erc isc.*, y Oldrald. consil. 172. col. pen. y Paul. de Castr. á la l. 27. D. *de serv. urb. præd.*: y en corroboracion de que debe hacerse la diferencia antes esplicada entre el caso de alegarse la prescripcion de la propiedad y el de referirse aquella á una servidumbre, ya por ser dos cosas muy distintas, ya porque esta última se adquiere en general con mucha mas facilidad que la primera, véase lo anotado por Bart. á la l. 6. col. 2. D. *de usur.*, donde observa ademas que en ningun caso causa tan grande perjuicio la prescripcion de la servidumbre. — * V. la adic. á la nota 29.

(25) Añad. l. 2. D. *de via publ.*, y acerca de si podrá venderse un camino público, v. Luc. de Pen. á la l. 1. C. *de divers. præd. urb.*, donde decide que nó, si se tratare de un camino necesario no solo al pueblo que lo enagena, sino tambien á otros : y acerca el contenido de esta ley, véase lo anotado por Bald. á la l. ult. col. 2. C. *de sacr. eccles.*, y todo cuanto espone Juan de Plat. á la l. 55. C. *de decur.*, pues sirve singularmente para la inteligencia de nuestra ley, y ademas véase lo anotado por el mismo á la l. 4. C. *de aquæd.*, donde trata del que pretende prescribir el mar y los rios públicos, y á la l. 9. C. *de aquæd.*, con la glos. de la l. 13. D. *de divers. et temp. præscr.*, y l. ult. C. *de sacros. eccles.*, y lo anotado allí : pudiendo añadirse para mas cabal inteligencia á Balb. en el trat. *præscr.*, chart. 61. col. 2. y lo que manifiesta Juan Andr. en las adiciones al Specul. tit. *de execut. sent.*, §. *sequitur*, vers. *quid si universitas* : y v. Socin. consil. 86. col. ult. part. 1., y acerca de su interpretacion y limitacion v. Rodrig. Suar. en su aleg. 18. y lo que dije en la glos. ant. — * V. adic. á la nota 29.

(26) Los caminos comunes son para todos en cierto modo por derecho natural y de gentes, como manifiesta Sto. Tomas lib. 2. *de regim. Princip.*, cap. 12., por cuyo motivo nadie puede ocuparlos, segun la l. 2. §§. 21. y 4. D. *ne quid in loc. publ.*, ni tiene lugar en ellos la prescripcion, á tenor de nuestra ley, y de d. l. 21., sea cual fuere el transcurso del tiempo:

nin defesa, nin exido, nin otro logar qualquier semejante destos (27), que sea en vso comunalmente del Pueblo de alguna Ciudad, o Villa, o Castillo, o de otro Lugar, non lo puede ningund ome ganar por tiempo. Mas las otras cosas (28) que sean de otra natura, assi como sieruos, o ganados, o pegujar, o nauios, o otras cosas qualesquier semejantes destas, maguer sean comunalmente del Concejo de alguna Cibdad, o Villa, bien se podrian ganar por tiempo de quarenta años (29). E esto es, porque maguer que sean de todos

por lo que, como espone el mismo Sto. Tomas en el lib. *Numeror.* cap. 20., dichos caminos se llaman reales, para significar que son comunes; y allí espresa S. Agustin en la glos., que se da á los mismos tal denominacion, porque deben franquearse á cualquiera transeunte inofensivo, por exigirlo asi la humana sociedad; y por esto, como se lee en el lugar citado, Dios mandó la destruccion de los Amorrheos, porque no quisieron permitir el paso á los hijos de Israel que andaban solamente por el camino real, esto es, sin perjudicar al pais: atendido lo que, parece no ser muy acertado lo que dijo Bald. al cap. 1. *de forma fidelit.*, esto es, que pueda impedirse justamente la entrada á los que vinieren á un pais estrangero, arg. l. 16. D. *de serv. rust. præd.*, y en otros casos semejantes: á no ser que se entienda lo que espresa Bald., cuando quisieran entrar para fijar allí su residencia, y v. Felin. en el cap. *quoniam de offic. ordin.*, ó cuando se recelase que vienen para esplorar, ó hubiese otra causa justa para vedarlo; sobre lo cual puede verse; á mas de lo dicho, lo que anota el mismo Bald. en las repet. á la l. 32. col. 10. D. *de legib.*, á la autent. *habita,* col. 5. C. *ne filius pro patr.*, y á la l. 5. col. 3. D. *de just. et jur.* Asi dice tambien Andr. de Iser. en la rubr. *quæ sunt regalia*, al fin, que el Rey puede impedir la entrada ó el tránsito por el camino público, á la multitud, ó á un ejército relajado, por lo mismo que lo es, arg. l. 15. hácia el fin D. *locat.*, ó bien si temiese la invasion de sus tierras, ú otros peligros: y tambien puede prohibirlo hasta á un solo individuo, habiendo causa para ello, por ej., el que no se supiesen los secretos de su reino, arg. l. 3. C. *de commer. et mercat.*, ó si no quisiese que permaneciesen estrangeros en sus dominios, á fin de que no contaminasen los ánimos de sus súbditos, acerca de lo cual v. tambien á Sto. Tomas lib. 2. *de regim. Princ.*, cap. 3. Pero, cesando estas ó semejantes causas, no se podria segun él, probibir el uso de los caminos. — * V. la adic. á la nota 29.

(27) V. l. 4. [querrá decir la 6.] del título prox. ant.

(28) V. Bald. á la l. 2. C. *ne rei domin. vel templ.*

(29) Nótese segun esto, que quedará entre nosotros bien claramente decidido cuál sea el tiempo necesario para prescribir las cosas de las ciudades que no esten afectas al uso público: lo que, por derecho comun, era muy dudoso, pues algunos pretendian que bastaban 10. años, como Jacob. de Raven., Alberic. y Ang. á la l. 9. D. *de usucap.*, y otros que 30., como Juan de Imol. allí, fundado en la l. 4. C. *de præscr. 30. vel 40. annor.*, y en la l. ult. C. *de fund. patrim.*, esceptuando tan solo aquellos casos de que habla d. l. ult. C. *de sacros. eccles.* Pero, segun nuestra ley aqui, se establece para todos los casos el tiempo de 40. años, y lo propio sostenia, aun con respecto al derecho comun, Salic. á la autent. *quas actiones*, C. *de sacros. eccles.*, y á la l. 1. C. *de quadrien. præscr.*, aprobando la opinion de Placentino, de la que se trata en la glos. de d. autent. *quas actiones*, C. *de sacros. eccles.*, y acerca la inteligencia y limitaciones de la cit. l. ult. v. Franc. Balb. en el trat. *præscript.*, fol. 54. col. 2. y 3. Y procede lo dispuesto aqui, cuando se prescribe contra una ciudad que tenga el verdadero dominio de la cosa que se trata de prescribir, pues si aquella tuviese tan solo el cuasi-dominio, ó se hallase en condicion de usucapir, entonces bastaria la prescripcion de largo tiempo, como lo sientan Bart. á la l. 15. §. 26. col. 1. D. *de damn. infect.*, y Ang. é Imol. á d. l. 9. Y añádase que se requiere tambien el tiempo de 40. años para prescribirse las servidumbres que competen á una ciudad, ó república, segun Ang. é Imol., siguiendo á Inoc., al cap. *cum dilectus*, *de consuet.* al fin. — * Para comprender lo que espone el glosador en la presente nota es preciso distinguir entre las cosas que se llaman *públicas*, por consideracion á su naturaleza ó á su modo de existir, y las que se llaman tales por consideracion á las personas ó corporaciones que las poseen ó las han adquirido, y recordar todo cuanto á ese propósito dejamos esplicado en la adic. á la nota 70. del tit. prox. anteced. En cuanto á las cosas que allí calificamos de verdaderamente *comunes* ó *verè nullius*, como por su misma naturaleza estan exêntas de que se las sujete al derecho de propiedad, si es imposible que sobre ellas se tenga el dominio ni otro derecho real alguno, es evidente que tampoco este podrá adquirirse por la prescripcion. Por lo que hace á las cosas verdaderamente *públicas*, esto es, aquellas que por su modo de existir natural ó artificial, estan des-

tinadas al uso comun y universal, pero que pertenecen en cierto modo al Estado ó Nacion que las ha producido ó las conserva ó las tiene dentro de su territorio, como los caminos, rios navegables etc. : es de observar, en primer lugar, que semejantes cosas estan exentas, como las *comunes*, de que se las sujete al dominio ó propiedad de los particulares, por ser tal su naturaleza, que estos no pueden tener sobre ellas mas que el simple uso, y aun este lo tiene cada particular momentáneo, por decirlo asi, ó mientras lo necesite y en participacion con todos los demas. Si, pues, los individuos, como tales, no pueden tener sobre las cosas públicas derecho real alguno permanente y esclusivo, es claro que tampoco podrán adquirirlo por la prescripcion : mas esa cuasi-propiedad (si asi puede llamarse) que al público corresponde sobre tales cosas, esa facultad de variar su forma, cuando son artificiales, de atender á su conservacion y exigir ciertas compensaciones por los trabajos y gastos invertidos (V. d. nota 70.) compete, mas bien que al público que usa, á la Nacion ó Estado que posee é inspecciona : y ya por la l. 11. del tit. prox. antec. estaba concedida al Rey como representante del Estado : y, pues se puede estar y se está verdaderamente en posesion de semejantes derechos y se transfieren estos de una nacion á otra sin dificultad, por ej., cuando se enagena ó cede el territorio de que forman parte los mismos rios, caminos públicos etc., tampoco puede haberla en que los espresados derechos se adquieran por la prescripcion : de donde se infiere, 1º, que, las cosas *públicas* ó del *dominio público* en el sentido que acaba de espresarse no son ni pueden ser susceptibles de prescripcion, en cuanto por ella pretenda algun particular adquirir su dominio ú otro derecho real contra el público que las usa, ni contra el estado ó nacion que, como tales, las posee; 2º, que tampoco lo son respecto de una nacion ó estado que pretenda prescribirlas al efecto de adquirir su dominio pleno ú otro derecho esclusivo del uso *público;* porque esto, mas bien que adquirirlas, seria desnaturalizarlas y distraerlas del objeto á que estan esencialmente destinadas : 3º y último, que dichas cosas *públicas* son susceptibles, empero, de *prescripcion*, en cuanto por ella pretenda una nacion ó estado haber adquirido contra otro estado ó nacion, el derecho de cuasi-propiedad que puede tenerse sobre las mismas poseyéndolas como tales, á tenor de lo que dejamos esplicado; y asi, no solo se entenderán adquiridas y transmitidas de una nacion á otra, cuando formal y espresamente se las hubiere cedido y enagenado, sino tambien cuando, tratándose por ej., de un camino ó de un rio fronterizos, alegare una de las naciones colindantes haberlos poseido del modo que tales cosas pueden poseerse, ó, lo que es lo mismo, haber ejercido sobre ellos los derechos de inspeccion y vigilancia, haberlos transformado ó mejorado y exigido los derechos de pasage ú otros de los que nosotros hemos calificado de derechos de compensacion : en cual caso el estado que asi hubiere poseido podrá haber adquirido las espresadas cosas en el sentido en que se las puede adquirir, atendida su naturaleza, y las habrá adquirido á título de prescripcion. Es digno de notarse que la imprescriptibilidad de las cosas *públicas* se funda, no solo en la razon que antes hemos señalado de no ser susceptibles del dominio particular, y no poder por consiguiente adquirirse el de las mismas por la prescripcion, sino tambien en la de que es imposible que, respecto de ellas, se verifiquen las condiciones necesarias para prescribir, por ser imposible tambien que nadie las posea civilmente ó como dueño y con buena fe, sin lo cual es imposible toda prescripcion. En efecto, si tratándose de las cosas que estan en el comercio, ó que estan sujetas á lo *tuyo* y *mio*, se comprende muy bien que uno las posea sin ser dueño y por estar en la creencia de que le pertenecen, porque sabe, de todos modos, y no puede dudar que por necesidad han de pertenecer á alguien, nada de esto es aplicable á las cosas *públicas*, como ni tampoco á las *comunes*, por la razon sencilla de que estas, si son tales, lo serán por su misma naturaleza, como las comunes, ó por su modo particular de existir, natural ó artificial, como los rios navegables, caminos, puertos y demas cosas verdaderamente *públicas :* ahora, es notorio que esa calidad inherente á las espresadas cosas no puede absolutamente ocultarse al que pretenda poseerlas; luego este deberá saber por lo mismo que no son aquellas susceptibles de ser civilmente poseidas y mucho menos por un particular, y asi no podrá alegar su posesion, ni la buena fe, ni el justo título, porque, aun cuando se le hubiesen enagenado, debió saber asimismo que á ningun particular podian ser enagenadas. Obsérvese, empero, que, segun se desprende de lo mismo que llevamos dicho, las cosas públicas ó la mayor parte de ellas pueden ser individualmente consideradas bajo dos aspectos distintos, á saber, en cuanto tienen y conservan la forma tal vez artificial que las constituye en la clase de *públicas*, como el puerto en cuanto es puerto, el camino en cuanto es camino, el rio en cuanto es navegable etc., ó en cuanto, despojadas de aquella forma accidental, pueden pertenecer por su naturaleza á una clase diferente, como el camino, en cuanto es una porcion de terreno sujeta por su naturaleza al dominio particular, ó el rio y el puer-

to, en cuanto el primero, no siendo navegable, y el segundo, no siendo regularizado y convertido en un lugar seguro, era una simple ensenada que formaba naturalmente el mar, y estaban uno y otro sujetos al uso comun y universal; eran cosas nó *públicas*, sino *verè nullius*. Las dos observaciones que anteceden son fecundas en consecuencias: en primer lugar, si bien las cosas públicas, en calidad y con el carácter de tales, no pueden ser prescritas ni usucapidas, como hemos dicho, por particular alguno, ni aun por un Estado ó Nacion en perjuicio del derecho que de usarlas compete á todos y cada uno de los individuos que constituyen el público como ser moral; al contrario se verifica que el público puede prescribir las cosas de los particulares, y, usándolas, ó dándolas la forma conveniente para que se adapten al uso comun, adquirir por el tiempo el derecho de que se las considere en la clase ó categoría de cosas *públicas*, y de que no pueda alterarse la forma que á dichas cosas hubiere dado, ni disputársele el derecho de usarlas: y aun en ese caso adquirirá tambien por prescripcion la Nacion ó Estado respectivo el derecho de poseer las espresadas cosas y de ejercer sobre ellas el derecho de cuasi-propiedad, segun antes queda esplicado. Mas tambien se colige, en segundo lugar, y en inverso sentido de las antecedentes observaciones que, si bien ningun particular puede adquirir por prescripcion el dominio de una cosa pública, poseyéndola y pretendiendo haberla adquirido en calidad de tal, podrá, empero, en algun modo verificarse la prescripcion de dichas cosas á favor de un particular atendido que puede haberlas poseido ó adquirido, nó en calidad de públicas, sino en la de cosas *singulorum* ó destinadas á estar en el comercio y susceptibles de entrar en él. Supóngase que, al espropiarse á un particular por causa de utilidad pública de una parte del terreno que le pertenece, se ha convenido entre el mismo y los agentes del Estado que para indemnizarle se le dará en propiedad el terreno que ocupa el camino ó el que forma la plaza que debe desaparecer ó edificarse tal vez á consecuencia de aquella misma obra pública que ha motivado la expropiacion: supóngase tambien que, despues de celebrado dicho convenio y llevado á ejecucion, se reclama del poseedor el terreno cedido y transformado, justificándose que habia sido un camino real ó una plaza cuando lo ocupó y empezó á poseerlo, y sin que pueda aquel acreditar su adquisicion por haberse estraviado los títulos, y no poderlos obtener de nuevo por haber ocurrido un incendio ó un saqueo del archivo ú oficina en donde debia encontrarlos: si esto tiene lugar despues que el particular expropiado é indemnizado hubiere poseido por el tiempo necesario el terreno que se le cedió en indemnizacion, ¿podrá disputársele el dominio de las cosas cedidas bajo el pretesto de que por ser públicas y no estar en el comercio, no ha podido adquirirlas en fuerza del contrato, ni por medio de la prescripcion? Claro está que nó, porque aquel particular ha adquirido y ocupado cosas *públicas*, pero con justo título y buena fe y nó en el concepto de tales, sino en el de que, cambiando su forma, podian dejar de ser *públicas* y pasar á la clase de las que son susceptibles de dominio: ha adquirido nó una plaza ó un camino real, sino el terreno que ocupaban una y otro y que debia dejar de ser tal despues de desmontado el segundo y edificada la primera. En este sentido, pues, diríamos que aquel particular habria adquirido el dominio de dichas cosas por medio de la prescripcion; ó en general, que tambien las que estan en el *dominio público* son susceptibles de prescribirse por los particulares y contra el Estado, siempre que se las haya poseido con buena fe y justo título, esto es, despojadas de la forma accidental que las hacia considerar como destinadas al uso comun, ó como susceptibles de despojarse de ella: y lo propio deberia decirse de las cosas *santas* ó destinadas á la defensa y seguridad del Estado, siempre que se pretendiera haberlas adquirido desautorizadas ó despojadas de la *sancion* que las escluia del comercio y con la facultad legítima ó presunta de reducirlas á la clase de *res singulorum*.

Por lo que hace á las cosas que estan en el dominio del *Estado*, ó sean, aquellas que se llaman *públicas*, nó por consideracion á su naturaleza ó modo especial de existir, sino respecto de la persona que las posee, como son los bienes mostrencos y demas que en la citada nota 70. hemos calificado de *nacionales*, no menos que los del dominio de la *Corona*, los del *particular del Rey* y los *comunales* ó de las municipalidades, no sabemos ver inconveniente alguno en que, respecto de ellos, se admita la prescripcion á favor de los particulares contra la Nacion, el Soberano ó las Universidades, del mismo modo que se la admite para adquirir dichos bienes á favor de estos últimos contra los particulares: y aun se puede añadir que esta doctrina tan conforme á los buenos principios de jurisprudencia está admitida y espresamente consignada, respecto de los bienes *nacionales*, por la ley de *Mostrencos* de 1835. que hemos transcrito en la nota última del tit. prox. antec., en cuyos artículos 11. y 12. se declara que la prescripcion, con arreglo á las leyes comunes, legitima las adquisiciones hechas á nombre del Estado, y escluye las acciones del mismo y las reclamaciones que, de otra manera, podrian intentar-

se sobre los bienes declarados de su pertenencia en la misma ley. Las leyes de Partidas, si bien se considera, tampoco habian desechado este principio; pues que solo esceptuaron de la prescripcion, en cuanto á las cosas del Rey, la jurisdiccion y el derecho de exigir tributos, rentas ú otros derechos que hubiese acostumbrado percibir en calidad de tal, esto es, como representante del Estado, l. 6. de este tit., y, en cuanto á las cosas propias *comunalmente del pueblo de alguna cibdad ó villa,* las plazas, calles, caminos, dehesas y egidos, mas nó los siervos ó ganados, pegujar ó navíos ó *otra cosa cualquier semejante de estas,* las cuales dice la presente ley, *maguer sean comunalmente del concejo de alguna cibdad ó villa, bien se podrian ganar por tiempo de cuarenta años; e esto es*; añade, *porque maguer sean de todos comunalmente non usan dellas todos assi como de las otras cosas sobredichas.* Unicamente á ese propósito nos permitirémos observar que, asi como en la ley de Partª se tuvo presente la distincion entre los bienes *propios* y los *comunales*, ó sea, entre las cosas pertenecientes á Universidades que estan en el uso comun y de todos los individuos, y las que se administran y poseen colectivamente, no debiera haberse olvidado el hacer diferencia, respecto de dichas cosas *comunales*, entre las que son tales que no pueden usarse de otra manera, como las plazas, calles, caminos vecinales etc., y las que se usan asi accidentalmente, pero podrian dejar de usarse en comun sin variar de naturaleza y sin dejar de pertenecer á la Universidad. Tales son los montes y bosques comunales ó las *dehesas y egidos* de que habla nuestra ley aqui, calificándolos de imprescriptibles al igual de las plazas y caminos; siendo asi que, en nuestro concepto, mas bien deberia habérselos equiparado á los esclavos, ganados y demas cosas semejantes del comun, porque son iguales á estas en cuanto á ser susceptibles, por su naturaleza, del dominio particular; y no varian intrínsecamente de condicion por la circunstancia de no administrárselas y poseérselas, como los bienes de los particulares: antes bien, si estan usando de ellas directa y comunalmente todos y cada uno de los vecinos, es esto una circunstancia transitoria y accidental que no escluye la calidad inherente á las mismas de ser cosas susceptibles de dominio ó *res singulorum.* Un bosque ó un prado de un particular pueden pasar á ser bienes de una municipalidad, *propios* ó *comunales*, si su dueño los cede ó enagena á una municipalidad, sin que varien por esto de naturaleza y sin que se haya modificado siquiera su forma esterior, ni el modo de cultivarlos y aprovecharse de ellos. Asimismo, pues, y por igual razon podrán pasar dichas cosas del dominio del comun al de los particulares, y de consiguiente podrá recaer en ellas la *prescripcion;* pues, atendido lo espuesto, no hay ni puede haber razon alguna para escluirla.

Antes de dejar esta materia y con ocasion de lo que acerca de ella está dispuesto por las leyes de Partida, no podemos dispensarnos de recordar que, si bien, por punto general, se enumeran los caminos y canales entre las cosas verdaderamente *públicas*, y tales que no pueden pertenecer privativamente á particular alguno, pero esto debe entenderse limitadamente de los caminos *públicos* ó reales y sin olvidar la diferencia que ya en los Códigos romanos estaba perfectamente consignada entre aquellos caminos y los privados: *Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus; viæ privatæ solum alienum est, jus autem eundi (et) agendi nobis competit: viæ autem publicæ solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publicè iretur, commearetur.* L. 2. §. 21. D. *Ne quid in loc. publ.*

En nuestro concepto, podria considerarse á la tierra como elemento, y, en calidad de tal, como cosa universal y *verè nullius,* á lo menos para ciertos usos, entre los cuales descuella el de tránsito ó pasage y el de conduccion ó acarreo de las cosas que deban transportarse de un lugar á otro: y en este sentido todos los Estados como poseedores de sus territorios respectivos, estan recíprocamente obligados á franquear el paso y transporte á propios y estraños, que es lo que tiene dicho elemento de comun, inagotable y de uso universal. Pero, pues la tierra considerada como objeto fructífero y productivo y destinada á ocuparse por las Naciones é individuos, es esencialmente susceptible de division y de sujetarse al dominio de los particulares, al verificarse esa ocupacion y reparticion, han debido reservarse siempre algunas porciones de ella para el paso y acarreo comun y universal (salvos, empero, los casos de defensa mas ó menos latamente considerada) á fin de que esos derechos adquiridos de propiedad pública ó privada no perdiesen su legitimidad escluyendo el otro derecho de uso constante y universal que naturalmente compete á todos los hombres. Asi, pues, no solo los caminos son cosas *públicas,* sino que es tambien de derecho público ó de gentes el que haya de haberlos generales, á lo menos en su estado natural: y, privando de ellos al comun de los hombres, se atentaria contra un derecho natural, que es tan imprescriptible como el que se tiene sobre el aire, el agua del mar y sus riberas etc. Mas los cami-

comunalmente, non vsan comunalmente dellas todos, assi como de las otras cosas sobredichas. Empero si la Ciudad, o Villa, o otro Lugar, que perdiesse alguna destas cosas por tiempo de quarenta años, pidiesse despues deste tiempo fasta quatro años (30) al Rey, o al

nos se abren artificialmente, se sustituyen unos á otros, se perfeccionan y multiplican por cada nacion dentro de su territorio, á medida que crece su poder y civilizacion, se construyen, inventan nuevos medios de transporte que antes no existian ó no se conocian, como canales, ferro-carriles etc., y la existencia de esos medios que en su multiplicidad y estado de perfeccion no son absolutamente necesarios, pero que facilitan y fomentan el comercio, los gastos que han ocasionado y que ocasiona su conservacion á las naciones que los han producido, y las ventajas que de ellos reportan ó pueden reportar todas las demas, nos esplican cómo nace y debe respetarse, con todas sus legítimas emanaciones, ese derecho ya esclusivo de cuasi-propiedad que cada nacion tiene sobre dichas obras públicas existentes en su territorio, y como ese mismo derecho es enagenable de una Nacion á otra, y por consiguiente prescriptible, segun llevamos oportunamente esplicado. En el estado actual de la civilizacion y cuando el espíritu de asociacion y otras causas han hecho cobrar á las fuerzas de los particulares las mas gigantescas dimensiones, vemos realizarse por cuenta de empresas y aun de simples individuos y bajo la garantía del derecho privado ciertas obras colosales, que antes estaban reservadas á los gobiernos y tal vez solamente á los de las naciones más poderosas; y vemos tambien por consecuencia ó podemos figurarnos á esas empresas ó particulares con el carácter de propietarios de cosas públicas como caminos, canales etc., que ellos mismos han producido, y tienen bajo su inmediata inspeccion y vigilancia, ejerciendo sobre dichas cosas la facultad de modificar y restringir su uso público ó universal y sujetarlo á las retribuciones ó compensacion del trabajo y de los gastos invertidos. Nada de esto, empero, destruye la verdad de los principios que antes dejamos sentados. Es verdad que puede existir de ese modo un canal, un ferro-carril, ó camino general, si se quiere, construido, poseido y esplotado por una empresa ó por un particular, sin participacion del gobierno. Pero esa carretera, ese ferro-carril, ó canal ¿se suponen construidos como obras de utilidad pública ó nó? ¿se han ocupado y adquirido á nombre del Estado y por las reglas de expropiacion forzosa de los particulares que los poseian los terrenos que aquellos ocupan en toda su estension? O ¿se les ha practicado por cuenta esclusiva de la empresa constructora, y, aunque con permiso del gobierno, pero comprando aquella el terreno ocupado por convenciones privadas y voluntarias de los propietarios á quienes pertenecia? En el primer caso el canal ó el camino serán verdaderamente *públicos* y constituidos en el público dominio, de uso público, y, como tales, imprescriptibles: el derecho que entonces tendrán sobre dichas obras públicas la empresa ó particulares por cuenta de quienes se hayan construido, les competerá como delegados ó agentes del Estado, sin perjuicio, empero, de las estipulaciones ó contratos que entre este y aquellos se hayan celebrado para su construccion. En el segundo caso dichas obras serán una propiedad privada, á tenor de la citada ley 2. §. 21. D. *ne quid in loc. publ.*: y por consiguiente será transmisible á libre voluntad y sujeta por su naturaleza á la prescripcion. De esta manera se concibe cómo pueden existir caminos generales y de que el público esté en posesion de usar, y que no sean *públicos* sin embargo, en la verdadera significacion de esta palabra, antes bien con la facultad en el particular propietario de escluir de dicho uso á ciertas y determinadas personas, y aun de reservarlo esclusivamente para sí. No queremos decir que existan en realidad, ni que semejante propiedad no estuviera de otra parte subordinada á ciertas reglas de derecho público ó administrativo que restringirian indudablemente aquel lleno de facultades; pero, prescindiendo de semejantes investigaciones que nos apartarian demasiado de nuestro propósito, hemos creido deber simplemente consignar la posibilidad jurídica de este hecho, si es lícito espresarnos asi, ó su compatibilidad con los principios de jurisprudencia que dejamos espuestos; sin perjuicio de observar en conclusion que semejantes caminos generales ó cosas públicas de propiedad particular pueden existir individualmente consideradas: mas no fuera posible, jurídicamente hablando, que todos los de una nacion ó estado fuesen de aquella especie, ó que de todos pudiese escluirse á libre voluntad el uso comun y universal; porque esto seria atentar al derecho natural é imprescriptible que, segun dejamos espuesto, compete al comun de los hombres sobre la tierra considerada como elemento.

(30) A contar desde el dia en que hubiese tenido noticia de que otro estaba poseyendo la cosa en su perjuicio, segun Bald. á la l. 3. C. *si ex fals instrum.*, y véase el trat. *præscript.*, fol. 43. col. 1. y 2. vers. 2. *quæro*.

(31) De este modo se concede tambien á la

Adelantado, o al Judgador del logar, que aquel tiempo passado non le empeciesse, e que le otorgasse, que la cosa non se perdiesse por el, deuegelo otorgar (31); é estonce non le empescera ninguna cosa el tiempo de los quarenta años. Mas si los quatro años passassen demas de los quarenta, que lo non pidiessen assi, dende adelante non lo podrian pedir (32); e el que la cosa tuuiesse, ganarla y a por tiempo de los quarenta años.

LEY 8. *Como los menores de veynte e cinco años, e los fijos que estan en poder de sus padres, e las mugeres casadas, non pierden sus cosas por tiempo.*

Los menores de veynte e cinco años non pueden perder sus cosas por tiempo, fasta que ayan (33) complida su edad. Empero, si despues que fuessen de edad complida, començasse alguno a ganar alguna cosa suya por tiempo, poderlo y a fazer, assi como lo ganaria contra otro ome qualquier. Otrosi dezimos, que las cosas del fijo non las puede ninguno ganar por tiempo, demientra que estuuiesse en poder (34) de su padre. Esto es, porque sobre las cosas del fijo, el padre (35) puede mouer pleyto, e non el fijo (36) sin su mandado. E aun dezimos mas, que las cosas que la muger diesse a su marido, en dote (37), non se pueden ganar por tiempo, si non despues que el casamiento fuesse partido (38). Empero, si acaeciesse que el marido fuesse desgastador de sus bienes, e ella, despues que lo viesse que era tal, non le demandasse su dote; si dende adelante (39) alguno la ganasse por tiempo, seria ella en culpa dello, e el otro poderla y a ganar.

(31) De este modo se concede tambien á la iglesia la restitucion contra la prescripcion, como lo nota la Glos. á la autent. *quas actiones*, C. *de sacros. eccles.*, y añad. l. 3. C. *de jur. repub.*, y lo manifiesta latamente Abb. al cap. 1. col. pen. y últ. *de præscr.*

(32) Aunque le resultase una lesion enormísima de haber perdido la cosa por prescripcion; ni en cuanto á esta tendria lugar lo establecido por la l. ult. tit. ult. Partª 6.: aunque parece probarse lo contrario allí; sobre lo cual téngase presente lo anotado á d. l.

(33) Véase, con todo, la l. pen. tit. ult. Part. 6. y lo anotado allí, en concordancia con la l. ult. C. *in quib caus. in integr. rest. non sit necess.*

(34) Conc. l. 1. junto con la autent. *nisi tricennale*, C. *de bon. mat.*, l. 1. §. 2. C. *de annal. except.*, y l. 4. al fin C. *de bon. quæ liber.*, y procede tambien lo dispuesto aqui tratándose de prescribir las cosas de una corporacion, segun Bald. á d. autent. *nisi tricennale.*

(35) Pero supóngase que alguno mató al poseedor de un mayorazgo, ó fue causa de su muerte; y que en la fundacion de dicho mayorazgo esté ordenado que no pueda suceder á él el que hubiere injuriado al poseedor, debiendo en ese caso deferirse á favor del sucesor inmediato que será tal vez un hijo del injuriante. ¿Podrá este en tal caso accionar y pretender el mayorazgo á nombre del hijo que está en su poder? No podrá hacerlo, segun se infiere de la l. 9. D. *de bon. libert.*, y véase el testo de la l. 17. D. *de jur. patron.*, y allí Bart.

(36) La misma razon señala Bald. á la l. 1. oppos. 21., C. *qui admit. ad bonor poss.* Pero lo que se dispone aqui deberá limitarse á aquellos casos en que corresponde al padre el usufruto de lo que se adquiera por el hijo; pues, cuando este puede accionar independientemente del padre, y pedir que se le obligue á prestar el consentimiento, entonces correrá contra aquel la prescripcion, segun Nicol. de Neap. á la l. 3. §. 4. D. *de contrar. jud. tutel.*, y añad. Bald. á d. l. 1. §. 2. C. *de annal. except.*

(37) Conc. l. 30. vers. *omnis* C. *de jur. dot.*: empero, si ya estuviese principiada la prescripcion, no se interrumpiria por haberse dado en dote las cosas ó bienes que se estuviesen prescribiendo, segun la l. 16. D. *de fund. dot.*, y Rodrig. Suar. en las repet. á la ley del Fuero, tit. *de las Arras* fol. 41. Y, acerca de lo que deberá decirse respecto de los bienes parafernales, V. á Juan Fabr. á la l. 1. C. *de bon. mat.*, y lo que dice Abb. al cap. 2. col. pen. *de conces. præbend.*, sobre la Glos. en las palabras *infra sex menses.*

(38) Y aun entonces no se las adquiriria por la prescripcion de 10 ó 20 años, sino que seria menester la de 30 años, como lo declaran Paul. de Castr. á la l. 42. D. *de usuc.*, y Juan de Imol. cap. *cum non liceat*, *de præscr.*, y v. Bald. novel. en el trat. *de dote* fol. 28. col 3.

(39) Añad. Doct. de Palac. Rub. en las repet. al cap. *per vestras* sobre el testo, col. 2. y Balb. en el trat. *præscript.* chart. 61. col. 4. y entiéndase siempre que se adquiririan tales cosas por la prescripcion de 30 años, y no por menos tiempo segun he dicho en la nota prox. antec. y V. d. tratad.

LEY 9. *Por quanto tiempo puede ome ganar las cosas muebles, e que ha menester para ganarlas.*

Por tiempo queriendo ganar algun ome cosa mueble (40), ha menester primeramente, que aya buena fe en tenerla (41), e que la aya por alguna derecha razon; assi como por compra, o por donadio, o por cambio, o por otra razon semejante destas. E aun demas desto, que crea, que aquel de quien la ouo por algunas destas razones sobredichas, que era suya, e que auia poder de la enagenar. E aun le ha menester, que sea tenedor della por si mismo, o p r otri que la tenga en su nombre continuadamente tres años a lo menos; e teniendola tanto tiempo, assi como sobredicho es, gana el señorio della: e maguer despues desso viniesse el señor della a demandarla, non deue ser oydo; fueras ende, si el señor de la cosa quisiesse prouar, que le fuera furtada, o robada, o forçada.

LEY 10. *Como el comprador non ha buena fe, si el señor de la cosa le dize que la non compre, porque es suya.*

Desapoderado (42) seyendo alguno de su cosa, si aquel que fuesse tenedor della, la quisiesse vender, o cambiar, o dar a otri, si este cuya es, dixere al que la quiere comprar, o auer por alguna destas razones, que aquel que gela quiere vender, o dar, o cambiar, non lo puede (43) fazer, nin ha derecho en ella; si despues desto la comprasse (44), o la ouiesse en otra manera, non auria buena fe en tenerla; e maguer fuesse tenedor della tres años, non la podria ganar. Ca entiendese, que la compraria, o la auria maliciosamente, pues que assi fuesse apercebido. Mas si por auentura, quando el comprasse la cosa; o la ouiesse por alguna derecha razon, cuydasse que era de aquel que la enagenaua, e non fuesse apercebido que era de otri, assi como sobredicho es, estonce entenderse y a, que auria buena fe en tenerla, fasta que se prouasse el contrario.

LEY 11. *Como el que compra los bienes del huerfano, o del loco, o del Personero de alguno, corrompiendolo maliciosamente, non los puede ganar por tiempo.*

Ome (45) que comprasse cosa mueble de huerfano, o de loco, o desmemoriado, o de aquel a quien fuesse dado Guardador sobre sus bienes, porque era desgastador (46), o el que lo ouiesse de alguno dellos por razon de donadio,

(40) Conc. l. un. C. *de usuc. transfor.*, y §. 1. Instit. *de usuc.*, y acerca de si prescribirán en tres años los frutos que el poseedor de buena fe está obligado á restituir, v. Glos. á la l. 4. §. 5. D. *de usucap.*, y Bart. allí, y Bald. en el trat. *præscrip.* fol. 40. col. 3., donde puede verse lo espuesto acerca de d. glos. vers. 35. *quæro*, y lo anotado allí por Socin. consil. 251. col. pen. y ult. vol. 2.

(41) Esta ley parece requirir la buena fe tanto en el tiempo del contrato, como en el de la entrega: sobre lo cual, empero, deberá observarse lo dispuesto en la l. 12. de este tit.

(42) Conc. l. 17. C. *de rei vind.*, y añad. ll. 6. tit. 3. y 8. tit. ult. Part.ª 5.ª, y l. 8. §. 2. D. *de legat. præstand. contr. tab. bon. posses. pet.*, y Specul. tit. *de empt. et vend.* §. *nunc videndum* col. ult.

(43) ¿Estará, empero, obligado á espresar la causa, esto es, la de ser él mismo denunciante dueño de la cosa? Asi lo sostienen Bart. y Salic. á la cit. l. 17.

(44) Y ¿si el dueño no hiciese la denuncia hasta despues de verificada la compra? V. Glos. á la l. pen. D. *pro empt.*, la cual pretende que, en este caso, el comprador no se constituiria en mala fe: v. Bart. allí, y l. 5. col. 2. D. *de usucap.*, y Abb. al cap. 2. *de præscr.* al fin.

(45) Conc. ll. 24. y 12. D. *de usucap.* y 7. C. *de agric. et censit.*, y entiéndase que esto tendrá lugar cuando se comprare al pupilo, furioso ó pródigo alguna cosa de su propiedad, las cuales no se pueden enagenar; pues si se comprasen á los mismos cosas agenas, y hubiese buena fe por parte del comprador, procederia en estas la usucapion, segun la l. 2. §. 15. D. *pro empt.* y l. 13. §. 1. D. *de usuc.*, como lo sostiene tambien Ang. á la cit. l. 12. de este tit. —*Lo que en dd. ll. 2. y 13. está declarado es, en la segunda, que aprovecha la prescripcion al que con buena fe hubiere comprado algo á un furioso; y en la primera que el comprador de bienes de un impúber constituido en tutela (y lo mismo deberá decirse de un furioso) solo podrá tener buena fe, si hubiere comprado por error de hecho, esto es, creyendo que era púber el vendedor, mas nó si por error de derecho, ó por creer que, á pesar de ser impúber, podia vender sin la autoridad de su tutor.

(46) ¿Correrá empero la prescripcion de 30 años contra el pródigo que tiene entredicha la administracion de sus bienes? V. Juan Andr. en las adiciones al Specul. en la rubr. *de præscript.*, col. 3. vers. *habetur etiam quæstio Ubertini de Bovio*, donde parece estar por la nega-

o de cambio, o en otra manera semejante, entiendese que aurie mala fe, en tenerlo, e porende non lo podria ganar por tiempo de los tres años. Otrosi dezimos, que el que comprasse alguna cosa del Personero de algun ome, corrompiendole (47) maliciosamente por alguna cosa que le diesse (48), o le prometiesse a dar, porque le vendiesse aquella cosa por menos precio de lo que valia; si el señor de la cosa esto pudiere prouar, maguer el otro fuesse tenedor de la cosa por tres años, non la podria ganar por tiempo. Ca entiendese de llano, que auia mala fe en tenerla; pues que maliciosamente corrompio al Personero.

LEY 12. *Como deue auer buena fe el que compra la cosa, o la rescibe en cambio.*

Dan, o cambian omes ya, algunas cosas que non son suyas, e aquellos a quien passan por algunas destas razones, han buena fe en tomandolas, cuydando que aquellos de quien las reciben, han derecho de las enagenar. E porende dezimos, que si aquella sazon que ganaron possession de las cosas, ouieron buena fe, en auerlas assi como sobredicho es; maguer ante que los apoderassen, o despues, la ouiessen mala (49), cuydando que aquellos de quien las ouieron, non eran verdaderos señores, non les empece a ellos, nin a sus herederos. Ca si fasta tres años fueren tenedores de aquello que assi tuuieron, ganarlo han por tiempo. Mas el que quisiesse ganar por este tiempo la cosa que ouiesse comprada, conuiene en todas guisas, que aya buena fe en estas dos sazones; quando la comprare (50), e que dure en ella fasta que sea apoderado en la cosa. Pero si aquel que fuesse apoderado de la cosa agena, por donadio, o por vendida, o por compra, ouiesse mala fe en ella ante que la ganasse por tiempo assi como dicho es, si despues la vendiesse, o la enagenasse a otro, que supiesse (51) que era agena; este atal non la podria despues ganar por tiempo, porque ouo mala fe a la sazon que passo a ella.

LEY 13. *Como gana, o non, el señor la cosa agena, que su sieruo compra de su pegujar, o otro por su mandado.*

Pegujar (52), o tienda de algund menester teniendo el sieruo de su señor, si de aquel pe-

tiva, y creer que el pródigo deberá equipararse en esta parte al pupilo; ó que á lo menos se le deberá conceder la restitucion, aunque contra el mismo haya podido legalmente prescribirse: V. allí.

(47) Conc. l. 7. §. 6. D. *pro empt.*

(48) ¿Se diria lo mismo, si el procurador vendiese, no impulsado por el premio ó sobornado, sino por favor? Asi lo pretende la Glos. á d. §. 6. sobre la palabra *bonæ fidei*, aprobándola allí Aug.

(49) Procede esto, á tenor del derecho civil, segun el cual basta el que haya buena fe al principio de la prescripcion; de modo que esta no queda interrumpida, aunque sobrevenga mala fe, ll. 1. vers. *hoc tantummodo* C. *de usuc. transform.*, 4. §. 16. D. *de usuc.*, y añad. l. 2. princ. D. *pro empt.;* no procederá empero por derecho canónico, al cual debemos atenernos en esta parte; y asi se requirirá la buena fe hasta que se haya completado la usucapion ó prescripcion, segun el cap. ult. *de præscript.*, y allí la Glos. y los DD. y v. Glos. al cap. *possessor, de regul. jur.*, lib. 6. y Abb. é Imol. á d. cap. ult.; despues, empero, que se hubiere completado dicha prescripcion, ni aun por derecho canónico perjudicará la mala fe que sobrevenga, Glos. á d. cap. ult. cap. *vigilanti* del mismo tit., y cap. *si virgo* 34. cuest. 2., cuya Glos. con todo, pretende lo contrario al fin, esto es, que tendrá, en semejante caso, que restituirse principalmente á la iglesia, lo que se hubiere prescrito contra la misma: añádase tambien la glos. del cap. *si res.* 14. cuest. 5., y ni aun en el foro interno segun la opinion mas recibida, ó de conciencia está obligado á restituir el que, despues de completada la prescripcion, tiene noticia de que la cosa es agena, segun espresan Felin. citando á muchos á d. cap. *vigilanti*, y Balb. en el trat. *præscript.* fol. 17. vers. *quæro* y añad. Bald. al cap. 1. *de contention. int. domin. et fidelem* y al §. *si quis per* 30. col. 1. y 2. *si de feud. fuer. controv. int. domin. et agn.* Empero, ¿quedará tambien libre en el foro de la conciencia el que prescribió con buena fe contra la deuda que ignoraba haber contraido? V. Bald. á la autent. *ad hæc*, col. 4. C. *de usur.*, donde decide que en este caso no se librará el deudor de la obligacion natural, pudiendo de consiguiente denunciarse la deuda á la iglesia: y lo mismo sostiene Bald. á la l. 2. C. *de fideicom.*

(50) Conc. ll. 2. princ. D. *de usuc. pro empt.*, 10. D. *de usuc.*, 48. D. *pro solut.* y Glos. á la l. 27. D. *de usuc.*

(51) Conc. l. 2. §. 17. D. *de usuc. pro empt.*

(52) Conc. l. 2. §. 13. D. *de usuc. pro empt.* y V. Glos. y Bart. allí, trayendo esta ley su orígen de lo anotado por Azon en la suma C. *de ædil. act.*, col. antepen. al fin y col. sig., donde propone la misma distincion que se ha-

gujar que tuuiesse assi, comprasse alguna cosa, de ome que non fuesse verdadero señor della, e el ouiesse buena fe en comprandola, cuydando que es suya de aquel que gela vende, puedela ganar por tiempo el señor, maguer supiesse (53) que aquel de quien la ouiera el sieruo non auia derecho de la vender; fueras ende, si el señor estuuiesse delante quando la comprasse el sieruo, e non lo contradixesse, podiendolo fazer. Ca estonce non la podria ganar por tiempo. Otrosi dezimos, que si el señor mandasse al sieruo comprar alguna cosa, non en razon de pegujar, e non le diziendo señaladamente, qual fuesse la cosa; mas diziendole: Comprame vn cauallo, o vna bestia, o otra cosa qualquier, non le nombrando aquel cuya fuesse; si el sieruo sopiesse, que la cosa que compra non era de aquel que gela vendiesse; en tal caso como este ganarla y a el señor (54) por tiempo, maguer el supiesse despues, que aquel que gela vendio non auia derecho de lo fazer. Esso mismo deue ser guardado, quando alguno manda a algun Personero comprar alguna cosa, non nombrando señaladamente de quien. Pero si aquel a quien la manda comprar, non fuesse Personero, mas mensagero simple; estonce la buena, o mala fe deste atal, ternia pro, o daño a aquel por cuyo mandado la comprasse. Mas si el señor mandasse al sieruo, o a otro qualquier, que le comprasse alguna cosa, diziendo señaladamente qual; si el sopiesse que aquel de quien la mandaua comprar, non auia derecho de la vender, non la puede ganar por tiempo; maguer aquel que la comprasse por su mandado, ouiesse buena fe en comprandola. E lo que diximos en esta ley del sieruo, ha logar aun en el fijo, a quien el padre ouiesse dado algun pegujar por fazer alguna mercaduria.

LEY 14. *Como puede ome ganar por tiempo alguna cosa por suya, cuydando que la ouiera por alguna derecha razon, e non es assi.*

Teniendo ome alguna cosa mueble por suya, cuydando que la auia comprada (55), o que le fuera dada, o que la auia por otra derecha razon, si despues sopiesse que non era assi, maguer fuesse tenedor della tres años (56), non la podria ganar por esse tiempo. Mas si por auentura ouiesse mandado a su Mayordomo, o a su Personero, o a algund otro su ome, que le comprasse alguna cosa, o que gela aduxesse por alguna otra derecha razon, assi como por cambio, o por donadio, o por otra cosa semejante; e aquel a quien lo mandasse, non lo fiziesse assi; mas lo ouiesse por otra razon que non fuesse derecha, diziendole que la auia comprada, o que la auia por aquella razon misma que gela el mandara auer; si tal cosa como esta tuuiesse tres años, poderla y a ganar por tiempo, porque auria buena fe (*d*) en tomandola, maguer y errasse (57). Ca

(*d*) en teniendola Acad.

ce en esta ley, y véase allí al mismo Azon, donde cita las concordancias.

(53) No procederia esto, por derecho canónico, si el señor lo supiese antes de completarse la usucapion, á tenor de lo dicho en la nota 49.

(54) Esceptúese el caso de que el esclavo diese la cosa comprada á su señor por precio de su libertad. d. §. 13. [debe decir el §. 14] y v. allí Ang.

(55) Pues nunca es escusable la ignorancia en hecho propio, l. 7. D. *ad Vellej.* y la Glos. á la l. ult. D. *pro suo.* Empero, si fuese inducido en el error por la persuasion de otro, tendria lugar lo que pretende Paul. de Castr. á la l. 27. D. *de usuc.*, la que concuerda con la presente de Partida, declarándose en esta última bastantemente lo dispuesto en aquella. —* En efecto la ley romana citada aqui por el Glosador se limita á establecer indistintamente que no favorezca la prescripcion al que posea una cosa aunque crea haberla adquirido en dote, por compra, donacion etc.; porque si en realidad no han existido semejantes contratos, falta el título necesario para prescribir; y no habla del caso esceptuado en esta nuestra ley de haber sido el poseedor inducido en el error por las persuasiones de un tercero.

(56) Aunque la estuviese poseyendo por espacio de 40 años, por no ser escusable, como se ha dicho en la nota antec., el error que recae en hecho propio: y tampoco lo seria ni aprovecharia para el efecto de prescribir por largo tiempo, cuando se tratase de *lucro captando*, como sostiene señaladamente Bart. á la l. 7. §. 2. D. *pro empt.*, y v. Balb. en su trat. *præscr.* fol. 17. col. 1. y 2. vers. *sed quæro.*

(57) Habla esta ley del que comete error de hecho, creyendo tener un título que en realidad no existió. Mas al que tuviese verdaderamente un título, pero nulo, y creyese que era válido, ¿la impediria ese error la prescripcion? El testo de d. l. 27., segun Paul. de Castr. allí, prueba que la impediria, porque deberia calificarse entonces el error de derecho; á no ser que estuviese apoyado en alguna justa razon: y añade Paul. de Cast. allí que, habiendo tal error, no aprovecharia la prescripcion de largo tiempo; pero sí la del lar-

pues que el yerro (58) auiene por derecha razon; non le deue empecer.

LEY 15. *Como gana ome por tiempo las mandas de los finados, è las pagas que le fazen de algunas cosas, cuydando que gelas deuian.*

Mandas (59) de cosas muebles fazen los omes a las vegadas en sus testamentos, que non son valederas segun derecho; o fazenlas en vn testamento, e despues reuocanlas en otro: e los herederos (60), e los que han de cumplir el testamento, paganlas, cuydando que son valederas. E porende dezimos, que si aquellos que las cosas reciben, son tenedores dellas tres años, que les non sean demandadas, que las pueden ganar por este tiempo. Esso mismo dezimos que seria, si algund ome mandasse en su testamento alguna cosa mueble a vn ome, nombrandolo señaladamente, e viniesse otro que ouiesse aquel nombre mismo, e recibiesse aquella cosa misma, cuydando que a el era mandada. Ca si este tal fuere tenedor della tres años (61), que non sea pedida, puedela ganar por este tiempo; maguer el otro, a quien fuera mandada, quisiesse prouar, que su voluntad fuera del testador, que la ouiesse a el mandada, e non a aquel a quien la dieron. E aun dezimos, que si vn ome cuydasse que deuia a otro alguno alguna cosa, (e) e gela diesse, e aquel que la rescibiesse cuydasse (62) otrosi que la deuia auer, maguer non fuesse assi, si fuesse tenedor della tres años, que gela non demandassen, que la podria ganar por este tiempo.

(e) et gela diese, o le diese alguna cosa por razon della, e aquel etc. Acad.

guísimo; alegando la Glos. en el cap. *de quarta, de præscr.*, por presumirse en semejante caso que hay buena fe, y porque aun sin el justo título, basta aquella para que tenga lugar dicha prescripcion de larguísimo tiempo, sin requerirse para ella que la buena fe haya de ser motivada, como se requiere para la de largo tiempo: cuya decision de Paul. de Castr. es singular, segun espresa él mismo: añade, con todo, en seguida (bien que Felin. al cap. *de quarta, de præscr.*, col. 13. atribuye esta adicion á su hijo Ang.) que, segun los Canonistas, el error de derecho es injusto y no escusa de la mala fe, cuando consiste en creer que es válido un contrato reprobado por la ley: de donde infieren que el comprador de una cosa eclesiástica, si la hubiese comprado sin las solemnidades prevenidas por el derecho, no podria prescribirla, aunque la creyese suya, porque esto seria incurrir en error de derecho: á tenor de esto, pues, opinaba Paul. de Castr. que no procederia la prescripcion de tiempo larguísimo aunque hubiese buena fe, siempre que mediase error de derecho y este consistiese en haber creido válido un contrato reprobado por la ley; pero que no seria lo mismo cuando dicho error hubiese recaido en un contrato de aquellos que son nulos ó ineficaces, no por estar especialmente prohibidos, sino simplemente por no estar autorizados ó sancionados por la ley; sobre lo cual, empero, puede verse al mismo Paul. en el lugar citado por espresarse en él con alguna oscuridad, tal vez á causa de la adicion, á que antes me he referido; y v. Felin. en el cit. cap. *de quarta*, col. 8. y las cinco siguient., y Balb. en su repet. á la l. 27. fol. 5. vers. 4. *noto*, donde trata latamente de esto en muchas col., y despues de referir sobre el particular varias opiniones, concluye finalmente diciendo que es acertada la decision de Paul. de Castr. con la mencionada limitacion: y véase acerca de lo mismo la l. 8. tit. 14. Part. 1., segun la cual procederia la prescripcion de larguísimo tiempo, habiendo buena fe proveniente de un error de derecho, aunque el contrato fuese reprobado por la ley: véase lo anotado allí.

(58) Pues es muy justo ó escusable el error acerca de un hecho ageno, l. ult. D. *pro suo.*

(59) Conc. ll. 4. y ult. D. *pro legat.*

(60) Apruébase por esta ley y la cit. l. 4., que procederá la usucapion aun cuando el prescribente tenga el título putativo de uno y de otro la posesion, con tal que esta última se la haya transmitido el heredero de aquel: á pesar de sostener lo contrario Bart. fundado en la l. 29. D. *de usuc.*; bien que, segun declara Ang. allí, puede decirse en el caso aqui propuesto que, en rigor, el legatario que recibe la cosa legada tiene tambien un título procedente del heredero que se la entrega, puesto que se la ha entregado en el concepto de que estaba obligado á hacerlo: y de esta manera viene el legatario á obtener á la vez del heredero mismo el título y la posesion: v. Bald. á la l. 11. col. 4. vers. *sed circa ista*, C. *de præscr. long. temp.*

(61) Asi, pues, la peticion de herencia, á pesar de ser por otra parte una accion perpetua, se estingue y queda escluida en tales casos por la prescripcion de tres años, segun la glos. á la l. ult. D. *pro legat.*, y véase lo anotado por Alex. consil. 89. col. pen. vol. 5.

(62) Conc. l. 48. D. *usucap.*

LEY 16. *Como puede ome ayuntar el tiempo que el tuuo la cosa, con el tiempo que la tuuo aquel donde la el ouo.*

Comiençan (63) a ganar los omes alguna cosa por tiempo, e acaesce que se mueren e finca a sus herederos, o la mandan en su testamento, o la venden, o la dan, o la cambian, ante que sea cumplido el tiempo por que la podrian ganar. E porende dezimos, que si aquel a quien passasse la cosa por alguna destas maneras, ouiere buena fe en teniendola, e vsare della tanto tiempo, despues que a el passo, que con el otro tiempo que la auia tenido aquel de quien la el ouo, se podria ganar por tiempo; que se puede aprouechar, para ganarla, tambien del tiempo que la el otro tuuo, como de aquel que la el mismo tuuo (64). Otrosi dezimos, que si el que ouiesse començado a ganar la cosa por tiempo, la empeñasse a otro, en ante que ouiesse cumplido el tiempo por que la podria ganar; que por se desapoderar assi della, non le empece para poderla ganar: ca puedese contar (65) tambien el tiempo que la el tuuo, como el que la tuuo el otro a quien la el empeño; e ganarla ha porende, si tanto fue el tiempo que la tuuieron ambos a dos, que se pueda por el ganar la cosa.

LEY 17. *Como el que tiene la cosa a peños, non pierde su derecho, por la ganar otro por tiempo.*

Como quier (66) que los omes pueden ganar el señorio en las cosas muebles auiendolas por compra, o por alguna otra derecha razon, a buena fe, e seyendo tenedores dellas tres años, segund que auemos mostrado en las leyes sobredichas deste Titulo; con todo esso, si la cosa mueble que alguno quisiesse ganar por tiempo, ouiesse seydo empeñada de su señor, en ante que ouiesse acabado de la ganar el otro por tiempo, non pierde (67) porende el derecho que auia sobre ella, aquel que la tenia a peños.

LEY 18. *Por quanto tiempo se pueden ganar las cosas que son rayzes o incorporales.*

Las cosas muebles de como se ganan por tiempo, auemos mostrado fasta aqui. E agora queremos mostrar, e fablar de las otras cosas que son rayzes (68), o incorporales, como, e en que manera se pueden ganar por tiempo. E porende dezimos, que si algun ome rescibe de otro alguna cosa en buena fe (69), de aquellas que se non pueden mouer assi co-

(63) Conc. l. 14. D. *de usuc.*: y hace referencia nuestra ley aqui á lo que dice Azon en la suma C. *de usuc. pro empt.*, col. pen. y añad. l. 13. §. 4. y l. 14. D. *de acquir. posses.*, y l. 3. D. *de usuc.*

(64) Entiéndase con tal que otro no haya adquirido la posesion en el tiempo intermedio, segun d. l. 20. D. *de usuc.*, y por esto la usucapion completada por el heredero presunto, no aprovecha al que lo es verdaderamente; ni tampoco la que lo hubiese sido por el heredero testamentario, servirá al que sucediere *ab intestato*, si hubiere despues quedado destituido el testamento, segun la glos. notable anotada por Ang. á la l. 19. §. 1. en la palabra *ab hærede*, D. *de petit. hæred.*, pudiendo añadirse lo que decide la glos. á la l. 2. §. 2. D. *pro empt.*, á saber, que la posesion injusta obtenida en el intermedio impide que se unan los estremos.

(65) Conc. l. 33. §. 4. y l. 16. D. *de usuc.*

(66) Conc. l. 7. C. *de pign.*

(67) Entiéndase que no se perderia ese derecho por medio de la usucapion de los tres años: pues si la cosa estuvo en poder del que trató de usucapirla, no solo por espacio de tres años, sino de 10. entre presentes ó 20. entre ausentes, prescribiria hasta la accion hipotecaria que competia al acreedor por haberse obtenido la posesion con título y habérsela conservado por tanto tiempo, segun las ll. 1. y 2. C. *si advers. credit.*, y lo sostienen allí la glos., cuya opinion está aprobada por los DD., y tambien Azon en la suma C. *de usuc. pro empt.*, al fin, y añad. l. 39. tit. 13. Part. 5. y l. 27. de este tit., y la glos. y Bart. á la l. 1. §. 2. D. *de pign.*

(68) Conc. l. un. C. *de usuc. transform.*, y l. ult. C. *de præscr. long. temp.*, y esta prescripcion de 10. ó 20. años aprovecha igualmente á los clérigos y legos: v. Abb. cap. *quod clericis*, col. 7. *de for. compet.*, y cap. ult. *de caus. posses. et propriet.*, y glos. cap. *possessiones*, 16., q. 4.

(69) Esta buena fe se presume con tal que preceda un título verdadero, ó bien presunto, aunque proveniente de error injusto, l. 12. §. 3. D. *de liber. caus.*, y lo anotado por Bart. á la l. 27. col. pen. D. *de usuc.*, á quien puede verse, y Azon en la suma C. *de præscr. long. temp.*; bien que lo que decide Bart. acerca del error injusto, no tendria lugar respecto de la prescripcion de largo tiempo de la que se trata en esta ley, pero sí en la de

mo por compra (70), o por donadio, o por cambio, o por manda, o por alguna otra razon derecha; que si fuere tenedor della diez años (71), seyendo en la tierra (72) el señor della, o veynte, seyendo en otra parte, que la puede ganar por este tiempo; maguer aquel de quien la ouiesse recebido, non fuesse verdadero señor: e dende adelante non es tenudo de responder por ella a ningun ome; maguer dixesse, que queria prouar, que el fuera verdadero señor della, e que non era sabidor que otro la ganasse por tiempo. E esto que dezimos en esta ley, ha lugar, cuando aquel que enagena la cosa, e el otro que la recibe, han buena fe, cuydando que lo pueden fazer; e aquel a quien passo, es tenedor della en paz, de manera que non gela demandan (73) en todo aquel tiempo que el la puede ganar.

LEY 19. *Que si el que enagena la cosa, sabe que non ha derecho de la enagenar, el que la recibe non la puede ganar por menos de treinta años.*

Sabiendo (74), o creyendo ciertamente, el

tiempo larguísimo, segun Juan de Imol. á la cit. l. 27. col. ult. y lo manifiesta Bald. en la repet. á d. l. 27., que se halla en su trat. *præscript.*, fol. 81. col. 2., donde espone muy latamente cuándo se presumirá la buena ó mala fe. Y en órden al caso en que el poseedor tuviese la cosa con buena fe respecto de una parte y con mala respecto de otra, V. la l. 4. y allí Bart. D. *de usuc. pro empt.*, y l. 6. §. 1. del mismo tit. Requiérese tambien la buena fe para poder prescribir, aun en aquellos poseedores que han obtenido la cosa por la autoridad del juez, l. 7. §. 4. D. *pro empt.*, y se considera estar en mala fe no solo el que sabe que la cosa no es del que se la entrega, ó vende, sino tambien el que ha comprado sabiendo que la venta no se verificaba justa ó debidamente, d. l. 7. §. 6. y allí Bart. y Paul. de Castr. Tampoco se entiende haber buena fe en los actos celebrados, sin citar á todos los que tengan en ellos algun interes, l. 4. C. *de distract. pign.*, y allí Bald. y véase sobre el particular á Bart. á d. l. 27. y á Balb. en la cit. repet. fol. 81. y siguient., donde se trata latamente de esta materia.

(70) Es, pues, necesario el título para la prescripcion de largo tiempo, ll. 4., 5. y 8. C. *de præscr. long. temp.*; y cuál deba ser el título y cuál sea bastante, lo manifiesta latamente Balb. en d. trat. *præscr.*, fol. 9. y siguientes: siendo de notar que bastará el que aparezca que lo he tenido y que he poseido; aunque no conste que tuviese noticia del mismo al principio de la posesion: asi lo sostiene Bart. á la l. 2. §. 2. D. *pro empt.*, y, segun Ang. y Juan de Imol., procederá tambien la prescripcion, aunque se ignore el título, cuando se principia á poseer, con tal que sobrevenga noticia de aquel antes de completarse la misma: acerca de lo cual véase latamente d. trat., donde, despues de referirse varias opiniones, se resuelve lo mismo que aqui, en d. fol. 9. col. 4. y siguient. Y un título nulo, ¿servirá de justa causa para la prescripcion? V. glos. al cap. *sacerdotes*, 16. q. 3. la que está por la afirmativa, aun con respecto al título que consista en una sentencia nula: lo que debe entenderse segun lo anotado á la l. 14. de este tit., y v. l. 8. D. *de usuc. pro empt.*, y cap. *dudum*, 31. *de decim.*, y lo anotado allí por Abb. Si, empero, la falta de título hubiere sobrevenido, ¿se interrumpirá por ella la prescripcion? V. Bart. á la l. 5. col. 2. D. *de usuc.*, y Abb. al cap. *illud*, *de præscr.*, y en d. trat. *præscr.*, fol. 68. col. 4. y siguient. Y por último, sobre si bastará para prescribir, á falta de verdadero título, el que se pruebe haber estado el poseedor en la creencia muy justa y probable de tenerlo, V. Bald. á la l. 15. col. pen. C. *de rei vind.*, y l. 24. C. d. tit.

(71) Pues la posesion debe ser continua, segun la l. 5. D. *de usuc.*, y Bart. á la cit. l. 27. del mismo tit. Y si antes de completarse los diez años hubiesen sobrevenido dias feriados y repentinos ¿tendria lugar la restitucion á favor de aquel contra quien se tratase de prescribir, en virtud de la cláusula general? Asi lo pretende Bald. á quien puede verse á la l. ult. C. *de præscr. long. temp.*

(72) Y esta presencia no se presume, sino que debe probarse, segun Jacob. Butr. á d. l. ult., y Juan de Plat. á la l. 1. C. *de municip. et origin.*, sobre lo cual V. Bald. y Ang. á la l. 9. C. *de præscr. long. temp.*, donde distinguen entre el caso de tener un mismo domicilio el prescribente y aquel en cuyo perjuicio se ha de verificar la prescripcion, y el caso de tenerlo diferente; pudiendo verse tambien d. trat. *de præscr.*, fol. 24. col. 2.; y, acerca de cómo deben entenderse estas palabras *seyendo en la tierra*, v. Juan Fabr. princ. Instit. *de usuc.*, col. 2., Ang. y los DD. á d. l. ult., Alex. consil. 89. vol. 5. al fin, y Balb. en d. trat. *præscr.*, fol. 24. col. 3. vers. 4. *opportunè*, y v. l. prox. sig.

(73) V. l. pen. de este tit.

(74) Conc. autent. *malæ fidei*, C. *de præscript. long. temp.*, y véanse las tres limitaciones con que esto debe entenderse, segun Bart.

que enagenasse cosa que fuesse rayz, que non auia derecho de lo fazer, estonce aquel que la recibiesse del, non la podria ganar (75) por menor tiempo de treynta años; fueras ende, si el señor de la cosa, que auia derecho en ella, supiesse que se enagenaua, e non la demandasse, del dia que lo supiesse fasta diez años, seyendo en la tierra, o fasta veynte años, seyendo en otra parte. Ca estonce ganarla y a por el vno destos dos tiempos, que son diez, o veynte años. E fuera de la tierra seria el señor de la cosa, quando non fuesse en toda aquella Prouincia do la cosa era, que se ganaua por tiempo. E en la tierra se entiende que era, quando fuesse en alguna partida de la Prouincia (76), maguer non estuuiesse en aquel lugar do la cosa fuesse, quel ganauan por tiempo.

LEY 20. *Como se deue contar el tiempo, quando el ome tiene la cosa, e se va el tenedor della, o el señor, fuera de la tierra.*

Comiença (77) a ganar a las vezes el ome por tiempo cosa agena que es rayz, seyendo aquel cuya era en la tierra; e despues, ante que se acabe el tiempo por que la puede ganar, vase el de la tierra, o el otro cuya era. E porende dezimos, que aquel tiempo que passo, desde que la començo a ganar fasta que se fue alguno dellos de la tierra, deue ser contado, en la manera que auemos ya dicho, por que se puede ganar la cosa por diez años si fuesse en la tierra aquel cuya era. E el otro tiempo que alguno dellos estuuiesse á otra parte, deuese contar doblado, segun auemos dicho, que se puede ganar la cosa por tiempo de veynte años, quando aquel cuya es non es en la tierra; assi que, si la tuuo (78) cinco

á la l. 13. §. 1. D. *de acquir. poss.*: á saber; 1ª, que no proceda lo dispuesto aqui en la usucapion de las cosas muebles; sobre lo cual v. Alex. allí, pues podria deducirse lo contrario del §. 2. Instit. *de usuc.*, y véase al mismo consil. 134. col. ult. vol. 2.: 2ª, que procederá respecto del inmediato sucesor, mas nó respecto del mediato: y lo propio sostiene Alex. consil. 39. vol. 2.: La tercera es la misma que se propone en esta ley y en d. autent., esto es, la de que la mala fe por parte del que enagena una cosa raiz impide que el adquisidor pueda prescribirla, aunque no haya reclamado el dueño verdadero, con tal que este ignorase que se habia hecho la enagenacion; pero nó si lo sabia, y no obstante nada hubiese dicho. Véanse otras cinco limitaciones propuestas por Alex. á d. §. 1., y ademas otras doce de Ang. y Aret. á d. §. 2. Instit. *de usuc.*, y al §. 3. col. 7. y 8. Instit. *de act.*: acerca de una de las cuales, esto es, la que proponen esceptuando el caso de querer prescribirse el derecho de hipoteca, á tenor de las ll. 1. y 2. C. *si advers. credit.*, v. Oldrald. consil. 19., y con respecto á la escepcion relativa á las cosas muebles, v. Bart. á la *Nov.* 119. c. 7. *coll.* 9.

(75) Podria sin embargo intentar la accion Publiciana, segun Bart., Bald. y Ang. á la l. 7. §. 11. D. *de public.*, Bald. á la l. 12. C. *de furt.*, y v. d. trat. *præscr.*, fol. 19. col. 3., por mas que la glos. sostenga lo contrario en el cit. §. 11.

(76) Para la inteligencia de lo que aqui se dice respecto de la provincia, véase lo anotado á la l. prox. antec. y V. glos. á la l. ult. C. *de præscr. long. temp.*, de donde trae orígen la presente de Partida: pudiendo decirse en resolucion, que, en esta materia, se habla de la provincia en que tienen su domicilio tanto el que prescribe, como aquel contra quien se verifica la prescripcion, ó, en otros términos, que se entiende verificarse la prescripcion entre presentes respecto de las personas domiciliadas en territorio sujeto á un mismo presidente; y no siendo asi, solamente procederia la prescripcion entre ausentes, aunque residieran entrambos en unos mismos dominios ó en un mismo reino, pues faltaria la identidad de residencia respecto de la provincia, á pesar de lo que dice Alex. consil. 89. vol. 5., entendiéndose que existe aquella identidad, cuando entrambos, en caso de querer intentar una demanda ó promover un pleito, pueden hacerlo ante un mismo presidente de provincia. Asi, pues, debe entenderse que, segun esta nuestra ley, se tendrán por presentes, aunque residan en distintos pueblos ó lugares, á todos los que esten domiciliados en territorio sujeto á un mismo presidente [Adelantado, segun la l. 22. tit. 9. Part. 2ª], que es el que se comprende bajo la denominacion de provincia, segun lo que puede verse en Juan Fabr. Instit. *de usuc.*, princ. col. 2. y 3. quien propone algunas cuestiones notables acerca el particular: v. allí.

(77) Conc. la autent. *quod si quis*, C. *de præscr. long. temp.*, y la Novela de donde d. autent. se ha tomado.

(78) Del mismo modo se computará el tiempo necesario para la prescripcion, aun cuando fuere una Iglesia la que haya sucedido en los bienes del particular, contra quien aquella se habia empezado, segun Abb. al cap. *de quarta*, col. 6. *de præscr.*

años estando amos presentes, e diez despues que alguno dellos fuesse a otra parte, que la puede ganar por este tiempo.

LEY 21. *Como por tiempo de treynta años puede ome ganar qual cosa quier que tenga, quier aya buena fe, quier non.*

Treynta (79) años continuadamente, o dende arriba, seyendo algun ome tenedor de alguna cosa, por qual manera quier (80) que ouiesse la tenencia, que non le mouiessen pleyto sobre ella en todo este tiempo, ganarla y a, maguer fuesse la cosa furtada, o forçada (81), o robada; e maguer que el señor della gela quisiesse demandar, dende adelante non seria tenudo de responderle sobre ella, amparandose por este tiempo. Pero si acaesciesse, que el fuesse desapoderado de la tenencia, perdiendola, o en otra manera, non le finca derecho para poderla demandar (82) en juyzio a aquel a quien la fallasse; fueras ende, si aquel que la touiesse, la ouiesse furtada, o forçada, o robada (83) a el mismo; o la ouiesse recebido del en manera de emprestamo (84), o de loguero. Ca estonce bien la podria demandar, e cobrar. Esso mismo dezimos que seria, si le ouiesse apoderado della algun

(79) Conc. l. un. C. *de annal. except.*, l. 8. §§. 1., 2. y 3. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, l. 3. del mismo tit., y l. 2. C. *de constit. pecun.*

(80) Esta ley parece autorizar la prescripcion, aunque haya mala fe; en esta parte, empero, deberá observarse en el fuero civil lo mismo que en el eclesiástico, lo dispuesto por el derecho canónico: v. Alex. consil. 185. col. pen. vol. 2., y lo anotado á la l. 10. de este tit., y v. Abb. y Felin. cap. ult. *de præscr.*, en la parte del testo que dice, *nulla præscriptio:* ni seria válido el estatuto en que se autorizase dicha prescripcion con mala fe, como lo espone Alex. consil. 69. col. 3. vol. 3., á pesar de sostener lo contrario Bald. á la l. 9. col. 5. vers. *modo videamus*, D. *de just. et jur.*, y al cap. *si quis per triginta*, col. 3. *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, v. tambien Alex. consil. 99. vol. 4. col. 2. vers. *nunc videndum*, y Francisc. Balb. en el trat. *præscr.*, fol. 20. col. 2. y siguiente.

(81) Añad. l. 1. §. 1. C. *de annal. except.*

(82) Asi, pues, el que posee con mala fe, no adquiere el dominio por medio de la prescripcion, ni aun por la de larguísimo tiempo; ni le competerá accion alguna para vindicar la cosa una vez hubiere perdido la posesion, sea cual fuere el tiempo por el cual la hubiere poseido.

(83) Conc. §. 2. de d. l. 8. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*; no debe, empero, entenderse por esto que en tal caso [en el de ser la cosa forzada ó robada] adquiera el dominio por la prescripcion de larguísimo tiempo el poseedor de mala fe, como lo pretendia Bald. al citado §. 2.; antes nunca lo adquirirá y será este un caso especial en que por dicha prescripcion se permitirá al prescribente revindicar la cosa aun contra el mismo dueño de ella, pero sin que pueda oponer la escepcion de dominio, de la cual se le priva en odio de la violencia que se cometió al robar la cosa, como lo declara Bald. á la l. 15. C. *de probat.*, y asi estará privado el despojador de oponer dicha escepcion, no solo cuando el despojado intente contra él un interdicto ó accion posesoria, sino tambien cuando entablare una demanda de propiedad, en lo cual califica Bart. allí de singular á la disposicion de esta nuestra ley y la de d. §. 2., debiendo añadirse ademas que no solo el mismo despojador, sino tambien sus herederos estarán igualmente privados de oponer dicha escepcion de dominio contra la demanda que intente el despojado; en cuyos términos amplia lo dispuesto aqui d. Bart. á la l. 4. §. 1. opos. 3. D. *de verb. oblig.*, y v. allí Alex. y Jas. col. 9. y 10. — * Por la l. 2. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec. está tambien espresamente declarado que *si alguna cosa fuere hurtada, ó alguno tuviere escondida, no pueda defender por tiempo, que no se responda á su dueño quando quier que ge la demandare.*

(84) Mas no se crea por esto que la podria pedir por la accion revindicativa, la cual se le concede solamente en el caso de haber sido despojado y en odio del despojo ó violencia cometida, sino que podria intentar contra el detentador la accion propia del contrato con el mismo celebrado y en virtud del cual le hubiese entregado la cosa; contra cuya reclamacion no podria suscitársele cuestion de dominio, segun la l. 25. C. *de locat.*, [en la cual se establece que el que ha recibido una cosa en arriendo, aunque se pretenda dueño de ella, debe primero restituirla al que se la arrendó, antes de entrarse en la cuestion de propiedad; y lo mismo deberia decirse del que hubiese recibido la cosa en comodato: por cual razon espresa nuestro glosador aqui que ni al comodatario, ni al arrendatario les será atendida la escepcion de dominio que contra ellos se entablare]: y asi lo entiende tambien la glos. á d. §. 2. siendo esta la opinion comun, segun Salic. allí.

Judgador, por mengua de respuesta de aquel que la auia ganada por este tiempo. Ca estonce, si viniesse fasta vn año, e quisiesse responder a la demanda que auian mouido contra el, e pagar las costas, puedela cobrar (85). Otrosi dezimos, que quando alguno fuere tenedor a buena fe de alguna cosa que sea rayz, por treynta años, o mas, cuydando que era suya, o que fuera de su padre, o que la ouiera por otra razon derecha; que la puede ganar por este tiempo, e ampararse por el contra todos quantos gela quisieren demandar: e si acaeciesse, que perdiesse la tenencia della, puedela demandar a quien quier que la falle (86); fueras ende, si la fallasse al verdadero dueño (87) della. Ca estonce, si el señor la cobrasse (*f*) sin fuerça, e sin engaño, e pudiesse prouar el señorio que auia sobre aquella cosa, non seria tenudo de gela dar (88).

LEY 22. *Como puede ome perder las deudas que le deuen, por tiempo de treynta años, e como se non pierden por este tiempo las cosas arrendadas.*

Perezoso seyendo algund ome treynta años (89) continuadamente, que non demandasse en juyzio sus debdas, a aquellos que gelas deuiessen, podiendolo fazer, si dende adelante gelas quisiesse demandar, poderse y an ampa-

(*f*) Estas palabras „*sin fuerça e sin engaño*" faltan en la edicion de la Acad.

(85) Conc. l. 8. §. 3.; y dice Ang. ser especialmente digno de notarse lo dispuesto allí, ó sea, que el que por su rebeldía ha sido desposeido por la autoridad del juez debe recobrar la posesion, si comparece á reclamarla dentro el término señalado, aunque ofreciere probar incontinenti pertenecerle el dominio de la misma cosa el que ha sido inmitido en la posesion por el judicial decreto; disposicion que califica allí de singular, y espresa que en ninguna otra parte se encuentra tan claramente establecida.

(86) ¿Y si concurriera juntamente con él á vindicar la cosa el dueño directo de la misma? En tal caso deberia ser preferido el prescribente, quien tiene el dominio útil en virtud de la posesion de larguísimo tiempo con buena fe, segun Salic. despues de Jacob. de Aret. y Cyn. á d. l. 8. §. 1. q. 3., y por competerle por lo mismo accion contra cualquiera; escepto contra el dueño, segun esta ley y d. §. 2., y lo propio sostiene Andr. de Iser. en el §. *si quis per* 30., *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*

(87) O si estuviese en poder del acreedor contra quien hubiese prescrito la hipoteca, segun d. l. 8. §. 1., ó en poder de cualquier otro cuyo derecho hubiese tambien prescrito, segun allí.

(88) Apruébase aqui la opinion de Juan, de la que habla la glos. á d. l. 8. §. 3. sobre la palabra *simili*.

(89) Conc. l. 3. C. *de præscr. 30. vel 40. annor.*: en el dia, empero, á tenor de la ley 63. de Toro [l. 5. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.] está dispuesto de otra manera; á saber, que prescribe por 10. años el derecho de ejecutar en virtud de una accion personal: mas que para prescribir la accion misma son necesarios 20. años, sino media hipoteca para el cumplimiento de la obligacion personal; y 30. años y no menos, si es accion mixta, esto es, personal y real; siendo de notar que d. l. en cuanto dispone que el derecho de ejecutar prescribe por el transcurso de 10. años, procede tambien y es aplicable contra las iglesias, que intentaren la ejecucion en fuerza de un instrumento, como lo nota Bald. á la l. 32. col. 11. vers. 6. *quæritur*, D. *de legib.*, al cual puede verse, por ser notable lo que allí espresa; y v. Franc. Balb. en su trat. *præscr.*, chart. 42. col. 1. vers. 5. *fallit*, quien sin embargo no cita á Bald. á d. l. 32. Nótese tambien, con respecto á la cit. l., que en tal caso procederia la prescripcion de los 10. años, aun habiendo mala fe, acerca de lo cual v. d. Balb. en su trat. *præscr.*, fol. 21. col. 4. al fin, donde sostiene lo que aqui se espresa y cita á otros que pretenden lo mismo: esceptuándose de lo dispuesto en dicha ley los créditos provenientes de salarios de sirvientes, los cuales prescriben por el transcurso de tres años, segun lo declarado en las *Córtes de Madrid*, petic. 157. — * Refiérese el glosador aqui á la l. 10. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec., por la cual se establece efectivamente que prescriban dichos créditos, no reclamándoselos dentro de tres años á contar desde el dia en que hubieren sido despedidos de sus amos los que los tuvieren; y tambien los de los Boticarios y joyeros y otros oficiales mecánicos, y de los especieros, confiteros y demas que tengan tiendas de comestibles, por lo que hubieren dado de ellas al fiado, ó *por las hechuras que hobieren hecho*: y lo mismo se dispone por la l. 9. de dd. tit. y lib., respecto de los salarios devengados por los abogados, procuradores y solicitadores, no habiéndoselos pedido ni contestádose demanda acerca de ellos dentro de los mismos tres años, á contar desde que se los hubiese devengado: y ademas se declara en d. ley que la referida prescripcion no pueda renunciarse, y que corra del mismo modo aunque se la haya espresamente renunciado.

rar (90) contra el por este tiempo, e non serian tenudos de gelas pagar, si non quisiessen. Empero, si algund ome tuuiesse arrendada, o alogada de otro alguna casa, o viña, o otra heredad, por que le ouiesse a dar cada año a tiempo cierto señalada renta, o loguero; maguer fuesse tenedor (*g*) de aquella renta treynta años, non la podria ganar por este tiempo, nin aun por otro mayor. E esto es, porque non es tenedor della por si, mas en nombre de quien la tiene arrendada (91), o alogada.

(*g*) de aquella cosa treinta años Acad.

(90) ¿Procederá, empero, en las acciones personales la prescripcion con mala fe? Asi lo pretende Bart., y antes que este, Host. en la suma tit. *de præscr. rer. immob.*, vers. *quæres*, y vers. *actiones verò personales*; pero está en contrario la opinion comun, segun se espresa latamente en d. trat. *præscr.*, fol. 20. col. 2., 3. y 4. donde pueden verse algunas escepciones: Y en órden á si podrá utilizarse algun recurso contra el que alegare dicha prescripcion, aunque lo haya verificado con buena fe, adoptándose el medio de la denunciacion evangélica en el fuero eclesiástico, V. á Abb. quien está por la negativa al cap. ult. col. 5. vers. *puto tamen*, *de præscr.*, v. d. trat. *præscr.*, fol. 18. vers. 10. *quæro*, col. 1. y véase lo anotado por Bald. al cap. *si quis per triginta*, col. ult. *si de feud. fucr. controv. int. dom. et agn.*

(91) Añad. l. 5. tit. prox. sig. de esta Part., y conc. l. 2. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, y véase señaladamente acerca de esto á Paul. de Castr. á la l. 8. C. *de usufr.*, y Balb. en el trat. *præscript.*, fol. 33. col. 1. vers. 11. *quæro*, donde habla con maestría, y propone cuestiones interesantes; pudiendo tambien añadirse la glos. notable y magistral al cap. *clerici*, 16. cuest. 3.; y se deberá esceptuar de lo dispuesto en esta ley al colono del fisco, á tenor de la l. ult. C. *de fund. patrim.*, y de lo que allí declara Juan de Plat. ¿Se presumirá, empero, colono perpetuo el que haya prestado la pension por espacio de mucho tiempo? V. Bald. á la l. 4. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, col. 2. y Francisc. Balb. en el trat. *præscript.*, fol. 13. col. 1. princ. — * Diríase, segun el literal contexto de esta nuestra ley, é insiguiendo la version adoptada por Gregor. Lopez, que lo que se ha querido disponer en ella es que no prescriba por el transcurso de los treinta años la *obligacion* de pagar la pension del arriendo, á tenor de aquellas palabras: «maguer fuesse tenedor de aquella *renta* treyn» ta años, non *la* podria ganar por este tiempo, » nin aun por otro mayor:» como si hubiese querido significarse que el arrendatario no puede librarse de aquella obligacion aunque por mucho tiempo haya estado en la posesion de no pagar, por la razon de que, habiendo empezado á ocupar la cosa en calidad de tal arrendatario, y debiendo saber por consiguiente que este título importaba esencialmente la obligacion de pagar el precio ó salario, nunca podrá haber tenido buena fe, y asi de nada le servirá dicha posesion: y, en comprobacion de que en nuestra ley se quiso hablar en el sentido espresado, y nó de la prescripcion activa por la cual el poseedor adquiere el dominio de la cosa poseida, podria observarse la circunstancia de que en la primera parte de la ley se trata verdaderamente de la prescripcion pasiva, ó sea, de aquella por la cual se estinguen ó pierden los créditos ó acciones personales por el hecho de no habérselas deducido en mucho tiempo; y pues, á continuacion de esto se habló del arrendador y del arrendatario con la preposicion disyuntiva, *empero*, *si algund ome* etc., como indicando que se iba á establecer una escepcion de la regla general poco antes sentada, deberia deducirse de aqui que lo establecido á dicho propósito es relativo, nó á la prescripcion del dominio, sino á la de la deuda del precio ó de la accion personal que contra el arrendatario compete al arrendador. Vemos, sin embargo, segun la variante que oportunamente hemos anotado, que en la edicion de la Acad. se adoptó una version diferente, y se dijo, «maguer fuesse (el arrenda» tario) tenedor de aquella *cosa* treinta años, » non *la* podria ganar etc.;» con cuyas palabras se trató indudablemente de escluir la prescripcion del dominio, y nó la de la obligacion ó derecho personal. El mismo Gregor. Lopez, á pesar de haber adaptado la version de que antes nos hemos ocupado, se acomodó á la de la Academia, tanto al señalar las concordancias de derecho comun, (pues la l. 2. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*, habla tambien de la prescripcion del dominio ó propiedad) como en el sumario ó estracto que, segun costumbre, insertó antes de la glos., donde tradujo el texto de la presente ley en estos literales términos: *sed rem locatam nequit conductor vel locator aliquo tempore præscribere; quia non sibi, sed alii possidet.* De otra parte, la version de la Acad. aparece mas conforme con el epígrafe adoptado por el mismo Gregor. Lopez «Como puede ome perder las deudas que » le deuen, por tiempo de treynta años, *é co*» *mo se non pierden por este tiempo las cosas* » *arrendadas.*» Añádase tambien que para la prescripcion pasiva de las deudas ó acciones personales, segun la probable opinion espuesta por el glosador en la nota prox. antec., no

LEY 23. *Por quanto tiempo el sieruo se torna libre.*

Andando (92) algun sieruo por libre diez años, estando en la tierra su señor, o veynte, seyendo a otra parte, que non le mueua pleyto por razon de la seruidumbre que auia sobre el, si el sieruo ouiesse buena fe cuydando que era libre, dende adelante non lo podria demandar el señor del sieruo, nin otro ninguno; e si lo demandasse, poderse y a amparar por este tiempo, e ser libre por el. Mas si ouiesse mala fe sabiendo que era sieruo, e anduuiesse fuydo, estonce non se podria amparar por este tiempo; fueras ende, si se fuesse a tierra de Moros (93). Pero si anduuiesse como libre treynta años (94), dende adelante non lo podria demandar por sieruo, maguer anduuiesse fuido a mala fe (95) en tierra de Christianos. Otrosi dezimos, que la seruidumbre, que deue (h) vna casa a otra, o vn edificio a otro, que se puede ganar, o perder por tiempo, en la manera que diximos en las leyes del Titulo (96) que fablan en esta razon.

LEY 24. *Como non puede ome ganar por tiempo ome libre por sieruo.*

Por quanto (97) tiempo quier que tenga

(h) una cosa a otra Acad.

se requiere buena fe por parte del deudor; á mas de que, como la prescripcion de una obligacion no se funda en la presuncion de que no haya aquella existido, sino en la de que, no habiéndosela reclamado en tanto tiempo, es probable se la haya estinguido con el pago ó de otra manera, puede el arrendatario haber estado de buena fe en la posesion de nó pagar una ó mas pensiones devengadas, sin dejar de reconocer por ello que es tal arrendatario y que posee en nombre del dueño arrendador; y por lo mismo faltaria la congruencia de la razon indicada en nuestra ley con lo establecido en la misma, si entendiéramos su parte dispositiva conforme á la version de Gregor. Lopez: y por último nunca podria ser aplicable á dicha version la razon de la ley en los términos en que viene espresada *porque non es tenedor della por si, mas en nombre de quien la tiene arrendada*, ó *alogada*; porque no es la *renta*, sino la *cosa*, la que se tiene arrendada y la que detenta el arrendatario; por manera que hubiera sido una locucion muy impropia y defectuosa la de decir que el arrendatario *tiene ó posee la renta*, en lugar de decir, *está en tenencia ó posesion de no pagarla*. Asi, pues, dirémos que, sin perjuicio de poder prescribirse por los treinta años é individualmente consideradas las acciones personales que al vencimiento de cada pension van naciendo á favor del dueño arrendador para reclamar las pensiones devengadas, nunca, empero, podrá tener lugar á favor del arrendatario la prescripcion del dominio de la cosa arrendada, por mas que alegare haberla poseido treinta años, porque en realidad será el arrendador quien habrá poseido civilmente, y en virtud de esta posesion conservará siempre el dominio y con él el derecho de reclamar del arrendatario las pensiones que en lo sucesivo vencieren y las vencidas que no hubieren todavía prescrito: y esto es lo que se dispone en la presente ley de Partª; con la cual conc. la l. 1. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec., y aun en esta última se declara lo mismo respecto de las cosas dadas en depósito ó en prenda, esto es, que no pueda adquirir el dominio de ellas por prescripcion el depositario ni el acreedor; por no ser uno ni otro *tenedores por si, mas por aquellos de quien la cosa tienen*. V. acerca de esto lo que se dirá en la adic. á la nota 17. del tit. prox. sig.

(92) Conc. l. 2. C. *de præscr. long. temp. quæ pro libert.*, y, en cuanto se distingue la prescripcion de la libertad entre presentes de la que se hace entre ausentes, apruébase aqui la segunda opinion de la glos. allí, la cual seguian algunos, conforme refiere Azon en la suma de aquel título: bien que, por derecho comun, pretendian otros que para prescribir la libertad se requerian siempre 20. años sin distincion entre presentes y ausentes, segun Salic. allí despues de la glos.; véase, no obstante, á Alex. á la l. 1. §. 14. col. 2. D. *de acquir. posses.*

(93) Pues en este caso, cuando regresase á su patria recobraria su primitiva libertad por derecho de postliminio, segun la l. 5. D. *de captiv.*, §. 17. al fin Instit. *de rer. divis*, y §. 5. Instit. *quib. mod. jus patr. potest solv.*, y v. l. 23. tit. 14. Part. 7.

(94) Apruébase aqui la opinion de la glos. á la l. 1. C. *de præscr. long. temp. quæ pro libert.* etc.

(95) No procederia, empero, lo dispuesto aqui por derecho canónico, que es el que deberá observarse, segun lo que tengo anotado á las ll. 10., 12., 21. y 22. de este tit.

(96) L. 7. tit. 22. Part. 4.

(97) Conc. l. ult. C. *de præscr. long. temp. quæ pro libert.* etc., y allí la glos., y la misma á la l. 2. C. *de ingen. et manum.*

vn ome a otro como en manera de sieruo, si libre fuere, non se muda su condicion, ni su estado: nin lo puede apremiar, nin demandar por sieruo, en ninguna manera, por razon del tiempo que lo tuuo como sieruo.

LEY 25. *Como si algun sieruo anda por libre al tiempo de su finamiento, pueden mouer demanda contra sus fijos, hasta cinco años, e dende adelante no.*

Si al tiempo (98) de su muerte anduuiesse algund sieruo, o sierua, en buena fe en manera de libre, cuydando que lo era, el dueño del puede mouer pleyto contra sus fijos (99), e sus bienes, si los ouiere, desdel dia que murio fasta cinco años: e si fasta este tiempo non los demandasse, dende adelante non lo podria fazer, nin el, ni otro ome ninguno (100), quanto quier que fuesse de gran guisa, o de pequeña; nin aunque fuesse Rey, o Comun de algun Concejo, o quien quier que lo quisiesse demandar. Mas si por auentura acaesciesse, que aquel tiempo de la muerte de algun ome que fuesse libre, lo touiesse otro por su sieruo; si algun su pariente, o otro qualquier a quien perteneciesse su honrra, o su heredamiento, quisiesse mouer pleyto sobre el estado del muerto, queriendo mostrar que era libre, puedelo fazer hasta los cinco años, e aun despues (101) quando quier.

LEY 26. *Por quanto tiempo las Eglesias pierden las sus cosas.*

Qual cosa quier (102) que sea de aquellas que son llamadas rayzes (103), que pertenezca (104) a alguna Eglesia, o lugar religioso (105), non se puede perder por menor tiempo de quarenta años. Mas las cosas muebles (106) que fuessen suyas, e de tal natura que se pudiessen perder por tiempo, poderlas y an ganar contra ellos por tiempo de tres años (107), en la manera que diximos que las pueden ganar de los otros omes. Pero las otras que perteneciessen a la Eglesia de Roma (108)

(98) Conc. los títulos del Digest. y del Cód. *ne de stat. defunctor.*, en su totalidad.

(99) O contra otro que le hubiese sucedido en los bienes, aunque no fuera hijo, segun la l. 2. C. *de usuc.*

(100) Pues esta prescripcion corre tambien contra el pupilo, segun la l. 6. C. *ne de stat. defunct.*, y l. 2. §. 1. D. *de usuc.*, y contra el fisco, á tenor de esta ley, y l. 7. C. *de usuc.*

(101) Conc. l. 1. §§. penult. y ult. y l. penult. D. *ne de stat. defunct.*

(102) Conc. el testo de la autent. *quas actiones*, C. *de sacros. eccles.*, junto con la Novel. de donde deriva, el cap. 1., cap. *de quarta*, 4., cap. *ad aures*, 6., y cap. *illud*, 8. *de præscr.*, lib. 6.; debiendo, empero, entenderse con las ampliaciones y limitaciones que se pueden ver indicadas en el trat. *præscript.*, de Balbo, fol. 41. y fol. 42. col. 1.; y véase allí mismo lo que deberá decirse respecto de las servidumbres.

(103) Lo mismo deberá decirse de las acciones personales, las que, por derecho comun, prescribian en 30. años, segun d. autent. *quas actiones*, y la *Novell.* 111. *collat.* 8.

(104) Acerca de la accion publiciana, v. Bald. á la l. 3. al fin col. pen. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, donde pretende que quedará prescrita por largo tiempo, aun contra la Iglesia.

(105) Lo propio deberá decirse de los hospitales y demas establecimientos piadosos, segun lo anotado por Abb. al cap. 1. *de in integr. restit.*, col. últ. y cap. *accedentibus*, *de privil.*, y lo mismo tendrá lugar respecto de los pobres, segun la *Novell.* 131. cap. 6., y Abb. y Felin. cap. 6. *de præscript.*

(106) Conc. d. autent. *quas actiones*, y procede tambien esto, por derecho canónico, segun lo anotado por Juan de Imol. y Abb. al cap. 1. *de in integr. restit.*, y Felin. cap. *de quarta*, hácia el fin, *de præscript.*

(107) Lo mismo que aqui de la prescripcion de tres años se declara en d. autent. *quas actiones*, respecto de la de cuatro años; esto es, que las cosas que se prescriben por este tiempo, se prescribirán tambien por el mismo contra la Iglesia; pero esto no tiene lugar por derecho canónico, segun el testo, juntamente con la glos. allí, del cap. *quicumque militum*, en la palabra *consensu*, 12. q. 2., la glos. y los DD. al cap. *de reb. eccles. non alien.*, y Jas. á d. autent. *quas actiones*, col. 1. vers. *tertiò pondera.* Por lo que hace á las acciones *redhibitoria* y *quanto minoris* y demas que solo duran un año ó seis meses, deberémos decir que procederá, respecto de ellas, la prescripcion contra la Iglesia del mismo modo que contra un particular, segun d. *Novell.* 111. y lo anotado por la glos. á d. cap. 6., y la glos. y Abb. al cap. *cum causa*, *de empt. et vend.*

(108) Conc. cap. *ad audientiam*, 13. *de præscr.*, y d. autent. *quas actiones*: y debe entenderse todo con las ampliaciones y limitaciones que esplica Felin. en d. cap. *ad audientiam*, col. antepen. vers. *ultimò facias regulam*, y en d. trat. *præscr.*, fol. 42. col. 2., 3., 4. y 5.

tan solamente, non las podria ningun ome ganar por menor tiempo de cient años.

LEY 27. *Como el que tiene la cosa a peños, puede perder por tiempo el derecho que y a.*

A peños (109) teniendo algun ome alguna cosa de otro, qualquier que fuesse, mueble, o rayz, si despues que fuesse empeñada a vno, passasse a otro por compra, o por alguna otra derecha razon, e este, despues que la ouiesse assi, fuesse tenedor della diez años (110) a buena fe (111), seyendo en la tierra aquel que la tenia a peños, o veynte seyendo en otra parte; si en todo este tiempo non le fuesse demandada en juyzio, ganarla y a, e perderia el otro que la tenia empeñada, el derecho que auia sobre ella. E si por auentura este a quien pasasse la cosa assi como sobredicho es, ouiesse mala fe (112) en rescibiendola, sabiendo que era empeñada, e aquel que la enagenaua non auia derecho de lo fazer; estonce no la podria ganar por menor tiempo de treynta años (113): mas si treynta años fuesse tenedor della, que gela non demandasse aquel que la tenia a peños, ganarla y a por este tiempo, e perderia el otro que la tenia a peño, el derecho que auia sobre ella. Mas si acaeciesse, que la cosa empeñada touiesse el señor della, o su heredero (114), o otro alguno a quien la ouiesse el mismo obligado otra vez (115) despues desto, ninguno dellos non la podria

(109) Acerca el contenido de esta ley, véase lo que notable y latamente dice Francisc. Balb. en su trat. *præscr.*, fol. 31. col. 1., 2. y 3. vers. *tertiò principaliter*, y añad. l. 39. tit. 13. Part. 5.

(110) Conc. ll. 1. y 2. C. *si advers. credit.* ¿Qué deberá decirse, empero, cuando el que sustrajo la cosa empeñada del poder del acreedor hubiere sido el mismo dueño de ella, y, habiéndola vendido despues ó donado á un tercero, la hubiere este poseido por largo tiempo? ¿La prescribirá en tal caso este último contra dicho acreedor, á quien se hubiere hurtado? Dígase que nó, á tenor de la l. ult. D. *de usuc.*, y asi lo sostiene Paul. de Castr. á la l. 5. D. *de usuc. pro empt.* ¿Procederá, empero, lo dispuesto en esta ley y otras semejantes, despues que, por la autent. *hoc si debitor*, C. *de pign.*, y la l. 14. tit. 13. Part. 5. se halla establecido que no pueda el acreedor accionar contra el tercer poseedor, sin haberse antes escutido al deudor y acreditado que este es insolvente? Nótese que, segun esto, y supuesto dicho beneficio de órden y escusion, parece que no debe correr la prescripcion contra el acreedor hasta que esté escutido el deudor, ya que tampoco hasta entonces puede accionar aquel contra el tercer poseedor, y *contra non valentem agere non currit præscriptio*, l. ult. C. *de annal. except.*, principalmente habiendo impedimento de derecho, ó creado por el derecho mismo, como en la l. 1. §. 8. D. *de itin. actuq. privat.* Alex. consil. 58. vol. 5. sostiene que no procederán por la espresada razon, y cita allí el cap. *quia diversitatem, de conces. præbend.*, bien que lo contrario pretende Franc. Balb. en el trat. *præscrip.*, fol. 31. col. 2. y 3. vers. 6. *conclusio*: v. allí: y esta opinion contraria á la de Alex. parece la mas acertada y se aprueba en el cap. ult. *de election.* donde se puede verse una glos. interesante; hace tambien al caso la regla *qui potest facere ut possit conditioni parere, jam posse videtur*, 174. D. *de regul. jur.*, procediendo principalmente dicha opinion, atendido el derecho de Part. y v. lo anotado por Bald. cap. *cum accessissent*, col. 3. vers. *apparet, de constit.*

(111) Esto es, ignorando que estuviese obligada; pues, si lo supiese, no procederia la prescripcion de los diez ó veinte años, segun esta ley, y la Glos. y Bart. á la l. 43. D. *de acquir. posses.* y la glos. de la l. 3. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*

(112) No procede esto por derecho canónico, el cual debe observarse en esta parte, en entrambos fueros, como dije en las notas 49. y 80. ll. 10. y 21. de este tit.

(113) Conc. l. 7. princ. y §. 1. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*

(114) Esto es, por título hereditario, y como tal heredero; pues, si la tuviese por haberla comprado con buena fe á otro, que tambien la hubiese obtenido del difunto por título de compra, en tal caso podria prescribirla por diez ó veinte años, l. 5. D. *de divers. et temp. præscr.*, y la Glos. allí. —* Dándose la razon de esto en d. l. 5. §. 1. al fin, á saber, la de que, en el caso propuesto, el heredero no se considera serlo de aquel que dió la cosa en prenda, sino como sucesor del que la habia comprado ó adquirido á título singular.

(115) Conc. l. 7. §. 2. C. *de præscr.* 30 *vel* 40. *annor.* Pero, una vez haya muerto el deudor, ¿podrá aprovecharse el segundo acreedor de la prescripcion de 30 años, como se halla establecido en d. §. 2? Parece que, por nuestra ley, se requieren siempre los 40 años; puesto que no hace distincion en esta parte, y porque, habiendo dejado heredero el difunto deudor, es lo mismo que si este viviera, segun sostiene la Glos. á d. §. 2. y lo aprueba allí Bald., desechando la segunda opinion de la misma Glos.; pues, desde que el heredero

ganar por menor tiempo de quarenta años (116).

LEY 28. *Que personas son las que no pierden en ausencia sus cosas por tiempo.*

En hueste (117), o en caualgada, o en mandaderia de Rey, o del Comun (118) de su Concejo yendo algund ome, o cayendo en catiuo, o estando en Escuelas para aprender alguna sciencia, o en romeria, o por otra razon semejante destas; si entretanto que el estuuiesse en alguno destos lugares que sobredichos son, començasse (119) otro alguno a ganar alguna cosa suya por tiempo, dezimos que despues que el viniere fasta quatro años (120) puede pedir al Judgador (121) del lugar, que aquel tiempo (122) por que auian començado a ganar la cosa contra el, que non le empezca. E el Judgador deuegelo otorgar: mas si por auentura despues de su venida fasta los quatro años sobredichos, el, o su heredero (si el finasse alla) non pidiesse esto al Judgador otrosi fasta quatro años, desdel dia que supiesse que era muerto en alguno de los lugares sobredichos aquel a quien deue heredar; dende adelante non lo podria pedir, e fincaria en saluo al otro la ganancia que ouiesse assi fecha por tiempo.

LEY 29. *Como se destaja, o se pierde la ganançia que ome ha començado a ganar por tiempo.*

Destajase (123) la ganancia que ome comiença de fazer por tiempo, e pierdese, por desamparar la cosa, o por perder la tenencia

aceptó la herencia, aunque no tome posesion de la misma, queda todo en el mismo estado que si el deudor viviera todavía.

(116) Conc. d. l. 7. §§. 1. y 2.

(117) Conc. ll. 1. 2. 4. 6. y ult. C. *quibus non objic. long. temp. præscr.*, y véase señaladamente Azon en la suma C. *de rest. milit.*, la l. 3. C. del mismo tit., y el §. 5. *Instit. de act.* y habla nuestra ley de la ausencia tanto si es por una causa *probable* y *necesaria*, por ej. por el servicio de la república, como por causa *probable* solamente, como la de los estudios, ó de una peregrinacion á Santiago, ó *necesaria* tan solo, pero de las favorables, como la del que se ha hallado en poder de los enemigos ó de ladrones; acerca de cuyas clases de ausencias v. Glos. á la l. ult. D. *de in integr. rest.*, y ll. 10. y 11. tit. 23. de esta Part. y Bald. á la l. 3. col. 1. y l. pen. C. *quomod. et quand. jud.*

(118) Añad. l. 26. §. ult. D. *ex quib. caus. maj.*

(119) Lo mismo deberá decirse, si se hubiese principiado entre presentes, y completado en la ausencia, segun la l. 15. §. 3. y l. 26. §. 8. D. *ex quib. caus. maj.*, y Azon en la Suma C. *de rest. milit.* ¿Y si se completara entre presentes la prescripcion que habia empezado entre ausentes? Tambien se concederia la restitucion respecto del tiempo transcurrido durante la ausencia, ya fuese corto, ya largo el que hubiese pasado desde el regreso del ausente, segun la opinion comunmente adoptada por los Intérpretes á d. §. 3., y que se aprueba bastante claramente por esta nuestra ley, contra la que sostenia Martin de que se trata tambien allí, y la cual generalmente no es admitida.

(120) Apruébase aqui la opinion de los canonistas y de los que dicen que se concede el cuadrienio para pedir la restitucion, aunque hubiese transcurrido menos tiempo durante la ausencia: véase la Clement. 1. *de in integr. rest.*: quedando desechada la opinion de la glos. á la l. 26. §. 8. D. *ex quib. caus. maj.*, que es la comunmente adoptada por los legistas.

(121) Adviértase, sin embargo, que para pedir esta restitucion debe estar completada la prescripcion; de lo contrario, no podria pedir que se le restituyese; sino que debiera accionar á tenor del derecho comun, como lo declaran Azon y Alberic. lug. cit., y véase lo anotado por Bart. á d. §. 3. col. antepen. vers. *venio ad secundum*, y Alberic. col. 7. q. 2. donde se trata del caso en que no se hubiese concluido la prescripcion dentro del cuadrienio á contar desde el dia del regreso: y sobre el caso en que sea una iglesia, la interesada, v. glos. sobre la palabra *à tempore* en d. Clement. 1.

(122) En estos términos deberá concebirse la demanda ó libelo para pedir al juez que rescinda la usucapion; mas, ¿podrá al mismo tiempo intentarse la accion rescisoria y pedirse acumulativamente que, rescindida la usucapion, se restituya la cosa al que asi fuere restituido? Asi se opina comunmente y se observa, segun la glos. á d. Clement. 1. en la glos. magna al fin, y Din., Juan Fabr. y los DD. á d. §. 5. Instit. *de act.*

(123) Y nótese que la cuasi-posesion queda interrumpida respecto de las cosas incorporales, del mismo modo que la posesion en las corporales: v. Juan de Plat. á la l. 7. C. *de aquæd.*

della (124), ante que sea cumplido el tiempo por que la puede ganar: de manera que maguer la cobre despues desso, non puede ayuntar el tiempo passado, con el que es de venir, nin contarlo en vno, para poderla ganar porende; mas de aquel dia en adelante que la cobrare, deue començar a contar de cabo. Otrosi dezimos, que si alguno ouiesse començado a ganar por tiempo cosa agena, que si aquel cuya era, e contra quien la ganaua, le fiziesse emplazar (125) sobre ella por carta del Rey, o del Judgador, o por Portero, o

(124) Conc. l. 5. D. *de serv. fugit.*; y entiéndase cuando se pierde la posesion civil, que es la que sirve para la prescripcion, como lo notan la glos. y los DD. á la l. 3. §. 5. D. *de acquir. poss.*; y á la l. 1. C. *de serv. fugit.*: pues por el defecto de la sola posesion natural no quedaria aquella interrumpida, segun la l. 7. princ. D. *pro empt.*, y lo sostiene Bart. á d. l. 5. vers. *tertiò requiritur.* Y tampoco debe entenderse que lo quedaria, cuando alguno dejase de poseer en realidad, pero de tal manera que se le presumiese todavía legalmente poseedor, como sucede en ciertos casos; porque, si por alguna de esas ficciones de derecho se presumiese que aun posee, como en el caso del que está en poder de los enemigos, ó en el del esclavo en cuanto tiene la posesion fingida de las cosas que forman su peculio, l. pen. D. *pro donat.*, y l. 15. D. *de usuc.*, no se interrumpiria la prescripcion. Asi lo sostiene Bart. á d. l. 5. Añádase tambien que, mientras la herencia se halla vacante, se continúa la prescripcion sin que medie la posesion, segun la l. 40. D. *de usuc.*: en cuyo caso se ha establecido esto por escepcion de la regla general, segun la l. 44. §. 3. D. d. tit. Nótese asimismo que, si bien la falta de posesion interrumpe la prescripcion, mas no queda por esto sin efecto el título que obtenia el que habia empezado á prescribir; por manera que, si principia á poseer nuevamente, puede empezar una nueva prescripcion en virtud del propio título, segun las palabras de nuestra ley aquí: *mas de aquel dia en adelante que la cobrare, deue començar a contar de cabo*: y la glos. notable á d. l. 15. §. pen. Y si al interrumpirse la posesion faltaban ya muy pocos dias para haber prescrito, ¿se concederá á lo menos en este caso la restitucion contra tal intèrrupcion, para que se tenga por terminada la prescripcion? Asi lo pretende la glos. á la l. 1. §. 31. D. *de vi, et vi arm.*, en la palabra *habiturus*, y cita allí la l. 16. al fin D. *de fund. dotal.*, siendo esta la opinion comun, segun Alex. á la l. 3. §. 17. D. *de acquir. poss.*; en el caso, empero, propuesto en la l. 30. §. 1. D. *de usuc.*, no seria necesaria esta restitucion, á pesar de lo que difusamente espresa Balb. en d. trat. *præscript.*, fol. 67. col. 3. junto con las dos siguientes. Y nótese que dicha interrupcion natural no perpetúa la accion hasta 40. años, segun la glos. y lo anotado por Bald. á la l. 7. §. pen. C. *de præscr. 30. vel 40. annor.*, y la glos. al §. *potest*, en la palabra *triginta*, q. 16. *tertiò.* ¿Qué deberia decirse, empero, cuando variase la calidad de la cosa poseida, por ej., si un terreno por una inundacion se convirtiese en estanque, ó al contrario? ¿Se perderia la posesion, y quedaria de consiguiente interrumpida la prescripcion? V. Decio, quien está por la afirmativa, consil. 302. col. pen., con ciertas limitaciones que pueden verse allí, y la l. 30. §. 3. D. *de acquir. poss.*: y por lo que hace á las inundaciones del mar ó de los rios, y á los casos en que por ellas se entienda perdida la posesion, v. l. 3. §. 17. D. *de acquir. poss.*, y allí Alex., y Felin. al cap. *illud*, col. 1. *de præscr.* — * V. la adic. á la nota prox. sig.

(125) Conc. ll. 3. y 7. princ. C. *de præscr. 30. vel 40. annor.*, y adviértase que nuestra ley no distingue entre la prescripcion del tiempo largo y la del larguísimo, ni la usucapion de los tres años, para el efecto que aqui se espresa de interrumpírselas todas por la citacion del poseedor, como tampoco distinguia entre unas y otras Azon en la suma C. *de annal. præscr.* Sin embargo, Jacob. de Arena, Bart. y otros DD. hacen distincion entre estas prescripciones, y pretenden que la usucapion de las cosas muebles no se interrumpirá por medio de la contestacion del pleito, sino en el caso de llegarse á proferir sentencia condenatoria contra el poseedor, segun la l. 18. D. *de rei vind.*, y la l. 2. §. ult. D. *pro empt.*; pero que la prescripcion de largo tiempo se interrumpe por dicha contestacion, aunque nó por la sola citacion, segun d. l. ult., 1. respons., y l. 26. C. *de rei vind.*; y la de tiempo larguísimo, como se introdujo en odio del que es descuidado en reclamar las cosas que le pertenecen, lo quedará con la sola citacion; y aun, cuando con esta última concurra la buena fe, pretenden los DD. que no se interrumpirá con la sola citacion, sino que será necesaria la contestacion del pleito, segun sostiene Abb. contra Anton. al cap. *illud*, col. 2. *de præscr.*, y mas latamente lo manifiesta Balb. en su trat. *præscript.*, fol. 69. col. 3. Por lo demas, atendidas las palabras de esta nuestra ley que no hace distincion alguna entre las varias especies de prescripcion, y en la que estan unidas con la partícula disyuntiva *ó*, y por consiguiente equiparadas, la citacion y la contesta-

gela ouiesse demandado en juyzio; la ganancia del tiempo que auian començado contra el, destajase, e pierdese porende. Otrosi dezimos, que si vn ome fuesse debdor de otro, por razon de alguna cosa que le ouiesse a dar, e aquel a quien la deuiesse, estuuiesse tanto tiempo quel non demandasse el debdo, que el otro lo començasse a ganar por tiempo; si despues desto renouasse (126) el debdor la debda que deuiesse, faziendo carta, o fiadura sobre si, o dando peños, o pagando algo por razon de menoscabo, o dando parte del precio, o faziendo alguna otra cosa semejante destas nueuamente, despues que lo començo a ganar; destajase, e pierdese porende el tiempo por que la ganaua contra el. Esso mismo seria, si el señor del debdo gelo demandasse delante de amigos, o de auenidores (127).

cion del pleito, con las palabras *o gela ouiesse demandado*, y atendido de otra parte que la citacion tiene fuerza de litis-contestacion, segun la l. 33. D. *de action. et oblig.*, deberá tal vez decirse que entre nosotros la citacion interrumpirá toda prescripcion haya buena ó mala fe: y asi que por la presente ley habrá quedado desechada la comun y magistral doctrina de los DD. fundada en leyes que tal vez no la corroboran bastantemente, aun discurriendo por los principios de derecho comun: medítese, empero, acerca de esto; y V. á dich, propósito lo anotado por Bald. á la l. 2. col. 3. C. *de serv.*, donde dice que, por derecho canónico se interrumpe la prescripcion por el mero hecho de haberse mandado al portero ó alguacil (*executor*) á hacer el emplazamiento: debiendo añadirse que por semejante interrupcion civil quedará perjudicada la prescripcion tan solo con respecto á la demanda ó accion que se hubiere efectivamente propuesto; mas nó respecto de las demas que pudieren entablarse contra el mismo poseedor, como lo manifiesta Paul. de Castr. consil. 10. vol. 1., y véanse latamente acerca de la interrupcion proveniente de la citacion, Alex. y Jas. á d. l. ult. y Balb. en d. trat. *præscript.*, fol. 69. y 70., donde se hallan muchas ampliaciones y limitaciones. —*Ya por derecho comun novísimo se hallaba espresamente establecido que la sola presentacion de la demanda ante el juez competente, ó, en ausencia de este, un formal requerimiento hecho al poseedor ante escribano ó tres testigos bastase para interrumpir plenísimamente toda prescripcion (*ad plenissimam interruptionem*), sin distinguirse entre la de tres años y las de largo ó larguísimo tiempo, (*sive triennii, sive longi temporis, sive 30. vel 40. annorum sit*), l. 2. C. *de annal. except.*; cuya disposicion fue adoptada por esta nuestra ley de Partª; sin que, por consiguiente, puedan tener lugar las distinciones de los intérpretes y del derecho antiguo, como muy exactamente observa nuestro Glos. aqui. No convendrémos, empero, tan facilmente con él, en lo que dice hácia el fin de la presente nota, ó sea, que por la citacion del poseedor quede interrumpida la prescripcion tan solo con respecto á la accion ó demanda que se hubiere materialmente propuesto: antes hallamos terminantemente declarado lo contrario por el derecho comun, l. 3. y ult. C. d. tit. *de annal. except.*, esto es, que, propuesta una demanda en general y sin determinar la accion que se pretende deducir contra el poseedor, se entienda interrumpida la prescripcion respecto de todas las acciones que hubiera podido deducir el demandante, y del mismo modo, deducida una accion especialmente, se entiendan deducidas todas las demas que compitiesen al demandante, para dicho efecto de interrumpir la prescripcion, (*licet generaliter nullius causæ mentionem habentem libellum transmiserit, vel unius quidem specialiter, tantummodò autem personales actiones vel hypothecarias continentem, nihilominus videri jus suum omne eum in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula*): porque, añade la misma ley, las escepciones odiosas (cual es la prescripcion) se han introducido en odio de los desidiosos, *et sui juris contemptores;* como queriendo significar que no puede culparse de desidia, ni decírsele que haya despreciado su derecho al que lo ha deducido oportunamente, aunque no lo haya hecho con toda la latitud que hubiera podido.

(126) Conc. l. 7. §. 5. C. *de præscr. 30. vel 40. annor.*: y añádase que la renovacion de la deuda debe hacerse espontáneamente para que produzca tal efecto; pues si mediase coaccion, no se entenderia por esto reconocida la deuda: v. Bald. á la l. 1. C. *ut in poss. legat.*, y limítese y entiéndase esto segun Jas. á la l. 18. col. 6. D. *de verb. oblig.*: debiendo añadirse que de nada sirve el reconocimiento despues de completada la prescripcion: v. Bald. á la l. 4. col. 3. C. *de temp. appell*: y véase sobre el particular lo que nota Specul. tit. *de locato*, §. *nunc aliqua*, vers. 42.

(127) Respecto del árbitro de derecho no queda duda que procederá lo dispuesto aqui, ó sea, que la demanda propuesta ante el mismo, ó el compromiso en que se le hubiere nombrado interrumpirá la prescripcion, segun la l. 5. hácia el fin C. *de arbit.*, y lo anotado allí por Bald.; mas en cuanto al arbitrador, pretendia Oldrald. consil. 176. que debia decirse lo contrario; y lo mismo sostienen Juan

LEY 30. *Que si el ome que tenia alguna cosa se fuere de la tierra, o se muriere, e dexare fijo menor de siete años, o si fuere tenedor della ome poderoso; que deue fazer el señor de la cosa, para no perderla por tiempo.*

Yendose (128) de la tierra algun ome, despues que ouiesse començado a ganar alguna cosa por tiempo, o saliendose de su acuerdo, o muriendose (i) si dexasse huerfano menor de siete años, a quien non ouiesse dado Guardador; si por alguna destas razones aquel contra quien auia començado a ganar la cosa por tiempo, non pudiesse fazer demanda contra el en juyzio; dezimos, que abonda quel faga afrenta delante del Judgador del lugar, o delante el Obispo, non pudiendo auer el Juez, o delante los omes de la vezindad de la casa en que moraua (129), a aquel que començara a ganar la cosa por tiempo; diziendo, que el de grado lo demandaria en juyzio, mas que lo non podia fazer por alguno de los embargos sobredichos. Ca por tal afrenta como esta, destajase, e pierdese el tiempo en que el otro auia començado a ganar la cosa, bien assi como si le ouiesse mouido pleyto en juyzio sobre ella. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, quando aquel que auia començado a ganar la cosa por tiempo, fuesse algund ome tan poderoso, a quien non osasse mouer pleyto en juyzio sobre ella.

(i) si dexase heredero huérfano etc. Acad.

TITULO XXX.

EN QUANTAS MANERAS PUEDE OME GANAR POSSESSION E TENENCIA DE LAS COSAS.

Como ganan, o pierden los omes el señorio de las cosas por tiempo, assaz cumplidamente lo auemos mostrado en las leyes del Titulo ante deste. E porque tal ganancia non se puede fazer a menos que el ome aya la possession (1), e la tenencia dellas; porende queremos aqui fablar de la possession. E monstraremos primeramente, que cosa es possession. E quantas maneras son della. E quien la puede ganar. E como. E despues diremos, como la puede perder el que la a ya ganada.

LEY 1. *Que cosa es Possession.*

Possession tanto quiere dezir, como ponimiento de pies. E segun dixeron los Sabios an-

Andr. en la adic. al Specul. tit. *de lit. contest.*, §. ult., y Abb. cap. *illud*, *de præscr.*, col. 3. Esta ley, empero, parece hablar tambien de los arbitradores, pues que usa las palabras de *amigos ó auenidores;* y lo propio se infiere de la l. 23. tit. 4. de esta Part.; y asi deberá resolverse en el dia, mayormente estando vigente la ordenanza *de Madrid:* por lo cual dirémos que, atendidas las leyes del reino, se interrumpirá hoy la prescripcion, por el hecho de haberse presentado demanda ante un arbitrador y de haberse dado órden al alguacil, para que citara al convenido, lo mismo que si esto se hubiese verificado ante un árbitro de derecho, segun d. l. 5. §. ult. — * La ordenanza de Madrid á que alude el glosador aqui, será sin duda la l. 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec. en la cual se da, en cuanto á los efectos, la misma fuerza á los fallos de arbitradores y amigables componedores, que á los de los árbitros de derecho.

(128) Conc. l. 2. C. *de annal. except.*, y v. Felin. cap. *cum M. Ferrariensis*, col. 15. vers. *fallit* 3., *de constit.*, y está anotada en el §. *potest* 16., q. 3., y procede esta ley solamente respecto de las acciones reales, segun se deduce de la misma, y lo sostienen Bart. y Salic. á d. l. 2., donde Ang., siguiendo á Odofred., pretende, que tambien tendrá lugar en las acciones personales: siendo de notar ademas que en el caso propuesto en nuestra ley aqui, no solo aquel en cuyo perjuicio se trate de prescribir podrá valerse del medio que se le concede en la misma, y protestar ante el juez ó testigos que quiere proponer demanda contra el poseedor, sino que tambien le quedará el otro medio de pedir la restitucion dentro de los cuatro años, que se concede á los ausentes ó impedidos por la l. 28. de este tit. y en los tits. *ex quib. caus. major.*, á tenor de lo anotado por la glos. y Bart. á la l. 39. D. *ex quib. caus. major.*

(129) ¿Qué deberia decirse si el poseedor fuese un vago sin domicilio conocido? En tal caso no procederia lo dispuesto en esta ley, como sostienen la glos., Bart. y Paul. de Castr. á la l. 49. D. *ad Trebel.*, cuya glos. califica de singular Bald. á la l. 7. §. pen. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*

(1) Conc. l. 25. D. *usuc.* — * Segun esto, pues, tan solo se quiso hablar en el presente título de la posesion, en cuanto es una de las condiciones necesarias para prescribir, y nó en el sentido mas lato de aquella palabra, ó en cuanto es tambien la fuente, orígen y fundamento de los verdaderos derechos posesorios

tiguos, possession es, tenencia (2) derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento. Ca las cosas que non son corporales, assi como las seruidumbres que han las vnas heredades en las otras, e los derechos por que demanda vn ome sus debdas, e las otras cosas que non son corporales semejantes destas, propriamente non se pueden posseer (3), nin tener corporalmente; mas vsando dellas aquel a quien pertenece el vso, e consintiendolo (4) aquel cuya heredad lo ha, es como manera de possession (5).

é interdictos; lo cual conviene mucho advertir á propósito de lo que se dirá en las notas siguientes.

(2) Es la misma definicion de Azon continuada en la l. 1. D. *de adquir. posses.* y en la glos. 1. *per eundem* C. d. tit. acerca de la cual puede verse á Bart., DD. y á otros allí.—*No encontramos en d. l. 1. definicion alguna de la posesion y menos la que se lee en esta nuestra ley, y sí únicamente una simple esposicion etimológica de la voz *posesion: Possessio appellata est à sedibus quasi positio*; lo cual se tradujo aqui por las palabras: «possession tanto »quiere decir como ponimiento de pies.» Por lo que hace, empero, á esta definicion de «te»nencia *derecha* en cosas corporales con ayuda »del cuerpo ó del entendimiento» repetimos que no la encontramos en dicha ley romana, y la consideramos además muy distante de ser exacta, ya se considere á la posesion en su sentido mas genérico y absoluto, ya en el sentido mas concreto y limitado que hemos espresado en la adicion á la nota que precede. A veces está uno detentando *materialmente* alguna cosa con *derecho* de detentarla y con *intencion* de usar de ella, reuniendo por consiguiente las tres circunstancias de la definicion ó sean la tenencia *derecha* con la ayuda del *cuerpo* y del *entendimiento*, como sucede con el colono, el comodatario y otros, y sin embargo ni el comodatario ni el colono tienen la posesion natural siquiera segun se declara en la l. 5 de este mismo tit. y mas espresamente todavía en las de derecho comun de donde aquella ha sido tomada. A veces por el contrario está uno detentando ú ocupando alguna cosa *corporalmente* y con *ánimo* de hacerla suya aunque sin *derecho* para ello, como sucede con el ladron y el poseedor de mala fe: y sin embargo de ser semejante detentacion *injusta* es una verdadera posesion, en tanto que al poseedor de mala fe y al ladron no solo se les dan en ciertos casos los interdictos sino que tambien se les considera en condicion de prescribir, segun la l. 21. del tit. prox. antec. Y hasta en los casos ordinarios, si bien para la prescripcion ó usucapion son *igualmente* indispensables, á mas de la posesion, el justo título y la buena fe; pero estos dos requisitos son siempre esencialmente distintos del primero, como lo son entrambos entre sí, y aun por esto los exigen las leyes por separado, sin que pueda jamas confundirse la posesion, aunque sea la *civil*, con las circunstancias que, por decirlo asi, la legitiman al efecto de que por medio de ella se pueda adquirir el dominio. No nos proponemos por esto ensayar una definicion exacta de la posesion, que estan buscando todavía inútilmente los mas célebres jurisconsultos, porque ni tenemos tan desmedida confianza en nosotros mismos, ni seria propio de nuestro objeto en la presente obra el engolfarnos en una materia la mas difícil y escabrosa tal vez de cuantas se ofrecen en la ciencia del Derecho. Tan solo hemos querido observar que, sea lo que fuere de todo lo demas, nunca, al tratarse de definir la posesion en general, ha podido decirse con exactitud que fuese «tenencia *derecha*» como se ha dicho en la presente ley.

(3) L. 3. pr. D. *de adquir. posses.* l. 43. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* y l. 4. §. 27. D. *de usuc.*

(4) Añad. l. 20 D. *de servit.*

(5) O llámesela cuasi-posesion, la cual se entiende siempre comprendida bajo la denominacion general de posesion que se acostumbra usar en las leyes y estatutos, como espresa Francisc. de Aret. á la rubric. D. *de adquir. posses.* col. ult. y consil. 50. que empieza *viso themate* col. 4. Lo contrario, empero, pretendia Anton en la repet. al cap. ult. *de caus. posses. et propriet.*, esto es, que, propiamente hablando, no debe entenderse comprendida la cuasi-posesion bajo la palabra posesion usada en un estatuto, como lo refiere Alex. á d. l. 3. pr. col. 1. D. *de adquir. posses.* No será nulo, sin embargo, el libelo por decir el actor en él que posee, refiriéndose á una cosa incorporal; antes se entenderá haber querido decir que la cuasi-posee, segun Juan de Plat. á la l. 7. C. *de aquæd.*; y acerca el modo de adquirir dicha cuasi-posesion y de los actos mediante los cuales se la adquiere, V. Abb. al cap. *cum Ecclesia sutrina* col. 4. y 5. *de caus. posses. et propriet.*, Bald. á la l. 1. C. *de servit.* y l. 4. C. *de adquir. posses.* y Abb. cap. *bonæ*, col. 6. *de postul. prælator.*, pudiendo verse ademas las muchas citas ó referencias que hace Alex. á la l. 1 princ. col. 21 D. *de adquir. poss.* Acerca de los actos por medio de los cuales se adquirirá la cuasi-posesion del derecho de patronato, véase el trat. *præscript.* fol. 47 col. 2, y Socin. consil. 89. col. 2. vol. 1, y consil. 258.

LEY 2. *Quantas maneras son de Possession.*

Ciertamente dos maneras (6) y ha de possession. La vna es natural, e la otra es por otorgamiento de derecho, a que llaman en latin ciuil. E la natural es, quando ome tiene la cosa por si mismo corporalmente, assi como casa, o su Castillo, o su heredad, o otra cosa semejante, estando en ella. E la otra que llaman ciuil es, quando algund ome sale de casa, de que el es tenedor, o de heredad, o de Castillo, o de otra cosa semejante, non con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede ome siempre estar en ella. Ca estonce, maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente, seerlo ha en la voluntad, e en el entendimiento, e valdra tanto (7), como si estuuiesse en ella por si mismo.

princ. vol. 2. Con respecto al modo de obtener y probar la cuasi-posesion de los derechos jurisdiccionales, V. Bald. *de consuet. recti feud.* princ.: añad. Socin. consil. 187 vol. 2. col. 4. y 5.: y sobre si el juramento de fidelidad prestado por los súbditos á favor de alguno será prueba bastante para considerarsele como cuasi-poseedor de los mencionados derechos V. Alex. consil. 94. vol. 5. col. 2.; y por lo tocante á los efectos de la cuasi-posesion de los derechos de las personas, y de los inherentes á oficios ó á obligaciones, V. Bald. á la l. 9. col 2. y ult. C. *qui accus. non poss.*, donde pueden verse muchas cosas notables: acerca el modo de probar la cuasi-posesion del derecho de un canonicato, V. Abb. cap. *in Genesi*, *de elect.* col. 3. y nótese que no podrá adquirirse la cuasi-posesion de una jurisdiccion ya establecida, sino con ciencia y paciencia de aquel que la cuasi-poseia, sin que baste la ciencia y tolerancia del que es verdaderamente dueño, y á quien compete en realidad la jurisdiccion, [esto es en el caso de no ser este sino otro el que últimamente la hubiere cuasi-poseido] segun Alex. en d. consil. 94. col. 4, vol. 5. Nótese tambien que de los derechos incorporales pueden obtener la cuasi-posesion aun aquellos que verdaderamente ningun derecho tenian sobre los mismos (*qui verè nullum jus habebat in tali jure*): V. Alex. á la l. 12. princ. y al fin D. *de adquir, poss.* Y por medio de la toma de posesion de una cosa corporal á la que esté inherente alguna servidumbre, ó jurisdiccion ú otros derechos incorporales, ¿se adquirirá la cuasi-posesion de estos? V. Socin. á la l. 3. princ. y al fin nota 1. D. *de adquir. poss.*, donde pueden verse tambien los casos en que se exonera de probar dicha cuasi-posesion al que pretenda obtenerla ó recobrarla. Añad. Paul. de Castr. á la l. 8. §. 3. D. *si serv. vind.*, y Bald. á la l. 21. C. *de liberal. caus.*—* Sobre la cuasi-posesion de los derechos ó cosas incorporales, tal como la reconocieron los Romanos y como la aceptaron en esta nuestra ley los compiladores de Partidas, V. al profundo Savigny en su célebre tratado de la posesion, part. 1ª §. 12. donde se ocupa de esta materia con su acostumbrada maestría: y V. tambien lo que se dirá en el apéndice á este tit.

(6) Apruébase aqui la opinion de Juan, de la que hablan la Glos. á la l. 1 princ. D. *de acquir. poss.*, y Dino á la regl. *sine possessione*, *de regul. jur.* lib. 6., quien cita la l. 2. §. 1. D. *pro hæred.*—*V. adic. á la nota prox. sig.

(7) Y es mas noble y preferente la civil que la natural, Bald. á la l. 11. col. ult. C. *qui accus. non poss.*; de manera que, finido ó consolidado el feudo ó el enfiteusis, la primera atrae á sí á la segunda, Bald. á la l. 1. col. 6. D. *de rer. divis.* —* Es digno de notarse que, si bien se distingue en esta nuestra ley entre la *posesion civil* y la *natural*, no se hace, empero, dicha distincion en el mismo sentido en que se la hacia por derecho comun. Tomábanse en este las palabras *posesion natural* en dos diferentes acepciones: á saber, 1ª, en la de simple y material ocupacion ó detentacion sin relacion alguna de derecho, ó de *posesion natural pura*, como dice Savigny, en contraposicion á la *posesion juridica, civil* ó *natural*, esto es, á la que da derecho, bien sea el de usucapir ó el de entablar los interdictos; en cuyo sentido se decia que el poseedor natural no *poseia* sino que *estaba en posesion*, ó que, segun la singular espresion de la glos. á la l. 29. D. *de acquir. posses.*, tenia la *detentio asinina*, porque *rem tenet ut asinus sellam*. 2ª, en la acepcion de ocupar ó detentar la cosa con ánimo de ejercer sobre ella algun derecho adquirido, que no sea el dominio; ó de *posesion natural juridica* en contraposicion á la *civil*, la cual tribuye al que la obtiene verdaderos derechos posesorios, ó sea el de entablar los interdictos, aunque nó el de usucapir; y en ese sentido se dice que *posee naturalmente* el usufructuario y tambien el acreedor pignoraticio, este último para todos los efectos y relaciones de derecho escepto el de usucapir, l. 12. D. *de acquir. posses.*, l. 13. §. 1. D. *de public. in rem act.*, l. 16. D. *de usuc.* Mas en nuestra ley de Partida se toman respectivamente por *posesion natural* y *civil* los dos actos corporal el uno y moral ó intelectual el otro, cuyo conjunto forma y constituye la *posesion civil*, esto

LEY 3. *Como puede el ome ganar tenencia de las cosas.*

Tenencia, e possession de las cosas puede ganar todo ome (8) por si mismo, que aya sano entendimiento. Otrosi los fijos (9), e los sieruos que tiene en su poder, la pueden ganar por el; e sus personeros (10). Ca en qual cosa quier que alguno destos sea apoderado en nombre del padre, o del señor, o de aquel cuyo Personero es, gana la tenencia el otro, en cuyo nombre lo apoderaron della, tan bien como si el mismo la tuuiesse. Otrosi dezimos, que si el fijo gana en su nombre tenencia de alguna cosa, de mientra que esta en poder de su padre, que non sea de aquellas que son llamadas castrense, vel cuasi castrense peculium, que non tan solamente gana el fijo tal tenencia como esta, mas aun el padre (11) por razon del vsofructo que ha de auer en su vida, en las ganancias atales que el fijo face, segun dize en el Titulo (12) que fabla del poderio que han los padres sobre los fijos.

LEY 4. *Como el Guardador del huerfano, o del loco, o el Oficial del Comun de algun Concejo, gana la tenencia a ellos.*

Guardador (13) de huerfano, o de loco, o desmemoriado, o de ome que fuesse desgastador de sus bienes, bien puede ganar la tenencia de toda cosa que ouiere en nombre de aquel que tuuiere en guarda. Esso mismo dezimos, que si el Oficial del Comun (14) de alguna Cibdad, o Villa, que aya a amparar, o a recabdar los derechos della, gana tenencia de alguna cosa en nombre del Comun cuyo Oficial es, que la gana para aquel Comun (*a*) cuyos bienes auia de recabdar, tan bien como si a todos comunalmente (15) ouiesse apoderado della.

(*a*) cuyos derechos Acad.

es, el de ocupar ó detentar materialmente la cosa el dueño ó cuasi-dueño de ella, cuyo acto puede verificar indiferentemente por sí ó por otro, y el de tener la actual ó habitual intencion de dominarla ó ejercer sobre ella el derecho de dominio, cuyo acto debe por necesidad verificar por sí mismo y sin mediacion de otra persona. Redúcese, en una palabra, el contenido de la presente ley á un análisis ó descomposicion de la *posesion civil*, por medio del cual se han separado los dos elementos que la componen — la intencion, y el acto corporal — calificándose al segundo de *posesion natural*, y de meramente *civil* al primero. Mas bien se deja entender que en esto padecieron un error ó se espresaron con muy poca propiedad los compiladores de las Partidas, por cuanto, si bien en el poseedor civil deben concurrir los dos requisitos, ó sean la intencion de poseer y dominar, y la corporal ocupacion ó detentacion, y aunque es verdad que esto último puede hacerlo por otro que ocupe ó detente en su nombre, y asi por abstraccion pueden considerarse separadamente el acto corporal del intelectual ó interno; con todo eso no es con relacion al mismo dueño ó cuasi-dueño y mucho menos en calidad de tal que puede calificarse de *posesion natural* la material detentacion, sino con respecto á aquella otra persona precisamente que detenta ú ocupa por el dueño y en nombre del dueño, como el procurador, el depositario, el hijo de familias. Estos son los que tienen la cosa *ut asinus sellam*, ó sea corporalmente y sin relacion alguna de derecho; pero el dueño, aun cuando ocupa materialmente, hace algo mas: tiene la intencion de dominar, que es lo que le constituye en la clase de poseedor civil, aunque no deja de serlo por ejercer el acto corporal por medio de tercera persona. No hubiéramos, pues, definido la posesion natural, diciendo que existe, «cuando ome tiene la cosa por si mesmo corporalmente, assi como *su* casa, *su* castillo, *su* heredad o otra cosa semejante» en cuyos términos se la define en nuestra ley aqui: antes decimos que dicha *posesion natural* existe «cuando no es el dueño quien tiene *por si* y *para si su* cosa, sino una tercera persona que »la tiene ú ocupa *por* y *para* el dueño y en »nombre del dueño» en cuyo caso, si bien estan separadas en realidad la posesion *natural* de la meramente *civil*, pero no lo estan jurídicamente hablando, si se considera que el dueño *ocupa* y *detenta* entonces aunque por medio de otro, y este lo hace en nombre y representacion del primero, pudiendo aplicársele de consiguiente con toda propiedad lo de la *detentio asinina* de que hace mencion la glos. que hemos citado al principio.

(8) Conc. l. 1. §. 2. D. *de acquir. posses.*

(9) Añad. d. l. 1. §. 5.

(10) Añad. d. l. 1. §. 20.

(11) Apruébase aqui la opinion de la glos. á la l. 49. §. 1. D. *de acquir. posses.*, sobre la palabra *habere.*

(12) Tit. 17. Part. 4.

(13) Conc. l. 1. §. 2. D. *de acquir. posses.*

(14) Añad. l. 1. §. ult. junto con la l. sig. D. d. tit., l. 97. D. *de condit. et demonstr.*, y l. 14. D. *ad municip.*

(15) Asi, pues, hasta las municipalidades pueden adquirir la posesion, bien que no se

Ley 5. *Como los labradores, e los yugueros, e los que tienen las cosas arrendadas, o alogadas; non ganan la tenencia.*

Labradores, o yugueros, o los que tienen arrendadas, o alogadas cosas agenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos, en cuyo nombre (16) tienen el heredamiento. E porende, quanto tiempo quier que ellos las tuuiessen assi, non ganarian el señorio por ello. Pero aquellos que tienen a feudo algund heredamiento, o han ende el vsofructo dello, o lo tienen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la possession (17) dellos; pero en saluo finca el

presume fácilmente el que la hayan adquirido, segun d. l. 1. y añad. l. 7. §. 3. D. *ad exhib.*; y aunque sean universidades ó corporaciones ilícitas; porque la posesion es cosa de hecho, como lo sostiene Bald. despues de Jacob. de Aret. á la l. 1. §. 1. D. *quod cujusq. univ. nom.*; cuya opinion viene confirmada por la l. 1. §. 4. D. *de acquir. posses.*, y es hoy la mas recibida, á pesar de resistirse á admitirla Socin. á d. §. 1. por las razones que pueden verse allí, [en la citada l. 1. §. 4., lo mismo que en la 1. §. 9. 10. D. *de vi*, está efectivamente declarado que la muger adquiere la posesion de las cosas que le hubiere donado su marido; porque, á pesar de ser nula ó reprobada por la ley aquella donacion, esa prohibicion de la ley no puede hacer que los hechos no produzcan su natural efecto (*res facti infirmari jure civili non potest*); y un hecho es, se añade allí mismo, que, al entregar el marido las cosas donadas á su muger, ha querido dejar de poseerlas y ha perdido de consiguiente la posesion de ellas]. Lo que se establece, empero, en nuestra ley aquí de adquirirse la posesion para todos los ciudadanos por medio de uno solo que la haya tomado en nombre del comun, debe entenderse que tendrá únicamente lugar con tal que aquellos hayan sido antes debidamente enterados de que se iba á poseer en su nombre y hayan prestado su consentimiento como miembros de la universidad y nó como privadas y particulares personas, como pretende la glos. á d. §. ult. Y aun esto último, segun espresa Socin. allí, bien que con alguna duda, no será necesario, cuando se tratare de adquirir la posesion para una universidad en virtud de un derecho ya anteriormente adquirido por la misma y habiendo dado licencia para hacerlo al que empezare en su nombre á poseer; cuya escepcion propone Socin. fundándolo en lo anotado por Inoc. y Anton. al cap. *eam te, de rescript.*, Bald. á la l. 7. D. *quod cujusq. univ.*, á quien puede verse, y Aret. á d. §. ult. á quien cita y sigue Socin. en esta parte. Y tambien se adquirirá la posesion para la universidad por medio de un solo ciudadano, con tal que lo sepan y consientan los demas; pues en este caso se supone haber obrado aquel como en virtud de mandato tácito de la misma universidad. — * Adviértase ademas, que las universidades y corporaciones, así como los infantes y los furiosos, son las únicas personas que adquieren siempre la posesion por medio de otras, y que pueden legalmente adquirirla sin tener en cierto modo verdadera voluntad de poseer; porque siendo incapaces de una voluntad espontánea, como dice Savigny §. 26. pág. 345. en su tratado de posesion, vendria á ser absolutamente imposible que poseyesen, si se observara respecto de ellos la regla general de que para adquirir la posesion es necesario que concurran el cuerpo y el ánimo ó la voluntad; y por esto ha tenido que concederse á dichas personas jurídicas, por una ficcion de derecho, la capacidad legal de adquirir y retener la posesion, l. 1. §. 22. y l. 2. D. *de acquir. posses.*

(16) Añad. l. 22. del tit. prox. antec. y l. 25. §. 1. D. *de acquir. posses.* — * Tambien en esta ley aquí, como en las demas del presente tit., se habla de la posesion en el mismo y limitado sentido que hemos observado en la adic. á la nota 1., esto es, en cuanto es condicion necesaria para usucapir: así se dice de los arrendatarios que no tienen verdadera posesion, aunque detentan ú ocupan materialmente la cosa; pero solo se ha consignado esta especie para inferir de ella la consecuencia de que no pueden aquellos adquirir el dominio por prescripcion. Lo propio se afirma y en el mismo sentido, del comodatario, depositario y acreedor pignoraticio en la l. 1. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop. ¿Qué dirémos, empero, de la posesion *natural*, ó sea de la que, no siendo *civil* en el sentido generalmente recibido de esta palabra, puede sin embargo calificarse de *jurídica*, y tribuye los derechos posesorios y la facultad de intentar los interdictos? ¿Competerá esta al arrendatario, y podrá por consiguiente ejercer el derecho posesorio, cuando fuere violentamente espelido de la cosa arrendada *de la que tiene derecho de usar, y que ocupa ó detenta con ánimo de ejercer ese derecho?* V. acerca de esto lo que se dirá en el apéndice á este tit.

(17) Esto es, adquieren la natural; pues la civil la retiene el propietario ó dueño directo, segun lo anotado por la glos. á la l. 5. §. 15. D. *commodat.*, y l. 3. §. 3. D. *de acquir. pos-*

señorio a sus dueños: de manera, que estos atales por tal tenencia como esta non ganan la propiedad dellas, quanto tiempo quier que las tengan.

LEY 6. *Que cosa ha menester de fazer el que quiere ganar tenencia.*

Ganar queriendo algund ome alguna possession de Castillo, o de casa, o de otra cosa qualquier, ha menester que faga dos cosas (18). La vna, que aya voluntad de la ganar. La otra (19), que la entre por si corporalmente, e la tenga, o otro alguno por el en su nombre. E si alguna destas dos cosas le falleciesse, non la podria ganar. Empero, si vn ome vendiesse a otro alguna cosa, o gela diesse, o gela enagenasse en alguna otra manera; e estando la cosa delante (20), dixesse el que la enagenaua al otro, que lo apoderaua en ella, veyendola ambos a dos, maguer este atal non la entre, nin la tenga corporalmente, abondale tal apoderamiento de vista, para ganar la tenencia della.

LEY 7. *Como gana ome la tenencia de las mercaderias, si es apoderado de las llaues.*

Enagenando, o vendiendo vn ome a otro, trigo, o vino, o olio, o algunas otras mercadurias que estuuiessen en Alfondiga, o Almazen, o en otra casa qualquier, dandole las llaues de aquel lugar do estuuiessen las cosas, e estando y delante (21), por tal apodera-

ses., pudiendo verse tambien lo que se ha dicho á la l. 2. de este tit.: y lo mismo que se declara aqui del feudatario tendrá lugar tambien respecto del arrendatario que lo sea por largo tiempo, segun la glos. á la l. 10. vers. *novissimè*, D. *de acquir. posses.*, y V. l. 1. y ult. con la glos. allí D. *si ager vectig. vel emphit. pet.*, y l. 1. §. 6. D. *de superfic.* — * No es aplicable aqui lo que dejamos dicho en las notas ó adiciones que anteceden sobre el sentido en que se habla de la posesion en las leyes de este tit. Declárase en la presente que el feudatario y el usufructuario *ganan* ó tienen la *posesion;* y se añade sin embargo, que no pueden usucapir, (*por tal tenencia como esta non ganan la propiedad de la cosa quanto tiempo quier que la tengan*); de donde se infiere que los compiladores de las Partidas admitieron tambien el término medio entre la *posesion civil* verdaderamente tal, ó sea la que sirve de base para la prescripcion, y la *posesion natural*, en la mas lata significacion de la palabra, ó sea la *mera tenencia*, que no sirve para la prescripcion, ni da siquiera derecho posesorio, como la en que estan el depositario, el huésped y el procurador. Tenemos, pues, aqui, una *posesion* distinta de la *civil*, y que, sin embargo, no deja de ser *jurídica*, la cual se obtiene, segun esta nuestra ley, por el feudatario y el usufructuario; y que, si bien no está determinado aqui ni en otra parte de nuestro Código, cuáles sean su naturaleza y efectos, debe no obstante, creerse, que serán los mismos que á semejante posesion tribuian las leyes del derecho comun; esto es, el verdadero derecho posesorio y la facultad de entablar por él los correspondientes interdictos; de cual derecho y facultad disfrutaba todo el que estaba detentando ú ocupando alguna cosa como agena ó sujeta al dominio de otro, pero con ánimo é intencion de ejercer sobre ella algun derecho propio; en cuyo sentido se trató de calificar dicha posesion natural, pero jurídica, en la l. 9. D. *de rei vind.*, con las siguientes notables palabras: *«eam solam possessionem quæ » locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrubi.* V. la adic. á la nota 7. y el apénd. á este tit.

(18) Conc. l. 3. §. 1. y l. 8. D. *de acquir. posses.*, y l. 4. C. d. tit.

(19) Hay algunos casos en que se adquiere la posesion, sin mediar la aprehension corporal; los que pueden verse en esta ley y en las tres sigs., y acerca de otros casos en que se verifica lo mismo, v. Alex. á la l. 3. princ. D. *de acquir. poss.*: pudiendo asi establecerse por costumbre, ó estatuto, para todos los casos en que parezca conveniente, segun el cap. 2. *de consuet.*, y segun la costumbre galicana que refiere Paul. de Castr. á la l. 30. §. 1. D. *de acquir. poss.*, por la cual sucede el heredero en la posesion del difunto sin necesidad de aprehension corporal. Añádase tambien lo que está ordenado por la l. 45. del Orden. de Toro, [l. 1. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec., esto es, que en las cosas ó bienes amayorazgados luego de muerto el poseedor de los mismos y sin necesidad de aprehension corporal, por el solo ministerio de la ley, se transfiere la posesion al inmediato sucesor segun el órden de los llamamientos, aun cuando se haya materialmente emposesionado de dichos bienes una tercera persona], y v. asimismo lo que espone Alex. á d. l. 1. col. 15. y 16. D. *de acquir. poss.*, y añad. Bald. á la l. 1. col. 3. C. *si plur. un. sent. fuer. condemn.*, l. 1. C. *commun. de legat.*, la autent. *defuncto*, C. *ad Tertul.*, y l. 19. col. 6. C. *de jur. delib.*

(20) Véase lo dicho en la glos. 1. de la ley prox. sig.

(21) Conc. l. 74. D. *de contrah. empt.*, l. 1. §. 21. al fin D. *de acquir. poss.*, y l. 79. D. *de solut.*; resultando por esta nuestra ley bien

miento como este, que le faze dandol las llaues, entiendese que le apodera tambien de las mercadurias que son en la casa, maguer non las vea, como de las llaues que le da a paladinas: e gana la tenencia de las mercadurias, bien assi como si le apoderasse dellas corporalmente veyendolas.

LEY 8. *Como gana ome la tenencia de la cosa, por la Carta que le dan della.*

Dando algun ome a otro heredamiento, o otra cosa qualquier, apoderandole de las cartas (22) por que la el ouo, o faziendo otra

claramente aprobada la interpretacion de d. l. 74. que da Bart. á la l. 1. princ. D. *de acquir. poss.*; donde espresa, que para entenderse transferida la posesion por medio de la entrega de las llaves, es preciso que esta se verifique en presencia de la casa ó del almacen, cuyas son aquellas; conforme con lo que tambien pretendia la glos. á d. §. 21. en la palabra *traditæ:* bien que la glos. á la l. 1. princ. glos. 2. sostenia ser bastante el que pudiese entrarse luego ó próximamente (*de proximo*) en el lugar, cuyas llaves hubiesen sido entregadas, aunque no se hubiese hecho la entrega á la vista del mismo; y asi opina Alex. á d. l. 1. col. 20. y 21., añadiendo que de lo contrario nada tendria de particular dicha entrega de las llaves, ni se verificaria por ella una tradicion distinta de la ordinaria: lo cual, empero, no es exacto, antes seria tambien aquella tradicion verdaderamente especial, aunque se considerara necesario el que se entregasen las llaves á la vista de la casa ó almacen, porque aun entonces se transferiria la posesion de las cosas ó efectos guardados dentro de dicho almacen ó casa, sin que se los tuviese á la vista, como lo indicó tambien Jas. á d. l. 1. princ. col. 22.; y asi debe tenerse por mas probable la citada opinion de Bart., por ser tambien la que se ha consignado espresamente en esta nuestra ley. Nótese ademas que, para adquirirse la posesion por medio de la entrega de las llaves, se requiere que la haya verificado el que se encontraba ser poseedor de las cosas encerradas, y que las llaves que se entreguen sean las principales de la casa ó lugar donde se hallan las cosas cuya posesion se trate de transferir, segun Alberic. á d. §. 21. al fin, donde propone una cuestion notable que ocurrió sobre el particular en la Curia Romana. Debe, empero, advertirse que, á pesar de no verificarse la entrega de las llaves delante del almacen, se presume con todo concedida á aquel á quien se hayan entregado, la facultad de aprehender la cosa por su propia autoridad, segun Azon en la suma C. *de acquir. poss.*; pudiendo verse sobre el particular la l. 79. D. *de solut.*, y l. 1. §. 21. D. *de acquir. poss.*; bien que esto último deberá entenderse limitadamente en el caso de que nadie tuviese la posesion fuera del que hizo la entrega de la cosa, á tenor de la l. 18. §. 2. D. *de acquir. poss.*, y de lo que dicen Juan Andr. al cap. *transmissam*, *de elect.*, y Abb. cap. 2. *de consuet.* ¿Deberá, empero, decirse lo mismo del nuncio ó ejecutor, cuando por mandato del juez vaya á poner á alguno en la posesion? V. Bart. á la l. 1. princ. col. pen. D. *de acquir. poss.*, donde espresa que deberá distinguirse si á dicho ejecutor se le ha concedido ó nó la facultad de introducir corporalmente en la posesion, y allí latamente Alex. apoyando la opinion de Bart. col. 22., y añad. Alberic. á d. §. 21., donde dice haber aconsejado á un amigo, que por razon de la guerra no se atrevia ir á tomar posesion de su beneficio, que subiese á una altura desde la cual dominase la Iglesia y tierras del mismo, y se emposesionase de ellas por medio de la vista ocular; y cita d. §. 21. 2. *respons.* y el cap. *contingit*, *de dolo et contum.*; y véase á Jas. allí, quien sostiene lo contrario, y dice que los textos citados por Alberic. no prueban lo que este refiere haber aconsejado, á menos de concurrir la voluntad del transmitente y de hallarse vacua la posesion que por semejante medio se trata de adquirir, puesto que el cap. *contingit* habla de un caso especial; [y la citada l. 18. §. 2., si bien autoriza la toma de posesion, por la vista desde una torre, de la cosa ó predio vendido, presupone, empero, la presencia del vendedor en el acto de tomarse dicha posesion, y la manifestacion de voluntad de parte del mismo de que quiere transferirla por aquel medio]. Mas, esto no obstante, quizás puede sostenerse todavía lo que dice Alberic., pues no trata de un beneficio que estuviese ocupado por otro, antes bien lo supone vacante, espresando que por causa de la guerra temia el nuevo obtentor trasladarse al lugar donde se hallaban los bienes, y presupone ademas que concurria la voluntad del Obispo ó del que habia conferido dicho beneficio de que el obtentor tomase posesion de él. Adviértase tambien que el que entra en la posesion de una villa ó castillo, no se presume que obtiene la de los fundos ó cosas separadas de la universidad del castillo, como son los molinos que fueron adquiridos por otro título, l. 4. C. *de jur. fisc.*, y Bald. allí.

(22) Conc. l. 1. C. *de donat.*, junto con lo alegado allí por la glos.; siendo dignas de notarse las palabras de que se usa en esta nuestra ley: *o otra cosa qualquier*, pues con ellas

de nueuo (23), e dandogela, gana la possession, maguer non le apodere de la cosa dada, corporalmente.

LEY 9. *Que si alguno enagena su cosa, o la arrienda de otro, pierde la possession della.*

Enagenan los omes los vnos a los otros sus heredamientos a las vegadas, a tal pleyto, que retienen para si en toda su vida el vsofruto (24)

se da á entender que procederá igualmente lo dispuesto aqui, ya se refieran los instrumentos entregados á cosas corporales, ya á cosas incorporales ó derechos, por ej., los resguardos justificativos de una deuda; contra lo cual opinaba Juan de Imol. á la l. ult. princ. D. *de donat.*, no teniendo presente sin duda la favorable decision de Bart. á la l. 2. al fin D. *de pact.*, de Bald. á la l. ult. al fin C. *quand. fisc. vel priv.*, y de Anton. al cap. *ecclesia*, 4. *ut lite pendent.*, quien lo entiende asi, en el caso de aparecer que es la intencion por parte del que entrega los instrumentos, la de querer hacer donacion de su derecho: pues, no constando tal intencion, mas bien deberia presumirse que ha entregado aquellos con ánimo de constituir un procurador para gestionar en virtud de los mismos; y lo propio espresa Alex. á la l. 3. princ. col. 3. D. *de acquir. poss.*; entendiéndose, por lo demas, que lo dispuesto en nuestra ley aqui tendrá lugar aunque la entrega de los instrumentos no se haya verificado á la vista de la cosa á la cual aquellos se refieran, segun Cyn., Ang. y Salic. á d. l. 1. y Alex. lug. cit. Nótese finalmente que, asi como, entregando el instrumento, entiendo entregar la posesion del fundo que se menciona en él; asi, rompiendo el donatario dicho instrumento por voluntad del donante, se presume por el mismo hecho transferida otra vez la posesion á este último, glos. singul. á la l. 58. D. *de pact.*, y Bald. *in prælud. feud.*

(23) Nótese esto; pues decian lo contrario Guillel. de Cug. á la l. 4. C. *de acquir. poss.*, Juan de Imol. á d. l. 3. princ. D. d. tit., y al cap. 2. *de consuet.*, y Alex. á d. l. 3.; es á saber, que lo dispuesto en la cit. l. 1. C. *de donat.*, [ó sea, que entregados y donados los instrumentos ó títulos de una cosa, se entendiese donada y *entregada* la cosa misma] tendria lugar únicamente respecto de la entrega ó tradicion de los instrumentos por medio de los cuales hubiese adquirido la cosa el mismo que tratara de transferirla; mas nó de los otros instrumentos que otorgara tal vez de nuevo el donante ó vendedor á favor del mismo á quien quisiese transmitir la cosa, pudiendo añadirse á esto las ll. 17. y 44. del Orden. de Toro.—* D. l. 17. es la 1. tit. 16. y la 44. es la 4. tit. 17. lib. 10. Nov. Recop.; en la primera de las cuales se establece que el padre ó la madre pueda revocar mientras viviere la mejora que hubiere hecho á alguno de sus hijos ó descendientes por última voluntad ó por contrato entre vivos; á menos que la hubiese hecho por título oneroso, ó entregado al mejorado la posesion de las cosas en dicha mejora contenidas, *ó le hobiere entregado ante Escribano la escritura dello*; y en la segunda, que pudiese revocarse tambien á voluntad cualquier mayorazgo fundado con Real licencia ó sin ella, á menos que, habiendo sido hecha la fundacion por contrato entre vivos, *hobiere el fundador entregado la cosa ó cosas contenidas en el dicho mayorazgo á la persona en quien lo ficiere.... ó le hobiere entregado la escritura dello ante Escribano...* En entrambas leyes, pues, se equipara, como en la presente de Partidas, la entrega de los títulos ó escrituras, á la tradicion material de la cosa para el efecto de transferirse su posesion; y no se requiere que se hayan entregado los títulos primitivos de adquisicion en virtud de los cuales poseyese ya el transmitente, que es lo que pretendian Alex., Juan de Imol. y demas AA. citados por el glosador aqui; sino que basta segun dd. ll., el que se entregue el instrumento ó escritura del mismo último traspaso, como lo observaba oportunamente nuestro Antonio Gomez en su comentario á d. l. 17. de Toro, §. 16. donde cita en apoyo de esa misma doctrina lo dispuesto en la presente ley de Partida, y añade que, aun por derecho comun y á pesar de la l. 1. C. *de donat.*, sostenian ya lo propio Bart., Cyn., Fabr., Bald., Salic. y la generalidad de los DD. á la l. 23. D. *de donat. inter vir. et uxor.*

(24) Conc. ll. 28. y 35. §. 5. C. *de donat.*, pero debe entenderse lo que se dice aqui de la donacion espresa, pues no procederia en la fingida, segun Bald. al cap. un. col. 5. *de capitan. qui cur. vend.*, y l. un. C. *de suffrag.*, vers. *sed quæ est ratio*: decidiendo el mismo Bald. que, habiendo sospecha de fraude ó simulacion, esa entrega que sin acto corporal alguno se supone verificada por una ficcion de derecho se presumirá tambien simulada y no será suficiente para transferir la posesion, l. 8. §. 7. D. *quib. mod. pign. vel hypot. solv.* Por el contrario, empero, cuando uno haya enagenado el usufruto, reteniéndose la propiedad, ¿se presumirá tambien que aquella retencion equivale á una material entrega respecto de dicho usufruto? V. sobre esto á Bald., quien está por la negativa al cap. 1. col. 2. *quid sit investitura*, y Alex. á d. l. 3. col. 3. princ. D. *de acquir. poss.*: con todo, si el que tiene la

dellos, o despues (25) que los han enagenado, ante que apoderen dellos a aquellos a quien los enagenaron, arriendanlos de los compradores (26. E en qualesquier destos casos dezimos, que gana la possession de la cosa aquel a quien es enagenada, e aun ha el señorio en ella, bien assi como si fuesse apoderado corporalmente della. Esso mismo seria, si aquel que enagenaua la cosa, dixesse: Otorgo, que de aqui adelante tengo la possession della en vuestro nombre (27).

propiedad, concede el usufruto á alguno, y otorga que poseerá en adelante la cosa en nombre del nuevo usufructuario, por semejante acto se entenderá transferida la posesion natural al usufructuario, segun Bart. á la l. 18. y Alex. allí col. 5. D. *de acquir. poss.* Y si el que vende una cosa, la retiene en calidad de prenda por razon del precio, ¿se entenderá que ha traspasado la posesion? Véase la glosa notable á la l. 1. al fin D. *de reb. eor.*, la que está por la afirmativa; y la cita señaladamente para el caso Socin. consil. 20. col. 4. vol. 3.

(25) Nótese esta palabra *despues;* de la cual puede inferirse que por el mero hecho de tomar uno en arriendo una cosa que sabe ser suya no se transfiere el dominio al arrendador; sino que debe preceder al arriendo el título de donacion ú otro contrato, para que por medio de aquel se entienda adquirida la posesion y el dominio, segun se ve por esta ley: y así se sostiene comunmente á la l. 28. D. *de acquir. poss.* ¿Qué dirémos, empero, si el que toma la cosa en arriendo, espresa en el acto mismo que lo hace para transferir la misma cosa al arrendador y reconocerle como dueño de ella? Bart. y Alex. á d. l. 28. pretenden que ni aun en este caso se traspasa el dominio ni la posesion: con todo, la glos. allí sobre las palabras *an quasi meam*, etc., sostiene lo contrario, y tambien Ang. allí col. 2., y lo propio opinan Juan de Imol. y Aret. á cuyo parecer se adhiere Carl. Molineo en el coment. *consuet. Parisiens.*, tit. 1. §. 1. glos. 5. 3. notab.; bien que por esta nuestra ley de Partª mas bien parece confirmada la citada opinion de Bart. y Alex. —* Convenimos efectivamente en que por la presente ley se requiere la existencia de un título translativo de dominio, para que pueda entenderse transferida la posesion por el hecho de retenerse el usufruto él que la poseia como dueño, ó de tomarla este mismo en arriendo de otro, sabiendo que es suya. Mas no nos parece que deba darse al contexto literal de la misma ley y á la palabra *despues*, que se lee en ella, una importancia tan desmedida, que hayamos de suponer en nuestro legislador la intencion de sancionar la doctrina de Bart. y Alex.; segun la cual no se entenderia transferida la posesion, aunque, en el acto de tomar el dueño la cosa en arriendo ó de retenerse el usufruto, dijese espresamente hacerlo con la intencion de transmitir el dominio. Creemos que, segun esta ley, debe *existir* para el espresado efecto un título translativo; dudamos, empero, que sea necesaria la *preexistencia* del mismo; y bastará, en nuestro concepto, que *coexista* con el acto mismo de tomar en arriendo ó con la retencion del usufruto, para que estos induzcan la tradicion fingida de la posesion. Ahora, si el dueño, al verificar semejantes actos, ha espresado hacerlos con intencion de transmitir la cosa, ¿no tendrémos aquí un verdadero ánimo de donar? ¿No será esa donacion un título translativo? y ¿no quedarán por ella establecidas las condiciones para que pueda presumirse tácitamente celebrado un pacto de *constituto* por el hecho de arrendar el donante la cosa al donatario ó de constituirse un simple usufructuario de la misma, lo que no puede realizarse sin que el primero empiece á poseer desde luego en nombre del segundo?

(26) Así, pues, por medio del arriendo se transfiere en este caso la posesion: debiendo, empero, entenderse esto con las limitaciones que espresan Bart. á la l. 28. D. *de acquir. poss.*, Alex. á la l. 1. §. 4. d. tit., y el propio Alex. á la l. 18. princ. del mismo tit., y conc. l. 77. D. *de rei vind.*

(27) Conc. l. 18. princ. D. *de acquir. poss.*, y d. l. 77. D. *de rei vind.* ¿Y si esta cláusula de constituto se pusiese no solo respecto de los bienes presentes, sino tambien de los futuros, ¿tendrá fuerza tambien en cuanto á estos y se adquirirá en virtud de dicha cláusula la posesion de todo cuanto vaya adquiriendo en lo sucesivo el que la hubiere otorgado? V. Bald. señaladamente á la rubr. C. *de contrah. empt.*, col. 1. vers. 21. *quæro*, donde concluye por la negativa, á no ser que, al adquirir el constituyente esos bienes despues del pacto lo haya hecho con la intencion de transferir la posesion á aquel con quien habia celebrado el constituto; y cita el testo notable de la l. 65. §. 13. D. *pro socio*, pudiendo verse sobre el particular á Alex. á d. l. 3. §. 2. D. *de acquir. poss.*, col. 2., sin que sea necesario el que en la cláusula de *constituto* se añada la de que el constituyente poseerá á título de *precario*, como se ve por esta ley, y lo sienta Bald. á la l. 2. C. *de acquir. poss.*; antes bien en ciertos casos ès mas conveniente no usar de semejante palabra *precaria*: pues por el pacto de constituto se transfiere la posesion *natural* y la *civil;* y por el precario tan solo esta última y nó la *natural* que se entiende reservada, segun declaran

Alex. á la l. 21. col. 3. D. *de acquir. poss.*, y Tomas Ferrar. cautel. 48. ; y véase el caso que propone el mismo Alex. allí, en el cual dice ser mas útil el *precario* que el *constituto* ; mas si se pactan entrambos, se transfieren las dos posesiones, como manifiesta Bart. á d. l. 21. Por lo que hace á la fórmula en que debe concebirse el pacto de constituto, V. la glos. á d. l. 2., donde se espresa que para producir aquel sus efectos es necesario que posea el constituyente : ¿Podrá, empero, aquel en cuyo nombre se posee alguna cosa en precario, revocar el precario, y tomar posesion de la cosa á pesar de resistirse el que asi la estaba poseyendo? V. á Bald. á la l. 9. C. *de acquir. poss.*, quien está por la negativa. Y si alguno dice y confiesa en juicio que su adversario es quien posee, poseyendo él mismo en realidad, ¿se tendrá por transferida al primero la posesion? V. Bald. á la l. un. col. 19. C. *de confess.*, quien está por la negativa, y cita la glos. singular á la l. 58. D. *de pact.* : pues, á pesar de ser el constituto un acto ó tradicion fingida, se obtiene por él la verdadera posesion, [y asi (querrá decir con esto el Glosador) es imposible que el *constituto* produzca su efecto, cuando la realidad está en contra de lo que por él se trata de fingir, como en el caso antes propuesto], á tenor de la l. 6. §. 1. D. *de pact.*, y v. Abb. cap. 2. col. ult. *de consuet.* Es digno de notarse que los efectos de la cláusula de *constituto* ó *precario* pasan pasivamente á los herederos del constituyente, quienes, se presume que poseen del mismo modo que su causante, esto es, en nombre de aquel con quien se celebró el pacto ; de suerte que, aunque despues de la muerte de dicho causante estuviesen poseyendo por espacio de 30. años en nombre propio y como dueños, sin embargo, no prescribirian como observa singularmente Paul. de Castr. á la l. 8. C. *de usufr.*, y añad. l. 12. §. 1. D. *de precar.* ¿El ejecutor, empero, de un mandato ó providencia judicial, el tutor y demas personas semejantes que obran en representacion de otras, podrán entregar tambien y transferir la posesion por medio de actos fingidos? V. Bart. á la l. 1. princ. col. pen. D. *de acquir. poss.* Y ¿qué deberá decirse, si siendo el constituto condicional, antes de cumplirse la condicion, el constituyente ha vendido ó entregado la cosa á otro? V. Decio en la regl. *contractus*, *de regul. jur.* Otra cuestion se ofrece respecto del constituto, y es, la de cuáles serán sus efectos cuando sea nulo ó se rescinda el contrato principal en que se le haya continuado, ¿quedará en tales casos viciado tambien el constituto ó precario? V. á Bart. cap. 2. *de feud. dat. in vic. leg. Commis.*, y Jas. á la l. 1. §. 2. col. ult. D. *de verb. oblig.*, quienes estan por la afirmativa, y añad. Alex. á la l. 1. §. 4. D. *de acquir. poss.*, y Carl. Molin. en el coment. *consuet. Parisiens.*, tit. 1. *de materia feud.*, la glos. 5. núm. 31. §. 1. y en el §. 13. glos. 5. col. 2. Y si alguno dijese, «me constituyo poseedor en tu nombre, hasta »que tomes posesion» y despues que lo hubiese hecho, entrase otra vez en la misma el constituyente, ¿se entenderá que lo verifica en nombre propio, ó en el de aquel con quien habia celebrado el pacto? V. Bald. en el §. *si facta*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, donde decide que se entenderá haberla tomado en nombre ageno, y que de consiguiente no podrá prescribir; lo que debe notarse. Añádase tambien que, tratándose de hechos muy antiguos, sobre los que se hallen instrumentos tambien antiguos con la cláusula de constituto, se presumirá, sin necesidad de probarlo, que al tiempo de celebrarlo, poseia verdaderamente el constituyente : [lo cual, segun antes se ha dicho, es un requisito indispensable para que el constituto produzca su efecto y se transfiera por él la posesion]. Asi lo manifiesta Socin. consil. 187. col. 4. vol. 2., y v. Paul. de Castr. consil. 10. vol. 1. Y ¿qué deberá decirse del constituto que alguno haga para despues de su muerte, diciendo que para entonces constituye que poseerá por otro á título de precario? Dígase que semejante pacto no producirá efecto alguno en cuanto á transferir la posesion, por referirse al tiempo de la muerte, en el cual ha de quedar del todo acabada la posesion del mismo constituyente, y por tanto es imposible que se la transfiera; pero sí lo produciria respecto del dominio, pues este no se estingue con la muerte, sino que permanece radicado en la herencia; como lo decide señaladamente Ang. á la l. 32. §. 1. D. *de acquir. poss.*, y véanse sobre el particular Oldrald. consil. 114., y Alex. consil. 82. col. 3. vol. 2., y consil. 40. col. 3. vol. 3. Y si el constituto versare sobre un derecho incorporal, ¿se transferirá por él la cuasi-posesion de tal derecho? V. Bart. á d. l. 18. D. *de acquir. poss.*, y Alex. allí col. 6. — *Tenemos, pues, por las últimas palabras de esta nuestra ley espresamente autorizado, como otro de los modos de adquirir ó transferir la posesion, el pacto ó cláusula de *constituto*, que, segun observa Savigny en su tratado de posesion (parte 2ª §. 27. pág. 347.) estaba ya reconocido asimismo por el derecho comun, aunque nó con ese nombre particular, con el cual le designaron posteriormente los jurisconsultos, sino como una simple aplicacion de los principios ya sentados : en comprobacion de lo que cita dicho escritor á la l. 48. D. *de acquir. poss.*, y esplica tan sencilla como exactamente la naturaleza y efectos del mencionado pacto. Toda persona capaz de adquirir con sus actos

LEY 10. *Como ome gana la tenencia, apoderandole della el señor.*

Seyendo algun ome apoderado (28) de casa, o de heredamiento, o de otra cosa qualquier, por aquel que la tiene, o por su mandado, gana la tenencia verdadera della. Esso mismo seria, si lo apoderasse el Judgador (29), o su mandado, por razon de paga, o porque auia vencido en juizio la cosa, prouando que era suya. Mas si el fuesse apoderado della por mengua de respuesta, o porque el la entrara por fuerça (30), o la robara, como quier que el sea tenedor, non ha porende la verdadera possession (31). Ca viniendo su dueño, puedela cobrar, assi como diximos en las leyes (32) que fablan en esta razon.

LEY 11. *Como el comprador gana la tenencia de la cosa comprada por si, o por su Procurador.*

Vendida, o enagenada seyendo alguna cosa a algun ome, si aquel a quien la enagenassen, fuesse metido en la tenencia de la cosa, sabiendolo el señor (33), e non lo contradiziendo, ganaria estonce el otro la tenencia, tambien como si el señor gela ouiesse entregado por si mismo: esso mismo dezimos que seria, si aquel que enagenasse la cosa, diesse la tenencia della al Personero (34) del comprador; o si el comprador la diesse a alguno, despues que la ouiesse comprada, que la tuuiesse en su nome. Ca en qualquier destos casos se gana, e se retiene la possession de la cosa.

LEY 12. *Como despues que ome ha la tenencia de la cosa, siempre se entiende que es tenedor della, fasta que la desampare con intencion de la non tener.*

Despues que ha ome ganado la tenencia de alguna cosa, siempre se entiende que es tenedor della, quier la tenga corporalmente, quier non, fasta que la desampare (35) con voluntad de la non auer: ca como quier que toda-

la posesion para un tercero, no deja de serlo por el mero hecho de haberse hallado la misma poseyendo jurídicamente la cosa hasta el momento de querer poseerla para otro: mas, pues que en este caso ha tenido ya lugar anteriormente la aprehension corporal de la cosa (que es otro de los requisitos necesarios para empezar á poseer), es bien inútil por lo tanto que se la reitere; y el acto de transferir la posesion debe ser entonces considerado en su totalidad como una tradicion *brevis manus* en sentido inverso: en efecto, así como por esta última el que trata de adquirir la posesion jurídica de una cosa que ya tiene en su poder ú ocupa en nombre de otro, se convierte con el solo *animus possidendi* y sin nuevo acto corporal alguno, de mero *detentador* que era, en verdader *poseedor;* así, por el contrario, en el *constituto*, el que ya tenia la cosa en nombre propio y era *poseedor* jurídico de ella se convierte instantáneamente en mero *detentador* tambien por efecto de su mera voluntad de poseer en adelante en nombre de otro, sin necesidad de que en esta nueva calidad de procurador aprehenda corporalmente la cosa, porque ya la tenia en su poder. — Por lo demas, en los dos casos especiales de que se hace mencion al principio de la presente ley, esto es, el de venderse ó enagenarse en general una cosa reteniéndosela el que la enagena como usufructuario, ó permaneciendo en ella á título de arriendo, si bien se transmite tambien la posesion sin acto corporal alguno por parte del que trata de adquirirla, mas esto no es mas que una consecuencia ó distinta aplicacion de los mismos principios que se dejan espuestos, ni hay en dichos casos otra cosa que un *constituto* tácito ó sobreentendido, por tratarse en ellos de actos tales, que tan solo por medio de aquel pueden esplicarse y resolverse. El que, al vender ó donar, se retiene el usufruto ó arrienda la cosa enagenada, consiente por necesidad, en detentarla para lo sucesivó en nombre del adquisidor ó nuevo dueño y como procurador; siendo, en consecuencia, lo mismo que si lo hubiese otorgado asi espresamente.

(28) Conc. l. 3. §. 21. D. *de acquir. poss.*

(29) Añad. l. 11. D. d. tit.

(30) V. l. 15. D. d. tit.

(31) Añad. l. 15. §. 16. D. *de damn. infect.*, l. 3. §. ult. D. *de acquir. poss.*, y lo anotado á la l. 2. tit. 8. de esta Partª

(32) Ll. 2. y 6. tit. 8. de esta Partª

(33) Conc. l. 2. C. *de acquir. poss.*, y l. 16. D. *si serv. vind.*, y V. Paul. de Castr. allí. ¿Qué deberá decirse, empero, si el acto de entrar el nuevo adquisidor en la posesion se verificare en ausencia del transmitente, pero sin oposicion de este último? V. Ang. á d. l. 14. princ. D. *de furt.*

(34) Añad. l. 13. D. *de donat.*, y l. 1. §. 20. D. *de acquir. poss.*

(35) De estas palabras *fasta que la desampare con voluntad de la non auer*, se infiere que, cuando uno posee con el cuerpo y la voluntad, no perderá la posesion por el mero he-

cho de formar el propósito ó la intencion de dejar de poseer, si no concurre ademas el abandono ó el acto de desprenderse materialmente de la cosa; y así está tambien establecido en la 153. D. *de reg. jur.*, [que dice asi : *Ferè quibus modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur : cum quibus modis adquirimus iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest; ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque contrarium actum*], y en la l. 8. D. *de acquir. posses.* [*Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*] Lo contrario, empero, se declara espresamente en la l. 3. §. 6. D. *de acquir. posses.*, [hé aqui su literal contexto : *In amittenda quoque possessione, affectio ejus qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere: protinùs amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.*] V. la glos. allí donde observa la discordancia y oposicion de los mencionados textos, y propone varios medios de conciliarlos; aprobándose comunmente por Bart. y los DD. allí mismo la opinion que sobre el particular sienta Juan, á saber, la de que serán necesarios para perder la posesion los dos requisitos de la voluntad y el material abandono, cuando se hubiere empezado por este último á perderla; pero que bastará el solo ánimo ó intencion, cuando con ella se hubiere empezado: [distincion que leemos tambien en la glos. de Godofredo á la citada l. 8.] Es, empero, digno de notarse que en nuestra ley de Partidas aqui se habla indistintamente y en términos absolutos, exigiéndose la concurrencia de los dos requisitos, como quiera que se haya empezado á perder la posesion : conclusion que parece la mas verdadera aun por derecho comun, y que ya sostenia Ang. á d. l. 3. §. 6., entendiendo que por esta estaba declarado el que pudiese perderse la posesion con la sola voluntad en el caso de haberse ya antes dejado de ocupar la cosa ó detentarla materialmente : y esta misma esplicacion es otra de las que habia dado la citada glos. para conciliar aquellos textos obstantes. ¿Qué dirémos, empero, acerca el modo de perder uno la posesion que retiene por el ministerio de otro que está ocupando ó detentando la cosa en su nombre? V. l. 1. §. 45. D. *de vi et vi arm.*, y l. 44. §. 2. D. *de acquir. posses.* — * La discordancia de los textos citados en la presente nota ha ocupado en gran manera á los jurisconsultos, quienes por diferentes y aun opuestos caminos han tratado de conciliarlos. Recordarémos, pues, brevemente las opiniones que sobre el particular se han emitido, para compararlas despues entre sí, y á cada una de ellas con la que vemos adoptada por nuestro Gregor. Lopez. El profundo Voet en su «Comentario *ad Pandectas*» lib. 41. tit. 2. num. 15., resuelve muy sencillamente la cuestion, afirmando de acuerdo con las citadas ll. 8. y 153., que para perder la posesion es necesario que concurran el ánimo y el cuerpo, sin que baste para ello uno ni otro de los dos mencionados requisitos, esto es, ni la sola intencion de no poseer, ni el mero acto corporal de abandonar la cosa; á lo cual añade que, «si bien »algunas veces parece perderse la posesion con »el solo ánimo, y aun asi está declarado en »algunos textos del Derecho; (refiérese á la citada l. 3. §. 6. D. *de acquir. posses.*); pero »que esto debe entenderse en cuanto, aunque »en los sobredichos casos no interviene el *ver»dadero y material abandono*, pero se supo»ne ó finge por la ley que en realidad ha in»tervenido, como sucede en el *constituto pose»sorio*, y en las demas tradiciones fingidas au»torizadas por el derecho; en las cuales se »transfiere la posesion por la mera voluntad del »transmitente, mas esta transmision se verifica »porque ya habia precedido la verdadera y »corporal entrega ó abandono, á la cual se »agrega despues de algun intervalo el ánimo ó »intencion de dejar de poseer por parte del »que habia ya perdido la material ocupacion y »que sin embargo seguia poseyendo todavía.» El célebre Pothier en su obra titulada «*Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ*» lib. 41. tit. 2. secc. 4., y tambien en su tratado de la Posesion cap. 4. seccion 2. num. 25. y cap. 5. num. 64., sienta terminantemente la regla de que la posesion no se pierde por el solo acto corporal; pero sí por el acto corporal juntamente con el ánimo ó intencion, y tambien por la sola intencion ó voluntad de dejar de poseer : en comprobacion de lo primero cita la l. 3. §. 7. D. d. tit. *Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.* A continuacion se hace cargo de la l. 44. §. 2. d. tit. *Ejus quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti «vel animo vel etiam corpore» si modo eo animo inde digressi fuissemus ne possideremus*: de cuyas palabras podria, al parecer, deducirse contra la regla sentada que podemos perder la posesion con el solo acto corporal ó con la sola voluntad: y dice que el espresado texto debe entenderse donde dice «*vel animo, vel etiam corpore*» como si dijese «*vel animo solo, vel animo simul et corpore.*» Cuyacio en sus notas á las Instituciones de Justiniano tit. *de interd.*, §. 5. sobre las palabras *nec ulla dubitatio*, admite, al parecer, la regla sentada en dichas leyes 8. y 153., de que la posesion se pierde por los mismos ó contrarios medios con que ha debido ó podido adquirirse, del mismo mo-

do que las obligaciones se disuelven por los medios con que se las ha constituido; y asi que para perder aquella serán necesarios los dos actos intelectual y corporal, ya que entrambos han sido indispensables para adquirirla; pero observa al propio tiempo que esa regla aunque cierta no es tan constante é infalible que no admita algunas escepciones; á propósito de lo que llama la atencion sobre la palabra «*Ferè*» que se lee al principio de la citada l. 153. de la cual ha sido tomada la l. 8. tambien citada; como queriendo indicar que nó siempre se verifica el que para perderse la posesion ó para disolverse las obligaciones hayan de concurrir los mismos requisitos que han sido necesarios para adquirir aquella ó constituirse estas. Cuyacio, pues, entiende que la l. 3. §. 6. D. *de acquir. poss.*, se refiere á los casos en que concurran especiales circunstancias, y en que, salva la regla general, únicamente por via de escepcion puede perderse la posesion por el solo ánimo ó voluntad sin la concurrencia del cuerpo. Y finalmente el Sr. de Savigny en su «*Tratado de posesion*» Parte 3ª §§. 29. y sigs., separándose de la opinion de los jurisconsultos mencionados, sienta la regla general de que «para continuar »uno en la posesion es necesaria la reunion ó »concurrencia de los dos actos, el corporal y el »interno; y que por consiguiente, faltando uno »solo cualquiera de los dos la posesion se ha»brá perdido:» por manera que, en concepto del célebre jurisconsulto moderno, es la regla general lo que, segun Cuyac. y Pothier, es una escepcion; y tambien admite aquel y sostiene decididamente lo que el último niega, es á saber, que la posesion pueda perderse y se pierda por el solo acto corporal de desprenderse de la cosa ó dejar de detentarla materialmente. Asi, pues, la especie contenida en d. l. 3. §. 6. D. *de acquir. posses. Igitur amitti* (*possessio*) *et animo solo potest*, *quamvis adquiri non potest*, no seria mas que otra de las primeras é inmediatas aplicaciones del principio ó regla general de que se pierde la posesion por la falta de concurrencia de los dos requisitos: lo cual procura el mismo Savigny conciliar con el principio, *unumquodque disolvitur eodem modo quo constitutum est*, diciendo que, pues para adquirir la posesion se requiere la concurrencia ó *reunion* de los dos actos del cuerpo y de la voluntad, lo *contrario* de esto no es ni debe ser la ausencia *simultánea* de entrambos requisitos, sino la falta de *alguno* de ellos que importa la *cesacion* de aquella *reunion*: «y asi, »prosigue el citado escritor, para retener, lo »mismo que para adquirir la posesion, se re»quieren á la vez el *corpus* y el *animus*, ó, en »otros términos, la posesion puede perderse »por el *corpus* solo ó por el *animus* solo.» (V. lugar citado, págs. 371. y 372.). Por lo que hace á los textos ó pasages del jurisconsulto Paul. (dd. ll. 8. y 153.) que parecen oponerse diametralmente á esa teoría: *Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur nisi in qua «utrumque» in contrarium actum* (*est*); se ocupa el mismo Savigny largamente de ellos y se esfuerza en demostrar con los medios que le prestan su vasta erudicion y profundo conocimiento de las fuentes ó manantiales del derecho, que no siempre la palabra *utrumque* (en la que dice estribar toda la dificultad) se emplea en su recta y natural significacion, ó sea la de designar con ella *una relacion de conjuncion*, *de tal suerte que lo que se dice*, (son sus literales palabras), *en todos los casos*, *de uno de los sugetos*, *deba igualmente entenderse del otro*: sino que se la usa tambien en otras dos diferentes acepciones: á saber, para designar *una relacion de disyuncion*, *de tal suerte que lo que se dice*, *en todos los casos, de uno de los sugetos, no deba jamas entenderse del otro*, ó *en otros términos*, *que la calidad conviene á uno ú á otro de los sugetos indiferentemente*, *pero jamas á entrambos á la vez*; en cuyo sentido *uterque* es sinónimo de *alteruter*; ó finalmente para designar (son siempre sus palabras) *una proposicion indeterminada*, ó *enunciar una relacion comun*, *en general*, *sin espresar si debe ser conjuntiva ó disyuntiva*, *sea por no haberse esto averiguado*, *sea por no tratarse de ello en aquella ocasion*: En este último sentido pretende haberse empleado la voz *utrumque* en dd. ll. 8. y 153., nó para significar que hubiese entre los dos sugetos relacion alguna conjuntiva ó disyuntiva, á lo cual supone haberse mantenido aquellos dos textos completamente estraños; sino para espresar que habia entre ellos una relacion comun: como si se hubiese dicho que «la pérdida de la »posesion no puede tener lugar sin un acto »nuevo, y sin que este acto sea de semejante »ó de igual naturaleza á la de aquellos que han »producido la adquisicion, cuya igualdad ó se»mejanza no conviene mas particularmente al »acto corporal que al intelectual, sino que les »es comun á entrambos.» Al decir el Sr. de Savigny que la posesion no puede perderse sin *un acto nuevo*, llama muy especialmente la atencion sobre esta circunstancia, y espresa que en ella reside toda la importancia de la regla por él mismo sentada, añadiendo que teniéndola presente se evitará el error posible de creer que la posesion pueda perderse por el simple olvido del poseedor, ó por el mero hecho de alejarse de la cosa poseida: observacion muy exacta y oportuna que tendrémos tambien ocasion de recordar al manifestar, como vamos á hacerlo, las dificultades que pueden ocurrir sobre la doctrina del citado escritor.

Hay en ella otra observacion muy importan-

te y que, siendo exacta, fuera muy fecunda en consecuencias, cual es la de que los dos actos corporal é intelectual, ó sea la aprehension física ú ocupacion y la intencion de poseer, son indispensables legalmente no solo para adquirir la posesion, sino tambien para retenerla y conservarla en todos los momentos; entendiéndose siempre que la material ocupacion ó detentacion no debe ser actual, antes basta la habitual, y una y otra pueden verificarse indiferentemente por medio de tercera persona; de todo lo cual se infiere que la comparacion que se hace en la l. 8. D. *de acquir. poss.*, y l. 153. D. *de regul. jur.*, de la posesion con las obligaciones, en cuanto al modo de perderse ó estinguirse, no es del todo exacta, ni hay perfecta paridad entre las segundas y la primera. Para contraerse y perfeccionarse una obligacion es necesaria de todo punto la concurrencia de dos voluntades; mas, una vez la obligacion está constituida, cesa tambien de todo punto aquella necesidad, y no se requiere ya la referida concurrencia para la duracion; antes bien la obligacion subsiste y dura, por mas que uno de los contrayentes no quiera estar obligado; y lo estará contra su voluntad, pues dejaria de ser obligacion la que pudiese disolverse y estinguirse libremente ó con la sola intencion de quedar desobligado. Infiérese de aqui que está en la misma esencia de las obligaciones el que no se estingan sino por la concurrencia ó simultaneidad de dos actos contrarios á aquellos por los cuales se las ha constituido. Mas no puede decirse otro tanto de la adquisicion y la pérdida de la posesion: pues, si bien es cierto que no se la adquiere sino con la concurrencia de los dos actos corporal é interno; es, empero, indiferente á su naturaleza el que hayan de concurrir tambien los dos actos contrarios para perderla, como sucede con las obligaciones, ó que baste uno solo de ellos, como pretende el citado Savigny: por esta razon tal vez se continuó en la l. 153. D. *de regul. jur.*, la partícula *ferè*, modificándose con ella la comparacion de los dos principios, *quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*: = *quibuscumque modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus;* los cuales no estan verdaderamente en una perfecta correlacion, ni el segundo es de una aplicacion tan necesaria y universal como el primero; en cuyo concepto no consideramos que la observacion de Cuyacio sea tan de poca importancia, como pretende Savigny (lugar citado pág. 364. nota 2.); porque, aunque la palabra *ferè* afecta en d. l. 153. al principio general y nó á la consecuencia particular que del mismo allí se infiere con respecto á la posesion: *ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest*, *ita nulla amittitur nisi in qua in contrarium actum ;* con todo tambien esta última cláusula ha de considerarse afectada por el *casi*, en cuanto de un principio asi limitado no pueden evidentemente inferirse mas que consecuencias tambien limitadas. De otra parte podrá ser cierto, y lo es en realidad, que en algunos textos y señaladamente en el de la l. 8. §. 5. C. *de bon. quæ liberis*, se encuentra usada la palabra *uterque* fuera de su recto y propio significado, y sin importar la idea de relacion conjuntiva; parécenos, empero, que no deja de ser algun tanto violento el interpretar aquella voz en el mismo sentido en las dos ll. 8. y 153. del jurisconsulto Paulo; pues, respetando en lo que se merece la opinion de Savigny, segun el cual toda la fuerza de los mencionados textos debe buscarse mas en el *in contrarium actum* que en el *utrumque*, no podemos sin embargo asentir del todo á ella, al ver que la intencion del jurisconsulto fue la de comparar allí á la posesion con las obligaciones ó derechos personales en cuanto al modo de adquirirse y perderse, aunque modificando la comparacion con la palabra *ferè*, quizás al efecto de indicar una perfecta igualdad entre los dos estremos, pero nó tan constante ó necesaria en todos los casos, que no sufriese en algunos escepcion.

El mismo Sr. de Savigny, reproduciendo la oportunísima observacion de Azon *in summa C.* tit. *de posses.*, de que *cum intitulatur de amittenda possessione ergo de retinenda*, *vel quousque retineatur : tamdiù enim retinetur quamdiù non amittitur*, dice muy exactamente que, si nuestros jurisconsultos la hubiesen aprovechado debidamente, habrian podido ahorrarse no solo todo un capítulo en sus teorías, sino tambien las muchas contradicciones en que han incurrido afirmando sobre la *pérdida* de la posesion lo contrario de lo que habian dicho sobre la *duracion* de la misma. Tratando el citado escritor de evitar ese escollo ha adaptado, es verdad, un proceder mas lógico y consecuente: pero esta circunstancia no nos dispensa de entrar en el exámen de los principios por él sentados, que podrian no ser exactos, por mas legítimas que sean las consecuencias que de ellos se han inferido. Si admitimos con Savigny que «la posesion no se conserva sino »por medio del *ánimo* y del *cuerpo* juntamen»te» deducirémos por necesidad de ahí que «si »uno solo de aquellos dos requisitos faltare, des»de luego se habrá perdido la posesion.» Pero ¿es cierto que por la sola voluntad de no poseer se pierda aquella aun sin desprenderse de la cosa el que la estaba poseyendo? ¿Lo es asimismo que por el acto material de desprenderse de la cosa ó dejar de ocuparla se pierda tambien la posesion sin necesidad de que concurra la voluntad? Hé aqui los dos puntos cardinales en cuya afirmativa, á nuestro modo de ver,

descansa toda la doctrina de Savigny. A ella parecen oponerse algunos textos, al paso que otros por otra parte la corroboran, no siendo en consecuencia cosa fácil el formar juicio decidido en vista de los mismos. A cada paso se lee en el derecho comun el principio de que la posesion se retiene y conserva con la mera voluntad sin necesidad de que la acompañe la material ocupacion ó detentacion: y aunque á veces se dice esto con intencion de significar que dicha ocupacion ó detentacion no deben ser inmediatas sino que pueden ejercerse por el ministerio de un tercero y sin que el poseedor aprehenda por sí mismo la cosa, y otras veces con la idea de significar que el acto material de ocupar no debe ser actual y continuo, sino que basta el habitual, aunque en algunos intervalos no insista el cuerpo en la cosa; con todo vemos tambien en otros varios pasages espresamente declarado que se retiene ó conserva la posesion con el solo ánimo, aunque el poseedor haya dejado de ocupar la cosa por sí y por otros, y aunque falte la habitual ocupacion ó detentacion. *Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest*: l. 4. C. *de acquir. posses.* Si se hubiese entendido decir con esto solamente que la posesion podia conservarse con el solo ánimo del poseedor, pero mediante la ocupacion material de otro que la ocupase en su nombre, ¿cómo se hubiera hablado del hecho de retener, en contraposicion con el de adquirir, toda vez que el último puede verificarse igualmente con el solo ánimo por parte del adquisidor, cuando por este aprehenda la cosa su procurador ó se le transfiera la posesion con la cláusula de *constituto?* Es evidente, pues, que se quiso hablar en d. l. en otro sentido: y por esto se continuó en la misma como consecuencia del principio general contenido en las palabras transcritas que, aun faltando la ocupacion *habitual* por parte del poseedor y no detentando él la cosa ni otros en su nombre, á pesar de todo no habrá perdido la posesion, mientras no haya tenido el ánimo ó voluntad de perderla ó abandonarla. *Si ergo prædiorum «desertam possessionem» non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti: præjudicium tibi ex transmissi temporis injuriâ generari non potest.* d. l. 4. Notable es tambien á este propósito la l. 7. §§. 7. y 8. *Sed et si animò solo possideas, licet alius in fundo sit*, (esto es, aunque otro lo ocupe en su nombre, porque si lo hiciera en el tuyo ya no podria haber dificultad) *adhuc tamen possides.— Si quis nuntiet domum à latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere: amisisse eum possessionen placet. «Quod si servus vel colonus per quos corpore possidebam, decesserint (discererintve), animo retinebo possessionem:»* y en la l. 46. de d. tit. se lee: *Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, «tamdiù priorem possidere »dictum est, quamdiù possessionem ab altero »occupatam ignoraret.»* Consecuente con esto mismo se dice en la l. 6. §. 1. D. d. tit. *Qui ad nundinas profectus «neminem reliquerit» et dum ille à nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit*: y en la l. 25. §. 2. *Quod autem solo animo possidemus, quæritur utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? An vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus donec revertentes nos aliquis repellat: aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem? et videtur utilius esse.* En este último texto encontramos de intento y espresamente decidida la cuestion, declarándose en él que, por el solo hecho de dejar de ocupar la cosa, no se pierde la posesion, aunque otro la haya ocupado, y hasta tanto que concurra con aquel hecho material el acto interno ó el ánimo de dejar de poseer. Y finalmente en el §. 5. Inst. *de interdict.*, se espresa Justiniano en los siguientes términos: *Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis «neque ipse »sit in possessione, neque ejus nomine alius:» tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur.* Hé aqui, pues, que por la sola falta de la ocupacion ó detentacion material no se pierde la posesion, mientras subsista el ánimo ó intencion fundada de poseer, contra lo que pretende el Sr. de Saviguy; cuyas doctrinas, en esta parte, no sabemos cómo puedan conciliarse con los textos citados; pues, si bien, segun él, el acto corporal ó la *relacion física del poseedor con la cosa poseida* no deja de existir por no ser actual é inmediata, ni se requiere que lo sea para conservar la posesion, sino que basta «la posibilidad de *procu»rarse* el poseedor ese poder ó relacion inme»diata sobre la cosa» de suerte que solo se entienda *actum in contrarium corpore* cuando «la »*accion* de la voluntad del poseedor sobre la »cosa haya llegado á ser de todo punto impo»sible;» vemos, sin embargo, que aun cesando esa posibilidad y de consiguiente el *actus corporis* ó *relacion física* en el sentido en que la entiende el citado escritor, no se pierde todavía la posesion, antes bien se la conserva con el *solo ánimo* á lo menos en el caso de d. l. 25. §. 2., en el cual el poseedor de una cosa, á pesar de estarla otro ocupando para sí, no deja de ser poseedor por haber cesado la posibilidad inmediata de volver á ocuparla libremen-

te, sino hasta tanto que él tiene ánimo ó conciencia de que esto ya ha llegado á ser imposible, sea por habérselo impedido de hecho el poseedor intruso, sea por haberse el primero persuadido de que no podria vencer la resistencia del segundo, y haber dejado en esta persuasion de intentarlo, (*quod quasi magis probatur, et videtur utilius esse*). El Sr. de Savigny, al hacerse cargo de esta dificultad, dice que lo declarado en los textos que acabamos de transcribir es una escepcion de la regla por él sentada, y que es peculiar y privativo á la posesion de las cosas inmuebles (*du fonds*) el que no se entienda, respecto de ellas, haber cesado la relacion física ó corporal por la mera cesacion de la posibilidad de reproducir el poseedor sobre las mismas la accion de su voluntad, sino que dicha relacion exista hasta tanto que el primitivo poseedor supiere que está la cosa ocupada por otro, ó tuviere *conciencia* de que ya no puede ocuparla él de nuevo á su libre voluntad (págs. 384. y 391. Trat. de posesion). Sobre esta esplicacion, empero, nos atreveríamos á observar que difícilmente, tratándose de la posesion, puede calificarse de regla general, una regla de la que deben esceptuarse desde luego nada menos que todas las cosas inmuebles, cuya posesion precisamente es la que tiene mas importancia y la que han tratado las leyes de regularizar mas que la de las cosas muebles. Y si á esto se añade que aun respecto de estas últimas se verifica el que se conserve su posesion con el solo ánimo, á pesar de haber cesado la relacion física actual ó habitual, ó la posibilidad inmediata de renovar libremente sobre ellas la accion de la voluntad, entonces la dificultad sube de punto y puede casi concluirse sin temor de errar que la *escepcion* del Sr. de Savigny es la verdadera *regla*, y al contrario; ó sea que ninguna posesion se pierde *solo corpore*, sino mediante los dos actos corporal é interno, ó sea, sin que *utrumque in contrarium actum sit*. El que al partir á paises lejanos, ha escondido su tesoro debajo tierra y al regresar no recuerda el punto donde lo escondió, no pierde por esto la posesion, porque el haberlo escondido fue *custodiæ causâ*, y la debilidad de la memoria no puede *damnum adferre possessionis*, *quam alius non invasit*; l. 44. D. *de acquir. posses.* Tampoco pierdo yo la posesion de lo que *sub custodia mea sit*, *nec inveniatur*, *quia præsentia ejus sit*, *et* «*tantum cessat interim diligens* »*inquisitio.*» El Sr. de Savigny dice, al espositar esos pasages, que en el caso propuesto «la disposicion particular que habia tomado el »poseedor para la conservacion (*custodia*) de »la cosa le da la certitud de encontrarla mas »tarde.» Mas de todos modos podria preguntársele ¿en dónde está, pues, en esos casos la *relacion física* actual ó habitual siquiera, ó la posibilidad inmediata de ejercer el poseedor libremente la accion corporal sobre el tesoro escondido en un lugar olvidado, ó sobre la cosa que se ha estraviado? Parécenos, pues, que de uno y otro caso podria sin dificultad decirse que, si en ellos no se pierde la posesion de dichas cosas muebles, á pesar de no haber la detentacion material ni la facultad inmediata de reproducirla, es porque, aquellas lo mismo que las inmuebles estan comprendidas en la regla general, y en consecuencia nadie queda desposeido de las mismas, sino concurriendo el acto contrario del cuerpo y de la voluntad. En este concepto todo se esplica tan sencilla como perfectamente; y si algunos casos hay todavía en los que se pierde la posesion de las cosas muebles *ignorándolo* el poseedor, y por consiguiente *solo corpore* y sin que concurra el *ánimo* ó *conciencia*, como el de hurtarse en ausencia del dueño y poseedor un tesoro ó algun otro efecto que aquel hubiere dejado en su casa, ó en el de ocultar un depositario la cosa que tiene depositada con intencion de denegarse á devolverla al deponente, en los que pierde el dueño inmediatamente la posesion, aun antes de tener noticia del hurto ú ocultacion y desde el momento mismo en que estos se hayan cometido, l. 3. §. 18. y l. 47. D. *de acquir. poss.*, esos casos son los que deberán calificarse de verdaderamente escepcionales, ya porque son infinitamente mas reducidos en número, ya tambien porque es fácil descubrir el motivo particular en que, respecto de ellos, se ha fundado la escepcion. La posesion podemos perderla por nuestra voluntad ó contra ella: cuando lo primero, forzosamente ha de concurrir esa misma voluntad ó el ánimo; cuando lo segundo, ó la perderémos por dejar la cosa de ser susceptible de ser poseida, ó porque se la haya quitado de nuestro poder á la fuerza ó clandestinamente: mas en todos estos casos se necesita el ánimo ó conciencia de perder la posesion, para que en efecto se la haya perdido, sin que baste el hecho material de salir la cosa de nuestro poder, menos en el último ó sea el de quitársenos la cosa clandestinamente, y aun entonces solo deja de ser necesario el primer requisito respecto de las cosas muebles; luego ¿cómo puede decirse que dicho caso particular sea el que forma la regla general, y que esta sea la de poderse perder la posesion *corpore tantum* y sin la concurrencia del ánimo? Añádase ahora que, segun hemos indicado, el perderse la posesion de las cosas muebles hurtadas, sin saber el poseedor que lo hayan sido, y por consiguiente sin el ánimo ó conciencia de dejar de poseer, está fundado, nó en los principios generales que rigen acerca de la posesion, sino en el

modo particular de existir, que es propio y esclusivo de las cosas muebles y que las distingue especialmente de las inmuebles, en cuanto á la susceptibilidad que tienen unas y otras de ser poseidas y de estar sujetas á la relacion física, pero habitual, que ejerce sobre ellas el poseedor. Los bienes raices, inamovibles, digámoslo asi, por su naturaleza, representan, en cierto modo, al poseedor, le esperan en su ausencia en el mismo sitio en donde los ha dejado y le tienen en la completa seguridad de que allí habrá de encontrarlos cuando quiera reproducir la aprehension ú ocupacion corporal que naturalmente no puede, ni legalmente debe ser continua. Puede un usurpador invadir y ocupar clandestinamente la casa ó heredad de que ha salido el poseedor legítimo; pero este hecho, ademas de ilícito, estraordinario, no debe presumirse jamas, ni puede ser obstáculo para que el poseedor ausente continúe en la creencia é intencion fundada de que encontrará á su vuelta vacua la posesion; ni de otra parte, aunque llegue á verificarse, interrumpe de hecho la relacion habitual ó la posibilidad inmediata de renovar el poseedor su accion sobre la cosa que solo momentáneamente habia suspendido; porque siempre tiene derecho de espeler á la fuerza al invasor, mientras lo haga luego de tener conocimiento de la usurpacion, y por lo tanto su aprehension habitual no queda interrumpida hasta que hubiere manifestado no querer usar de dicha facultad, ó hasta que, habiendo usado de ella, resultare vencido definitivamente por la fuerza mayor del usurpador. Las cosas muebles ó semovientes al contrario; siendo por su naturaleza susceptibles de fácil *contrectacion*, puede decirse de ellas que no conocen á su dueño ni al que, en calidad de tal, las esté poseyendo: cuando yo me alejo de mi habitacion ó dejo bien cerrados mis almacenes, tengo el ánimo de poseer los caudales, alhajas y efectos que tengo en ellos custodiados, y verdaderamente los poseo con el ánimo ó intencion fundada de que no serán allanados mis hogares, y con el cuerpo ó la relacion física, ó sea la posibilidad inmediata que en la mayor parte de los casos se habrá realizado y se realizará probablemente de reproducir yo mi accion corporal sobre los mencionados efectos, siempre que esta sea mi voluntad: pero, si durante mi ausencia me los sustrae alguno y consigue ocultarlos antes que yo haya tenido noticia de la sustraccion, hé aqui que desde luego habrá cesado de todo punto aquella posibilidad ó relacion de mi cuerpo con la cosa poseida. Tendré, es verdad, en ese caso igualmente el derecho y facultad de recobrar mis bienes hurtados, aunque sea á la viva fuerza, del ladron que sorprendiere *in fraganti* ó encontrare luego, teniéndolos todavía en su poder: mas la seguridad de que conseguiré verificar esa sorpresa ó impedir la ocultacion y encontrar los efectos ocultados ¿la tengo por ventura? Bien lejos de esto; dejo, ó por mejor decir, he dejado de tenerla necesariamente desde el momento mismo en que he perdido de vista las cosas poseidas: de donde se infiere en primer lugar que el ánimo ó intencion de poseer los bienes muebles, cuando va acompañado tan solo de la aprehension ó detentacion habitual, no es ni puede ser una intencion tan fundada y sí mucho mas incierta y precaria que la posesion de los bienes inmuebles en igualdad de circunstancias: en segundo lugar, que esa misma aprehension física habitual es susceptible de interrumpirse y se interrumpe de hecho, aun ignorándolo el mismo poseedor que la está ejerciendo, siempre que en su ausencia ó sin que él lo advierta sufren *contrectacion* las cosas que asi posee, y esta *contrectacion* llega á consumarse, antes que haya llegado á su noticia, como creemos haberlo demostrado. En otros términos: la facultad que compete á todo poseedor de recobrar incontinenti y haciendo uso de la fuerza la cosa ó cosas que otro ha ocupado ó aprehendido clandestinamente, es bastante para impedir que cese ó se interrumpa la relacion física y habitual del poseedor con la cosa poseida, mientras esa facultad pueda todavía ejercerse y reducirse á hecho, mientras exista la posibilidad inmediata de que, ejerciéndosela, se desalojará al usurpador ó se rescatará de su poder lo usurpado, y mientras la realizacion de esta posibilidad dependa aun de la voluntad del poseedor primitivo no manifestada todavía, ó bien, manifestada ya, pero nó vencida. Ahora, esto último se verifica siempre y por necesidad respecto de las cosas inmuebles, porque, al saber el poseedor que otro las ha ocupado en su ausencia, se ignora todavía si querrá trabar la lucha y si en ella triunfará ó quedará vencido; mas es un hecho ya que puede trabarla si quiere, sin necesidad de preguntar en dónde está el adversario, en dónde está el resultado de la victoria. El poseedor habitual de cosas muebles al contrario; *sabe* que se las han *hurtado*, *quiere* recobrarlas á la fuerza, no le arredran los obstáculos y está seguro de vencer la resistencia: mas ¿á dónde se han conducido las cosas hurtadas? ¿en dónde está el ladron? Si le encuentra y le acomete y le vence, ¿habrá ya recobrado los caudales y las alhajas? ¿Se las restituirá aquel si no las tiene ya, ó no quiere revelar el secreto de su ocultacion? Esta incertidumbre ha existido desde el instante mismo en que la contrectacion se ha perpetrado: y desde entonces por consiguiente ha cesado tambien la posibilidad inmediata de reincorporarse el poseedor de las

cosas que cree estar bajo su mediata custodia: desde entonces se ha interrumpido, se ha perdido la posesion. ¿Se la ha perdido *corpore tantum*, ó *corpore simul et animo?* Casi podria afirmarse esto último, atendido que, segun dejamos demostrado, no cabe en las cosas muebles sino una intencion muy precaria de poseer no teniéndolas á la vista: de todos modos, empero, y decidiéndonos por lo primero, deberémos concluir que, si en realidad se pierde *corpore tantum* la posesion de las cosas muebles en los casos propuestos, no es por una aplicacion de los principios generales que rigen y deben regir en la materia, sino porque, en razon de circunstancias particulares y el modo de existir característico de los bienes muebles, ha debido formarse para las mismas una escepcion de la regla general consignada en las ll. 8. y 153. antes citadas. No sabemos si el Sr. de Savigny tendria presentes las consideraciones espuestas al sentar la regla en contrario sentido; mas lo cierto es que no habló de ellas ni las indicó siquiera, viéndose reducido á admitir una escepcion mas general que la misma regla, que abraza todos los casos mas importantes que pueden ofrecerse en la materia, los de las cosas inmuebles; y que no se esplica por razon particular alguna por ser muy notable que dicho escritor se limita á enunciar que existe la pretendida escepcion, pero sin señalar en parte alguna el motivo en que haya podido fundarse. Hé aqui las literales palabras con que reasume el contenido del §. 31. del mismo tratado de posesion (pág. 391.). «Para » que la posesion continúe» dice «es necesaria » la existencia incesante de la *posibilidad de* » *reproducir* aquello mismo que se ha dicho ser » otra de las condiciones de la adquisicion, la » conciencia de la relacion física sobre la cosa » poseida: desde el momento en que esa posi- » bilidad cesare, cesará tambien la posesion. » *Mas esta última proposicion*» prosigue «*su-* » *fre una escepcion en cuanto á los bienes in-* » *muebles. La imposibilidad física no es bastan-* » *te, respecto de ellos, para hacer perder la* » *posesion, mientras dicha imposibilidad no* » *llegare á noticia del poseedor.*»

Añádase ahora sobre todo cuanto llevamos espuesto que, si en algun caso ha llegado á decirse que la posesion de las cosas inmuebles puede perderse sin la concurrencia del ánimo, é *ignorándolo* el poseedor, ha sido precisamente en el de poseerlas aquel nó por sí, sino por el ministerio de un tercero que las estuviese ocupando en nombre del mismo, como por el colono ó por un esclavo: *ejus verò quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter possessionem amitti quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus*; d. l. 44. §. 2. D. *de acquir. poss.*; y aun esto dió lugar entre los antiguos jurisconsultos á una controversia que dirimió el emperador Justiniano estableciendo en la l. ult. C. d. tit. que nunca se perdiese la posesion ni se causase perjuicio al poseedor por el descuido ó deslealtad de aquel á quien hubiese confiado la cosa para que en su nombre la ocupase. Mas es notable que tambien en dicho caso hubo una circunstancia particular para que los jurisconsultos que asi opinaron pretendiesen que podia perderse la posesion ignorándolo el poseedor, pues toda vez que este deje de ejercer por sí é inmediatamente la accion física sobre la cosa poseida y quiera ejercerla por el ministerio de otro, ya no puede tener un ánimo tan constante ni la intencion tan decidida de seguir poseyendo, antes ha de haber consentido todas las eventualidades y modificaciones que, sin su noticia, puede sufrir la ocupacion inmediata y material que ha dejado á cargo de otro. De todos modos, es innegable que ese modo de poseer por medio de un tercero no entra en la idea simple y primitiva de la posesion, y que el modo mas natural y originario de poseer es el de ejercer el poseedor por sí mismo su accion física y corporal sobre la cosa poseida; y el que se tenga por poseedor á aquel en cuyo nombre la está otro detentando ú ocupando, por mas que se presente á nuestra consideracion como una cosa natural y ordinaria, no deja por esto de ser una pura ficcion jurídica, por la cual se dice poseer al que verdaderamente y de hecho no posee: lo que siendo asi ¿cómo puede concebirse que lo establecido para el caso de la verdadera y primitiva posesion sea la escepcion, y que sea la regla lo que solo en opinion de algunos ha tenido aplicacion á la posesion jurídica y fingida? ¿Cómo habria nacido, antes que la *regla*, la *escepcion?*

Finalmente, al sentar el Sr. de Savigny el principio de que «la posesion se pierde siem- » pre que llega á faltar *una sola* de las condi- » ciones necesarias para conservarla, el acto ó » relacion corporal y el ánimo ó la intencion» dice terminantemente (pág. 362.) hallarse aquel principio admitido en un gran número de aplicaciones y escepciones, como tan cierto, que casi se creeria dispensado de alegar prueba histórica alguna respecto del mismo; y luego añade que, «se le encuentra enunciado de » un modo esplícito en un pasage, en el cual » no se ha parado comunmente la atencion.» *Ejus quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti* «*vel animo*» «*vel etiam* » *corpore.....*» Mas este pasage que, como hemos dicho antes, interpreta Pothier en sentido contrario y lo traduce diciendo *vel animo, id est*, «*animo solo*» *vel* «*etiam*» *corpore, id est*, «*vel corpore simul et animo*» se presta desde

luego muy naturalmente á esa última interpretacion, aun considerándole aislado como le ha transcrito Savigny, si se atiende al adverbio *etiam*, que fue sin duda el que determinó á Pothier y que es en efecto bastante significativo: mucho mas si se leen las palabras que siguen en el mismo texto á continuacion de las citadas, y completan su sentido en los siguientes términos: *Nam ejus quidem quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore; «si modò eo animo inde »digressi fuissemus, ne possideremus:»* y prosigue con la cláusula ya citada: *ejus verò quod servi, vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset; eamque amitti nobis quoque ignorantibus;* de suerte que el pasage transcrito, lejos de justificar la doctrina de Savigny, parece confirmar esplícitamente la regla en contrario, pues declara no ser bastante por punto general para perderse la posesion el que se interrumpa la relacion corporal, si no concurre al mismo tiempo la intencion ó conciencia de dejar de poseer: á menos que dicha relacion se ejerza por medio de un tercero; en cuyo caso se establecia que se perdiese la posesion sin tener de ello conocimiento el poseedor, que es lo que, segun hemos visto, derogó el emperador Justiniano estableciendo que en ningun caso se perdiese la posesion por la ocupacion clandestina de un tercero, sino teniendo conocimiento de ello el primitivo poseedor; siendo lo mas notable que hasta los mismos jurisconsultos que opinaban lo contrario, habian dicho esplícitamente que esto debia entenderse por via de escepcion, como se ve por la citada l. 44., donde á continuacion de las palabras que acabamos de transcribir *«eamque »amitti nobis quoque ignorantibus:»* se leen estas otras: *Illa quoque possessionis amittendæ «separatio» est: nam saltus hybernos et æstivos, quorum possessio retinetur animo, licet neque servum neque colonum ibi habeamus; quamvis saltus, proposito possidendi, fuerit alius ingressus; tamdiù priorem possidere dictum est, quamdiù possessionem ab alio occupatam ignoraret. «Ut enim eodem modo vinculum obliga»tionum solvitur quo quæri assolet; ita non de»bet ignoranti tolli possessio quæ solo animo »tenetur:»* de lo cual se infiere que hasta los jurisconsultos Sabinianos, autores de la doctrina reprobada por el Emperador habian aceptado la regla general de que para perder la posesion no bastaba que se interrumpiese la relacion corporal del poseedor con la cosa poseida, sino que era necesario concurriese por parte de aquel el ánimo ó conciencia de dejar de poseer; y que esa regla general y constante la fundaban siempre en la misma comparacion que habia hecho Paulo de la posesion con las obligaciones ó derechos personales, en cuanto á no poder aquella perderse, como no pueden estas estinguirse, sino concurriendo en contrario el acto de doble naturaleza que ha sido necesario para constituirse las últimas y adquirirse la primera.

Al aceptar asi dicha regla en toda su estension ó generalidad, ya se deja conocer que las mismas dudas y dificultades que nos han ocurrido sobre la doctrina de Savigny, en cuanto pretende que la posesion pueda perderse y se pierda necesariamente *solo corpore*, nos ocurrirán tambien en cuanto á poder perderse aquella *solo animo;* porque uno y otro estremo son igualmente contrarios al principio que vemos consignado en el derecho comun. Fuerza es confesar, sin embargo, que esto último aparece en cierto modo indicado en algunos textos, á lo menos por via de escepcion; por manera que en el mismo sentido ha modificado Pothier la regla general cuando ha dicho que la posesion, aunque nó *solo corpore*, se perdia, empero, de dos maneras, á saber, *«animo simul et corpore» vel «animo solo»* y sin desprenderse materialmente de la cosa el que trata de dejar de poseer. Esta teoría, empero, que, á primera vista parece fundarse, como hemos indicado, en varios textos los mas esplícitos y terminantes, dudamos con todo que pueda ser admitida mas que en el sentido puramente figurado en que la ha entendido y esplicado Voet; en el cual, lejos de formar una verdadera escepcion, es por el contrario una consecuencia directa de la regla y una de sus mas naturales y necesarias aplicaciones. En efecto, si admitimos como cierto el que la posesion no puede perderse sin concurrir los dos actos contrarios, el corporal y el interno, luego con uno solo de ellos podrá retenérsela y conservársela: y asi, despues de haberse el poseedor desprendido de la cosa, continuará poseyéndola todavía con la sola intencion de poseerla: y cuando esto se verificare, se perderá la posesion con la sola ausencia de aquella de las dos condiciones con la cual únicamente se la conservaba; porque esos dos actos contrarios que suponemos indispensables para perder la posesion no es preciso que se verifiquen ó empiecen á verificarse simultáneamente, sino que basta el que en cualquier momento se encuentren reunidos, aunque el uno haya tenido principio antes que el otro. Asi, cuando, en mi ausencia, ha sido ocupado el predio que yo estaba poseyendo y lo ha sido por una fuerza mayor que yo no puedo superar, ni desalojar al usurpador, esta imposibilidad es un hecho que existe desde luego ó deja de existir independientemente de la circunstancia de estar yo enterado ó ignorante de él; por lo que, caso que en realidad existiere,

desde aquel momento habrá cesado ya toda relacion corporal entre mi persona y el predio, con la posibilidad de reproducir sobre este la accion de mi voluntad: si, antes de llegar este acontecimiento á mi noticia, el usurpador hubiere desistido y desocupado, no habré dejado de poseer un solo instante, porque en ninguno habrá concurrido, con la interrupcion de la relacion corporal, la del ánimo ó intencion. Si, al regresar, no he tenido la fuerza suficiente para desalojar al usurpador, ó, persuadido de no tenerla, me he resignado á que siguiese ocupando lo cosa, entonces habré perdido la posesion, porque á la falta de relacion corporal, que ya no existia, se habrá agregado entonces la del ánimo ó intencion, con la cual únicamente continuaba poseyendo: y en este sentido se espresa en varios de los pasages á que antes nos hemos referido, que se pierde con el solo ánimo la posesion, esto es, que se pierde asi, la que con el solo ánimo se estaba conservando. Hay, empero, dos pasages que pueden ofrecer mas dificultad, y parecen justificar decididamente la opinion de Savigny, por espresarse en ellos que se pierde con el solo ánimo la posesion, aunque el mismo poseedor *siga ocupando corporalmente la cosa;* lo cual por necesidad debe referirse al caso en que la posesion se tuviese y conservase con el ánimo y el cuerpo á la vez. *Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere: protinùs amittes possessionem*, d. l. 3. §. 6. *Differentia inter dominium et possessionem hæc est, quod dominium nihilominus ejus manet qui dominus esse non vult; possessio autem recedit ut quisque constituit nolle possidere*: l. 17. §. 2. D. *de acquir. posses.* Pero creemos tambien que esos dos textos se esplican perfectamente en el sentido en que los entiende Voet, sin necesidad de admitir en términos absolutos que la posesion se pierda por un acto de mera y simple voluntad, sino que cuando se la pierde mediante una tradicion fingida, viene esto á verificarse y se deja verdaderamente de poseer, sin otro acto real y positivo que el intelectual ó interno; pero mediante esa ficcion del otro acto físico ó corporal. Nos atreveríamos casi á decir que el mismo Sr. de Savigny está conforme en último resultado con la doctrina del jurisconsulto citado; puesto que despues de detenerse en demostrar á su modo la «regla »de que la posesion se pierde por la mera vo»luntad» (pág. 396.), no encuentra que dicha regla pueda tener aplicacion mas que en tres casos, en los cuales se verifica precisamente con toda exactitud lo que nos ha inducido á creer con el citado Voet que «nunca con el »solo ánimo se pierde la posesion.» El primero de dichos casos, dice, es el de mediar espresa ó tácitamente el pacto de *constituto*. «El »que vende una cosa» añade, «y la toma al »mismo tiempo en arriendo, en nada cambia »su relacion física con dicha cosa; y sin em»bargo, puesto que deja de poseer, no puede »buscarse la razon de esta pérdida mas que en »una determinacion de su voluntad (d. pág. »396.).» Hé aqui un raciocinio, á primera vista, exacto é incontestable; pero que, mucho nos engañamos, ó nada prueba, si se discurre por los principios que hemos tomado del mismo Sr. de Savigny, al esplicar la naturaleza del *constituto* posesorio en la nota 27. del presente título. Dijimos allí que este modo de transmitir ó adquirir la posesion venia á reducirse á una tradicion *brevis manus* en sentido inverso, y que por aquel se convertia en mero *detentador* el *poseedor* jurídico, mediante un acto de mera voluntad, asi como por la segunda se convierte en *poseedor* jurídico el mero *detentador*, en uno y otro caso por fingirse verificado un acto corporal que, verificándose de hecho, vendria á ser una inútil ceremonia y se reduciria á entregar la cosa para recibirla inmediatamente de aquel á quien se la hubiese entregado. Si yo vendo una cosa y convengo, al venderla, con el comprador que este me la cederá en arriendo, puedo, es verdad, y aun debo hacerle entrega de lo vendido; pero será para que él me lo devuelva en el momento siguiente, porque esto es lo contratado. ¿No es, pues, lo mas cómodo y natural suponer que esa entrega se ha realizado? ¿No era natural tambien é indispensable que las leyes autorizasen esa ficcion? Mas el inferir de aqui que «la posesion se pierde con el »solo ánimo» el pretender que esta es la regla, y que el *constituto* no es mas que una simple aplicacion de la misma, nos conduciria irremisiblemente á la consecuencia de que «la »posesion se *adquiere* tambien con el solo áni»mo ó voluntad y sin acto corporal alguno» cosa que nadie, incluso el mismo Savigny, ha pensado en admitir: y sin embargo, el *constituto* es un medio que sirve única y esclusivamente para *transmitir* y nó para *perder* simplemente la posesion; de donde se infiere que es un medio asimismo de adquirirla, del propio modo que la tradicion *brevis manus*, y por lo tanto que si el que *constituye* ó entrega fingidamente la cosa, pierde la posesion con el solo ánimo, con el solo ánimo la habrá tambien adquirido aquel á cuyo favor se hubiere hecho el *constituto* ó la tradicion fingida. Asi se dice terminantemente en algunos textos, que á veces basta la nuda voluntad aun para transferir el dominio, sin necesidad de que intervenga tradicion. *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam.* §. 44. Instit. *de rer. divis.* ¿Se dirá, empero, que esto forma una escepcion de

la regla ó principio tan sabido de que «*tradi-* »*tionibus*, *non nudis pactis dominia rerum* »*transferuntur?*» Luego tambien, al hablar de la posesion, hemos de entender que se espresaron las leyes en sentido figurado, nó porque entre aquella y el dominio no haya de haber diferencia alguna en cuanto al modo de perderse, sino porque, pues respecto de este último han declarado que se perdia con la mera voluntad, á pesar de que esto no es cierto en términos absolutos, luego pudieron decirlo de la posesion en el propio sentido; y en realidad debe admitirse que asi lo hicieron, si no se quiere caer en la consecuencia de que tambien con la nuda voluntad se *adquiere* la posesion, como antes creemos haberlo demostrado. Se observará tal vez que con semejante interpretacion se desnaturaliza el verdader espíritu de la citada ley 17.; pues vendrán á ser de este modo de igual condicion la posesion y el dominio en cuanto al modo de perderse ó transferirse, cuando en aquel texto se trata espresa y decididamente de establecer una diferencia entre el segundo y la primera, y se declara consistir esta diferencia en qué para perder la posesion basta el no querer conservarla, al paso que el que es dueño continúa siéndolo aunque no quiera. Mas fácilmente se demuestra que aquella diferencia subsiste del mismo modo adaptando la interpretacion que dejamos esplicada. La posesion se pierde con la mera voluntad mediante la cláusula de *constituto* ó por la tradicion *brevis manus*, porque en el segundo caso ha precédido ya de hecho, y en el primero se finge mediar en realidad la entrega corporal y positiva; es verdad que por el *constituto* y la tradicion *brevis manus* se transfiere y se pierde del mismo modo el dominio: pero no se sigue de aqui que sean uno y otra de igual condicion; antes bien en primer lugar, la *posesion* se pierde por un efecto directo é inmediato de la voluntad manifestada de perderla: el *dominio* no se pierde sino en cuanto se ha perdido la *posesion*. Si esta no se perdiese y si de uno ú otro modo no se verificaba su traslacion, seria imposible que se perdiera y transfiriera el dominio. En una palabra, aquella puede perderse sin este último: pero nó este sin aquella. En segundo lugar, dado un contrato de compra y venta ú otro traslativo de dominio, y supuesto que se le haya celebrado con el pacto de *constituto*, si despues de su celebracion resultare nulo, tenemos por indudable que, á pesar de la nulidad, se habrá transferido la posesion, asi como lo es que el dominio no habrá salido de la persona del vendedor, porque no le bastaba á este la mera voluntad ni aun la tradicion para perderlo, sino que era necesario un título válido y eficaz mediante el cual se verificase lo que él queria, l. 31. D. *de acquir. rer. dom.* Para perder la posesion le habrá bastado querer dejar de poseer, bien que mediante la tradicion precedente ó fingida: para perder el dominio es indispensable perder asimismo la posesion, y ademas un título legal que tenga la fuerza traslativa y que haya sido celebrado válida y legítimamente. En tercer lugar, el que es dueño de una cosa no puede, por punto general, dejar de serlo temporalmente, ó, lo que es lo mismo, no puede verificarse la pérdida del dominio sino con el carácter de perpetuidad que le es en cierto modo esencial é inseparable (*a*): por manera que, si yo entrego una cosa mia á otro con la intencion de que este me la restituya cuando yo se la pidiere, no habré trans-

(*a*) Al espresarnos en estos términos y al sentar como un principio general y absoluto el de que el dominio no puede transferirse temporalmente, no hemos olvidado que el heredero fiduciario y el marido respecto de la dote son dueños temporales con obligacion de restituir, y tampoco hemos perdido de vista lo que se verifica en las ventas con pacto de retro, en las cuales adquiere el comprador la cosa con esa misma condicion de haber de dimitirla, siempre que se le devolviere el precio. Pero nada de esto se opone á lo que dejamos dicho, ni á la perpetuidad que suponemos esencial é inseparable del dominio. Desde luego lo que nosotros sentamos como cierto no tanto es que no pueda *transferirse* el dominio temporalmente, como el que temporalmente no puede perderse: y es menester observar que si bien el heredero fiduciario se hace dueño temporal por medio de la adicion, pero la revocabilidad del dominio que adquiere no hace que este derecho pueda tener regreso al que se lo transfirió, sino que el testador lo habrá perdido para siempre y perpetuamente desde el momento en que se hubiere deferido la sucesion: y asi por esta parte queda siempre salvo nuestro principio. Por lo que hace á la muger respecto de la dote que constituye, es verdad que en el acto mismo de la constitucion estipula y adquiere el derecho de recobrar el dominio de las cosas dotales que transfiere al marido: mas es digno de notarse en primer lugar, que cuando se constituye la dote y se pierde por este medio el dominio, se le pierde necesariamente, teniendo fija la consideracion en la perpetuidad de esa misma pérdida, porque *dotis causa perpetua est*, *et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit*; l. 1. D. *de jur. dot.*; en segundo lugar, ni aun puede decirse que el dominio revocable y temporal que adquiere el marido sobre las cosas dotales sea un verdadero dominio y presuponga la pérdida absoluta del de la mugér constituyente; antes solo *ex legum subtilitate* adquiere aquel el dominio meramente civil, sin perjuicio de quedar, como queda, radicado en la muger el natural y verdadero, porque *non quod transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri*, *ideò rei veritas deleta vel confusa est.* l. 30. C. d. tit. Finalmente, y por lo que hace á la adquisicion que se verifica á favor del comprador con pacto de retro, es sabido que el dominio de este último no es temporal y revocable *ipso jure*, sino perpetuo, aunque con la obligacion de volver á transferirlo dimanada del pacto, y cuyo cumplimiento tan solo por la accion del pacto puede reclamarse; de modo que, en opinion de algunos, si el comprador ha cedido la cosa á un tercer posecdor, ninguna accion le compete al vendedor contra este último, sino la de daños y perjuicios contra el comprador por el incumplimiento de lo pactado, ó mejor por haber hecho imposible el que se cumpliera, transfiriendo el dominio á un tercero. Asi los que sostienen esta opinion suponen por necesidad que ese tercero habrá adquirido el dominio perpetua é irrevocablemente. Y aun aquellos que con Pothier (nó sin alguna probabilidad) sostienen la contraria, deben reconocer por necesidad que, si el vendedor á carta de gracia tiene la accion real para reclamar la cosa vendida contra los terceros poseedores que la hayan adquirido del comprador, no puede eso tener lugar sino en la suposicion de que por la venta con pacto de retro no se ha transferido enteramente el dominio, y ha conservado el vendedor una parte de él bajo la condicion resolutoria de ofrecer el precio recibido: pues de otra manera y no teniendo derecho real alguno sobre la cosa, seria imposible en buena jurisprudencia que le compitiese otra accion que la personal procedente del pacto ó contrato, y esta tan solo contra el vendedor y sus herederos.

ferido el dominio, aunque yo lo haya hecho pensando que lo transferia y queriendo transferirlo; y esto es, en opinion de Pothier, lo que quiso significarse con las últimas palabras de la misma citada l. 17. §. 1. *Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere*: esto es, se perderá en este caso la posesion, la cual se transfiere cuando se da la cosa en precario, pero nó el dominio por la falta de título traslativo, por mas que el dueño haya creido perderlo, y en este concepto haya entregado la cosa real ó fingidamente: con lo cual quedan declaradas las diferencias que dejamos espuestas, esto es, la de que para perder el dominio no basta la mera voluntad, si no se entrega al mismo tiempo la cosa real ó fingidamente, y tambien la de que, aun habiendo voluntad y entrega, dejará de verificarse la traslacion, sea porque no exista un título traslativo, sea porque, existiendo, adolezca de nulidad. Otro ejemplo tenemos de lo mismo en la donacion hecha por el marido á la muger durante el matrimonio: por ella no se transfiere el dominio á pesar de la intencion que tiene el donante de perderlo, por ser aquel título nulo y prohibido por la ley, pero se transfiere la posesion, como está espresamente declarado en la l. 57. D. *de acquir. rer. dom.*, y l. 1. §. 10. D. *de vi et vi arm.*, por la razon de que para ese último efecto basta la voluntad de transferir acompañada de la tradicion. Asi se esplican perfectamente, en nuestro concepto, las dos citadas ll. 3. §. 6. y 17. §. 1. sin necesidad de admitir como principio absoluto el de que la posesion se pierda con el solo ánimo y sin necesidad de entregar la cosa, ni de constituirse detentador de ella en nombre de otro: lo cual nos conduciria tambien á otra consecuencia para nosotros igualmente inadmisible. El que ocupa una cosa con ánimo de poseerla y ha adquirido legalmente la posesion jurídica de ella, perderia necesariamente la posesion, por el solo hecho de haber formado propósito de dejar de poseer y aunque siguiese ocupando; lo cual no era lógico ni conveniente que las leyes lo establecieran, ni de hecho creemos lo hayan autorizado: no era conveniente porque tenderia á perturbar el órden público, que es el principal objeto de los derechos posesorios, y daria márgen á que se propasase cualquiera á vias de hecho, á pretesto de haberse manifestado el ánimo de perder la posesion; no lo han autorizado al parecer, por cuanto las palabras *possessio recedit ut quisque «constituit» nolle possidere*, no determinan un acto puramente negativo de mera voluntad, sino algo de positivo que se significa con el verbo *constituere*, esto es, el acto de *constituirse* poseedor en nombre de otro á quien se quiere transferir la posesion, ó el de *constituir* á este otro en poseedor jurídico si era un mero detentador en nombre y á utilidad del transferente; ni por último hubiera sido lógico el autorizarlo, supuesto que al poseedor que sigue voluntariamente ocupando la cosa, no puede suponérsele siquiera el ánimo verdadero y decidido de perder la posesion, aunque lo haya manifestado, mientras sus actos esten en contradiccion con sus manifestaciones: por manera que, sobre no ser conforme con los buenos principios, es ademas física y naturalmente imposible el que se pierda la posesion con la sola voluntad en el sentido que acabamos de indicar, porque imposible es que tenga la voluntad de no poseer el que, pudiendo dejar de ocupar, no lo verifica porque no quiere. Asi es que ni el mismo Savigny ha pretendido decididamente que esto se verificara; si bien se ha espresado en cierto pasage en estos notables y significativos términos: «La posesion» dice «se pierde, pues, por el *animus* solo, »siempre que en un momento dado el poseedor quiere renunciar á ella: pues en tal momento viene ya á ser radicalmente imposible »la reproduccion de la voluntad originaria por »la manifestacion contraria de la misma voluntad; y la consecuencia precisa de esta imposibilidad, como la de la imposibilidad física, es »la pérdida de la posesion. Despues de esto, si »perdida de ese modo la posesion, se decide »el poseedor á poseer de nuevo, este cambio »de voluntad dará lugar á lo mas á una nueva aprehension, toda vez que la posesion primitiva habrá cesado irrevocablemente.» (Parte 3ª §. 32. págs. 392. y 393.) Si con estas palabras ha querido el Sr. Savigny esponer los fundamentos de su opinion, no nos parece que sea exacto el raciocinio, ni la comparacion que hace entre la imposibilidad de reproducir la voluntad originaria de poseer una vez el poseedor ha renunciado á la posesion, y la imposibilidad de reproducir la accion física cuando se la ha interrumpido por una fuerza mayor. Esa fuerza que impide al poseedor el ocupar de nuevo la cosa cuando se ha separado de ella, en tanto decimos que imposibilita la reproduccion de la accion física, en cuanto existe independientemente de la voluntad y se sobrepone á ella. Pero ninguna semejanza vemos entre dicho impedimento ó fuerza mayor, y una simple y momentánea renuncia que á cada instante puede revocarse libremente, mientras el poseedor permanezca ocupando la cosa, sin que en este caso pueda encontrar obstáculo alguno físico ni moral ó legal que le impida producir su efecto. Mas si en el pasage citado ha entendido aquel escritor hacer una aplicacion del principio por él sentado, nos parece ser esta del todo estéril, y que no puede producir prác-

tica ni teóricamente resultado alguno. ¿Qué nos importa saber si ha perdido ó nó la posesion el que haya renunciado á ella sin desprenderse materialmente de la cosa, ya que de todos modos habemos de admitir que á cualquier momento podrá readquirirla por otro acto contrario y tambien instantáneo de su simple voluntad? Si en este estado y despues de manifestar que no quiere seguir poseyendo, ocupare otro la cosa todavía no abandonada ó desocupada, ó lo consentirá el primitivo poseedor y tanto valdrá decir que entonces habrá perdido la posesion por la concurrencia de su voluntad con el acto material de permitir que otro ocupe la cosa; ó bien se habrá resistido, y esta resistencia será equivalente á la manifestacion de la voluntad contraria, mediante la cual, segun Savigny, se vuelve á adquirir inmediatamente la posesion perdida. Todo estará, pues, reducido á averiguar lo que bajo cualquier aspecto considerado es de todo punto indiferente; es á saber, si el que haya renunciado á la posesion de una cosa sin dejar de ocuparla ni transferirla á otro, habrá dejado ó nó de poseer jurídicamente en el tiempo intermedio desde que hubiere formado el propósito de renunciar hasta que se hubiere materialmente desprendido de la cosa ú otro la hubiere ocupado: y decimos que semejante averiguacion ha de ser de todos modos estéril é indiferente, porque, como quiera que fuese, tampoco podríamos admitir la consecuencia de que la posesion que asi se hubiese perdido pudiese adquirirla para sí el primer ocupante, sin concurrir el consentimiento y voluntad del poseedor primitivo en el acto mismo de ocupársela y en fuerza de la anterior renuncia. Repetimos, pues, lo que antes hemos dicho: no creemos que el mismo Sr. de Savigny haya querido llevar la regla ó principio por él sentado hasta las consecuencias que acabamos de indicar, sin embargo de ser las que directa é indeclinablemente emanan de dicho principio absoluto: y por esto es que, segun dejamos dicho, al hacer aplicacion de él, se limita á decir que la tendrá en las traslaciones con pacto de *constituto*, en las que dejamos demostrado concurrir no solo la mera voluntad de perder la posesion, sino tambien la tradicion ó físico desprendimiento, aunque por una mera ficcion de derecho; y ademas en otros dos casos de que vamos á ocuparnos brevemente antes de dejar esta materia. El primero de ellos es el de haber dejado el poseedor de utilizarse de la cosa poseida durante algunos años, siendo aquella inmueble y de tal naturaleza, que fuese costumbre sacar provecho de la misma en ciertas y determinadas épocas del año. Esta simple omision arguye, segun el mismo escritor, la voluntad de dejar de poseer, porque, mientras sigue el poseedor ocupando la cosa, no puede presumirse que se haya olvidado de ella, (en cuyo caso no perderia la posesion); y por consiguiente debe decirse que ha formado la determinacion de renunciarla, sea cual fuere el motivo que le hubiere impulsado á ello, que podrá ser una simple negligencia, el querer emprender un viage importante ó cualquiera otra circunstancia semejante: pues no se debe atender á los motivos, sino á la determinacion misma. En este sentido esplica la l. 37. §. 1. D. *de usuc. et usurp. Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem: quæ vel «ex negligentia domini vacet» vel quia dominus sine successore decesserit, vel «longo tempore abfuerit:»* y añade que, pues estan equiparadas en este texto la *ausencia* del poseedor con la mera *negligencia* del mismo, y se declara que esta última, como la primera, puede dar lugar á que empiece una nueva posesion por parte del primer ocupante, luego por la sola negligencia se entiende perdida la posesion del que asi ha descuidado la cosa poseida; porque no siendo asi, no podria decirse la posesion vacante, ni admitirse que otro empezase á obtenerla. Pero tampoco nos parece que esta observacion sea enteramente exacta, á lo menos en el sentido en que la espone el Sr. de Savigny. El descuido ó negligencia del poseedor de una cosa inmueble (mayormente si es una finca rústica á las que indudablemente se refiere el texto citado) arguye desde luego el ánimo ó voluntad de perder la posesion y la conciencia de haberla perdido despues de algun tiempo que la cosa se haya asi descuidado. Mas no es el ánimo solo el que se la habrá hecho perder, sino el ánimo juntamente con el cuerpo ó la cesacion de la relacion física que se habrá interrumpido necesariamente en la suposicion de que ya no existia mas que la habitual, con la que se poseen por lo comun los predios rústicos, dado que no estan destinados por su naturaleza á que se les ocupe de continuo como los urbanos, ni prestan utilidad en cuanto son ocupados, sino en cuanto, mediante el cultivo ó la vigilancia, percibe el poseedor sus frutos: y asi, verificándose con ellos lo que en los *saltus hybernos et æstivos*, que tantas veces se ponen en las leyes por ejemplo, esto es, el ser poseidos *solo animo*, cuando este llegue á cesar ó se pueda presumir que ha cesado, como en el caso de un continuado descuido ó negligencia, por necesidad se habrá perdido la posesion, pues faltarán á la vez las dos condiciones precisas é indispensables para conservarla. Por lo demas, empero, en el caso de descuidar un poseedor el cultivo y percepcion de frutos de la finca ó heredad poseida, si persistiese no obstante, ocupándola actual ó habitualmente ó residiendo inmediato á las mis-

mas tierras descuidadas, no creemos que pudiese calificarse de perdida ó vacante la posesion, ni que esta haya sido la intencion de la citada l. 37. §. 1.; siendo consiguiente á esto que por la mera negligencia absolutamente hablando no se pierde la posesion, sino por la negligencia ó falta del *animus* sobrevenida en ocasion tal en que ya faltaba el *corpus* ó relacion física, y asi por la cesacion simultánea de entrambas condiciones — la corporal y la interna. — El otro caso en que pretende el señor de Savigny verificarse la aplicacion de su principio, es, dice, concerniente á la *rei vindicatio*: á cuyo propósito hé aqui cómo literalmente se espresa. «Es regla constante que »la accion vindicativa se intenta contra el po»seedor. Si, pues, es el poseedor mismo quien »revindica la cosa, parece renunciar por ello »á la posesion, de suerte que deberia negár»sele en lo sucesivo el interdicto *uti posside»tis*, cuando quisiese intentarlo. Sin embargo, »el derecho consagra formalmente lo contra»rio: *non denegatur ei interdictum qui cœpit »rem vindicare; non enim videtur possessioni »renuntiasse qui rem vindicavit*, l. 12. §. 1. »D. *de acquir. posses.*, y el motivo de esta »decision descansa únicamente sobre la inter»pretacion de que se trata. En efecto, el que »revindica una cosa, manifiesta con ello el de»seo que tiene de poseerla, y ya no cabe du»da de que desearia tener desde luego la po»sesion que el litigio debe asegurarle para »siempre, si esta posesion fuera compatible »con la calidad de demandante en el juicio de »revindicacion. Ahora, esto último es en rea»lidad incompatible; pero no hay necesidad »por eso de admitir que el actor haya renun»ciado voluntariamente á la posesion, porque »es muy posible que, siendo poseedor, igno»rase ó su posesion misma ó el principio en »que se funda esa incompatibilidad. Ahora, co»mo en ninguno de dichos dos casos que pue»den ocurrir habrá tenido ciertamente el po»seedor la intencion de renunciar á la pose»sion, nada habrá mediado, pues, que per»mita inducir con certeza la existencia de dicha »intencion; y en consecuencia ni la posesion »se habrá perdido, ni el interdicto *uti possi»detis* habrá dejado de ser admisible.» (Lugar antes citado, págs. 397. y 398.) Si no hemos comprendido mal el espíritu de este pasage, el argumento que ha querido hacer en él el Sr. de Savigny es el siguiente. Al que, poseyendo, ha intentado la accion vindicativa, la ley le concede, esto no obstante, el interdicto de retener, porque no presume que por el hecho de revindicar haya renunciado á la posesion: luego, si esta renuncia pudiese presumirse, la ley habria dejado de considerarle como poseedor y le habria negado el interdicto; y en consecuencia el derecho admite la pérdida de la posesion *solo animo*, ó sea por el hecho de renunciar á ella el poseedor, sin embargo de seguir ocupando. Pero á todo esto tenemos que observar en primer lugar que sí bien la ley antes citada habla indubitadamente del que ha revindicado, siendo poseedor, no es, empero, tan claro si ha entendido hablar asimismo del que ha revindicado poseyendo por sí mismo corporalmente, esto es, ocupando él en persona la cosa poseida, ó si por el contrario ha querido referirse al que ocupase por el ministerio de otro. El dueño de una cosa arrendada, que la posee sin embargo de estarla ocupando el arrendatario, porque este es quien la ocupa en nombre y como representante del mismo arrendador, puede tal vez equivocarse sobre la naturaleza de las relaciones que conserva con dicha cosa, y, creyendo que con el arriendo ha transmitido la posesion, puede intentar la accion vindicativa contra el colono renitente en lugar de la del contrato; ó contra un tercero que le perturbe, en lugar del interdicto; puede tambien hacerlo deliberadamente por creer con mas ó menos acierto que dicha accion vindicativa le ha de ser mas ventajosa ó mas fácil de probar. Pero el que posee la cosa y la ocupa de hecho material y *esclusivamente*, no vemos cómo podrá equivocarse respecto de su posesion actual que en tal caso es un acto suyo propio; y mucho menos cómo podrá creer que le convenga intentar la accion vindicativa. Comprendemos sí que entable en semejante caso una demanda de jactancias contra el que le perturbe, ó se titule dueño ó poseedor; pero nó que vaya á pedir la restitucion de la cosa—único objeto que puede proponerse revindicando; — porque fuera una locura pedir que se me restituya lo que ya tengo en mi poder. Si, pues, la citada l. 12. §. 1. no ha podido referirse al caso en que el poseedor revindicante ocupe la cosa por sí mismo material y *esclusivamente*, sino al caso en que sea aquel un poseedor meramente civil ó jurídico de aquellos de quienes se dice que poseen *solo animo*, ó al de que, á mas del mismo poseedor, haya otro que mas ó menos atentatoriamente verifique actos materiales y posesorios respecto de la cosa, nada tiene de particular que se haya declarado no perderse la posesion por el solo hecho de revindicar, y que se haya fundado esta declaracion en la no existencia de la renuncia; por cuanto, si efectivamente la posesion se hubiese renunciado, habríala perdido por necesidad el que la conservaba *solo animo* desde el instante en que, cesando este último, habrian venido á faltar juntamente con el *corpus* ó relacion física que estaba ya ejercida por el ministerio de terce-

ra persona, ó interrumpida y puesta en duda por haber dejado de ser *esclusiva*. Cuyacio, en el lib. 7. *observationum et emendationum*, cap. 38., dice á propósito de la ley antes citada que, «en su concepto, puede accionarse simultáneamente para retener la posesion y para revindicar, *si modo non constet actorem possidere*: porque á aquel que notoriamente posee no le compete la accion vindicativa, pudiendo intentar tan solo el interdicto; y asi únicamente cuando sea incierta la posesion ó se dude cuál de los contrincantes es el poseedor, podrán entablarse á la vez el interdicto *uti possidetis ó utrubi*, y la accion *in rem* especial: en cuyo caso corresponderá al juez dividir las dos demandas ó conocer de entrambas cumulativamente: lo cual puede hacer si quiere, asi como puede conocer á un tiempo de una causa civil y criminal. Y asi, concluye, aunque haya yo intentado la accion vindicativa como si no poseyese, ¿quién me impedirá el abandonar esa demanda y entablar el interdicto, una vez haya llegado á tener mas exacto conocimiento de mi derecho?» Y este es, segun él, el espíritu de la citada l. 12. §. 1. Del mismo modo estan conformes todos los jurisconsultos en que los interdictos *retinendæ* tienen propiamente lugar, cuando de hecho no hay un poseedor decididamente reconocido como tal, sino que entre los dos que pretenden la cosa se ha promovido la previa cuestion de hecho sobre quién de ellos es el que posee en realidad, sosteniendo cada uno *se magis possidere*, l. 1. §. 3. D. *uti possidetis*; de suerte que, al discurrir sobre este punto, hasta se ha llegado á observar que, en cierto sentido, podia dejar de tener lugar la regla ó principio de «no poder poseer dos *in solidum* la misma cosa» toda vez que se verifica frecuentemente (y este es un hecho reconocido por las leyes) el que posea uno naturalmente lo que otro civilmente posee, ó el concurrir dos particulares en la misma posesion, el uno justa é injustamente el otro. l. 3. pr. D. *uti possidetis*, y l. 6. §. 1. D. *de acquir. posses.* Siendo, pues, esto asi, es visto que los interdictos de retener se refieren naturalmente al caso en que de hecho haya duda sobre quién es el poseedor, ya porque el uno pretenda la posesion meramente civil, y el otro ocupe materialmente la cosa y se titule poseedor jurídico, ya tambien porque entrambos contendientes verifiquen actos de poseedor que respectivamente califiquen de perturbaciones. Como quiera que sea de esto, siempre el poseedor que habrá intentado la accion vindicativa será ó el que posee *solo animo* y por el ministerio corporal de otro ó solo con la ocupacion habitual como el *profectus ad nundinas*, de la l. 6. §. 1. D. *de acquir. poss.*, ó bien el que, poseyendo y ocupando materialmente por sí, no ha podido impedir que otro se entrometiese en la cosa poseida y verificase actos de poseedor con la intencion de titularse tal: siempre, pues, habrán llegado las cosas á un estado en que una de las dos condiciones de la posesion—la corporal—estará del todo interrumpida, ó á lo menos, por los actos perturbatorios, habrá dejado de ser indubitada ó *esclusiva*: y en consecuencia, al declararse en las leyes que el poseedor no deja de serlo por el hecho de revindicar la cosa poseida, y al fundarse esta declaracion en que la revindicacion no importa una renuncia de la posesion, han podido significar, si se quiere, que, mediando aquella renuncia, la posesion se habria perdido, mas nó que hubiese podido perdérsela *solo animo*; antes bien, á tenor de lo espuesto, debemos decir que, en la hipótesis del Sr. de Savigny, si no se conservase, como realmente se conserva, la posesion, se la perderia *animo simul et corpore*, esto es, en fuerza de la renuncia sobrevenida despues del hecho de haber cesado ó de haberse interrumpido la relacion física ó corporal, sea por haber ocupado la cosa un tercero en su nombre, ó por haber algun intruso perpetrado actos posesorios y perturbativos.

Por lo demas, y á propósito de la propia especie contenida en la l. 12. §. 1. de que nos estamos ocupando, observamos que, al espositar el pasage de la misma en que se declara no deber entenderse renunciada la posesion por el hecho de haberse revindicado la cosa poseida, si bien la mayoría de los intérpretes fundan aquella doctrina en que puede haberse intentado la revindicacion por error de derecho y por ignorar el poseedor la incompatibilidad de dicha calidad con la de demandante en el juicio de vindicacion, pero el Sr. de Savigny admite muy espresamente las dos suposiciones de que se la haya intentado ignorando ó aquella incompatibilidad legal ó el hecho de la posesion misma: con lo cual presupone necesariamente la posibilidad de que *uno posea jurídicamente, ignorando de hecho que posee.* Ahora, mucho nos engañamos, ó esa suposicion, cierta por otra parte y autorizada por las leyes, no puede absolutamente conciliarse con la regla establecida por el mismo Savigny de que para conservarse la posesion son igualmente necesarios el ánimo y el cuerpo, de modo que no pueda la misma conservarse llegando á faltar una sola de aquellas dos indispensables condiciones. En efecto, el que ignora que está poseyendo, ya ocupe la cosa por sí mismo, ya por el ministerio de otro, no puede tener el ánimo de poseer: y sin embargo de esto le considera Savigny en

la clase de verdadero y jurídico poseedor, en tanto que reconoce ser aplicable al mismo la especie de d. l. 12. y le concede el interdicto *uti possidetis*, aunque haya revindicado la cosa, ignorando de hecho su posesion. ¿Cómo, pues, se habrá verificado aquí el que se haya conservado esa posesion faltando, como faltaba, el *animus possidendi?* No ignoramos que, al sentar dicho escritor que la posesion se pierde cesando la reunion del *corpus* y el *animus*, añade que no basta para perderla la mera cesacion negativa de alguna de aquellas condiciones, sino que es menester un acto positivo físico ó intelectual contrario á aquel que ha sido en el mismo órden indispensable para adquirir; y asi que el *animus in contrarium* no se reduce á la simple ausencia de la voluntad de poseer, antes se requiere para que aquel exista, el ánimo deliberado de no poseer. En este mismo sentido verdaderamente lo entienden las leyes, y como una consecuencia de ello declaran que un furioso ó un pupilo no pueden perder por sí la posesion, atendida su falta de *animus* ó deliberada intencion; porque, si bien son incapaces de tenerla y no la tienen en realidad actualmente para seguir poseyendo, pero tampoco pueden formar la intencion ó adquirir la conciencia de dejar de poseer; *licet, enim desinat habere animum possidendi, non tamen habet animum non possidendi.* Insiguiendo esta teoría podria parecer, á primera vista, conciliable con los principios de Savigny la posesion que el mismo admite ignorada por el poseedor: supuesto que, podrá decirse, mientras el poseedor no haya tenido la intencion de renunciar, faltará el *animus in contrarium actus*, y aunque habrá cesado el *animus possidendi*, no habrá mediado el *animus non possidendi*, necesario, segun él, para perder la posesion. Pero este raciocinio, que seria exacto si pudiese tomarse el *animus possidendi vel non possidendi* por sinónimo de *voluntad* ó *deseo* de poseer ó no poseer, dejará de serlo, si se considera, como lo demostrarémos despues cumplidamente, que el *animus* no es la *voluntad*, sino la simple *conciencia* ó íntimo conocimiento que cada uno tiene de adquirir, conservar, ó perder la posesion. Es bien sabido que *ignoranti non adquiritur possessio*; de donde se infiere que, si bien puede uno poseer sin saber que posea, pero ó no poseerá verdaderamente, ó habrá sabido en algun momento que ha adquirido la posesion, aunque ignorare despues si la conserva ó creyere haberla perdido. Ahora, esa creencia equivocada de haberse interrumpido la posesion adquirida habrá debido fundarse forzosamente en algun hecho real y positivo, y conocido del poseedor que haya dado lugar á ella: de lo contrario, mas que una ignorancia verdadera, tendríamos un simple olvido, lo que fuera esencialmente distinto: y asi, al admitir la posibilidad de que exista un poseedor jurídico ignorando que lo sea, ó, lo que es lo mismo, creyendo que ha dejado de serlo, debemos concluir, 1º que esto podrá realizarse solamente cuando dicho poseedor, aunque ignorante de su posesion jurídica, esté ocupando por sí y materialmente la cosa poseida; 2º que esta posibilidad no puede conciliarse con los principios sentados por el Sr. de Savigny. Decimos que esto podrá realizarse tan solo cuando el poseedor esté ocupando por sí la cosa; porque si á la falta de ocupacion corporal se hubiese agregado la ignorancia ó conciencia positiva, aunque equivocada, de no poseer, estaria irremisiblemente perdida la posesion: y añadimos que la espresada posibilidad es incompatible con el principio de Savigny, porque en la suposicion demostrada de que la ignorancia importa necesariamente la conciencia ó el *animus non possidendi*, ó debe admitirse la consecuencia de que *no puede poseer el que ignore que posea*, ó es forzoso confesar que con el *corpus* solo se conserva la posesion, aun cuando falte la conciencia de poseer ó haya llegado á verificarse el *animus in contrarium actus.*

Hemos sentado antes como cierto, y nos hemos comprometido á demostrarlo, que el *animus possidendi vel non possidendi* no es, legalmente hablando, sinónimo del *deseo* ó *voluntad* de poseer ó no poseer: sino que equivale á la *conciencia* ó conocimiento íntimo de haber adquirido, de conservar ó de haber perdido la posesion: y debemos insistir con doble motivo en la anunciada demostracion de este aserto, ya por fundarse en él la última observacion que dejamos hecha sobre las doctrinas de Savigny, ya tambien y principalmente para prevenir un argumento que podria hacerse contra las que nosotros hemos propuesto y sostenido, y que no dejaria de tener alguna fuerza, si no estuviese bien conocido y determinado el sentido en que las leyes toman el *animus psosidendi*, cuando dicen ser este otra de las condiciones necesarias para adquirir y perder la posesion. Es bien sabido que esta se pierde muchas veces, no solo sin que concurra nuestra voluntad, sino aun á pesar nuestro: de donde se sigue que si el *animus* equivaliese á la *voluntad* ó al *deseo* de poseer, se perderia la posesion en los espresados casos *solo corpore* y sin el *utroque in contrarium actu*: lo cual, sin embargo, no es asi, ni nadie que sepamos lo ha pretendido, incluso el mismo Sr. de Savigny. Está este conforme con los demas jurisconsultos, como no podia menos de estarlo, en que, á lo menos para adquirir la

posesion es absolutamente indispensable la concurrencia del *animus* y el *corpus*; de modo que faltando uno ú otro de los dos no puede aquella adquirirse; y no obstante está fuera asimismo de cuestion el que la *voluntad ó deseo* de poseer, aunque concurra con la material *aprehension* de la cosa no es bastante para adquirir la posesion, si el que trata de adquirirla no tiene al propio tiempo la conciencia y convencimiento íntimo de haberla legalmente adquirido. El arrendatario ó colono que ha aprehendido y ocupa materialmente el predio arrendado lo posee verdaderamente con el *corpus*, y le falta tan solo el *animus possidendi* para constituirse en la clase de poseedor jurídico: supóngase que le ha entrado el deseo ó voluntad de usurpar al dueño arrendador la posesion que por su ministerio obtiene, y de resistirse al desocupo del predio, cuando aquel le requiriere para ello. Es evidente que, desde el momento en que haya formado ese propósito, podrá decirse de él que *ocupa* y *quiere* poseer. ¿Habrá, empero, adquirido, por este solo hecho, la posesion? De ninguna manera: pues, aunque en realidad desea y se propone adquirirla, pero sabe y debe saber que no la ha adquirido todavía, toda vez que no ha verificado aun ese acto de resistencia que se ha propuesto verificar. Por esto, hasta que se haya resistido, no se le concede el interdicto *unde vi*, aunque haya sido espelido á la fuerza de la cosa arrendada, ll. 12. y 18. D. *de vi et vi armat.*, porque hasta entonces no ha interrumpido la posesion del dueño ó arrendador y por consiguiente tampoco él la ha adquirido. Lo propio se verifica respecto del colono que compra la cosa arrendada al dueño y poseedor de ella. Una vez la ha comprado ya y está perfeccionado el contrato, ¿puede dudarse que desea y se propone poseerla? Y sin embargo que corporalmente la ocupa, no la poseerá hasta que la haya desocupado y el dueño se la entregare, ó que estos actos se hayan fingido por medio del pacto del *constituto.* No basta, pues, la aprehension y la *voluntad*, sino que deben reunirse la aprehension y el *ánimo* ó *conciencia* de que se ha aprehendido ó se ocupa la cosa mediante los términos hábiles para poseerla. No puede ser mas indubitado el deseo ó intencion que tiene de poseer el que, en ausencia del poseedor legítimo, ocupa clandestinamente la cosa por este poseida y con el propósito de usurparla: y á pesar de esto hemos visto que tampoco adquiere la posesion hasta tanto que la usurpacion haya llegado á noticia de dicho poseedor, y este se haya resignado á ella ó tratado inútilmente de hacerla desaparecer por medio de la fuerza. Por lo que hace á las cosas muebles está, si cabe, mas espresamente declarado todavía que no basta para empezar á poseerlas la aprehension ó detentacion de las mismas junto con el deseo ó propósito de adquirir su posesion: así ni el depositario ni el comodatario se constituyen verdaderos y jurídicos poseedores por el mero hecho de proponérselo, ni aun por el de negar el depósito ó comodato, sino hasta tanto que han ocultado ó *contrectado* la cosa por los mismos detentada, porque hasta entonces no tienen ni pueden tener conciencia de haber llegado á poseer; y aun mediando aquella circunstancia, es necesario tambien que la ocultacion ó contrectacion la hayan verificado con el intento de hacerse poseedores, pues de nada les serviria si se propusieran únicamente retardar la devolucion, bajo algun pretesto que no alterase su calidad de meros detentadores, como si tratasen de retenerla en garantía de los gastos hechos en la cosa comodada ó depositada. *Is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur: sed ita si intercipiendi causâ occultaverit.* l. 1. §. 2. D. *de furt. Infitiando depositum, nemo facit furtum; nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem ejus apiscatur intervertendi causâ facit furtum. Nec refert, in digito habeat annulum, an dactyliotheca, quem cum deposito teneret, haberé pro suo. destinaverit.* l. 67. pr. D. d. tit. *Si rem apud te depositam furti faciendi causâ contrectaveris, desino possidere: sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Casius rectè responderunt possessorem me manere: quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur;* l. 3. §. 18. D. *de acquir. poss. Si quis rem quam utendam dederat, vendiderit, emptorique tradi jusserit, nec ille tradiderit; alias videtur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim si alia quæpiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi? non utique ejus rei possessionem interverteret.* l. 20. D. d. tit. La posesion, como dice bellamente el propio Sr. de Savigny, es un simple *hecho* en su esencia, y un *derecho* por sus efectos y resultados: un *hecho* en la idea primitiva y originaria que tenemos de la misma, pero al cual se refieren ciertas consecuencias de derecho: *res facti, non juris est* l. 1. §. 3. D. *de acquir. poss.*, de donde se infiere que, en materia de posesion, todos los principios y teorías legales deben descansar, como en efecto descansan, sobre simples hechos, cuyos efectos pueden las leyes declarar y regularizar, pero no impedir que existan, ni cambiar su naturaleza, porque *res facti infirmari jure civili non potest*: así como tampoco cabe el

que la ley les haga existir, cuando en realidad no se hayan verificado. Ahora, un hecho es y perteneciente al órden físico y material la aprehension de las cosas y la ocupacion ó detentacion continuada de las mismas: un hecho es tambien (y, aunque perteneciente al órden moral ó intelectual, no deja de serlo) la conciencia ó íntimo conocimiento que cada uno tiene de reunir ó nó las condiciones necesarias para poseer una cosa determinada, de ejercer ó nó la relacion física sobre la misma, y de hallarse en la posibilidad ó imposibilidad de reproducir sobre ella la accion de la voluntad. Al que por sí ó por otro, actual ó habitualmente ocupa ó detenta una cosa, no puede la ley hacer en aquel momento dado que deje de ocuparla ó detentarla del modo que la está detentando ú ocupando, ni al contrario. Al que cree ó sabe que ejerce la relacion física sobre una cosa, y que está en la posibilidad de reproducir sobre ella la accion de su voluntad, no puede la ley hacer que en aquel momento mismo lo ignore ó deje de creerlo, ni al contrario. Por esto, aunque para adquirir la posesion es indispensable el querer adquirirla, no basta, empero, la *voluntad*, si al mismo tiempo no es acompañada de los hechos y de la conciencia de haberlos realizado: y por esto tambien, aunque las leyes protegen y deben proteger al poseedor, no pueden hacer ni han hecho mas que declararle el derecho de *recuperar* la posesion perdida, pero de ninguna manera conservársela en realidad, ni hacer que no la haya perdido, cuando otro haya llegado á usurpársela. El que ocupa á la fuerza un predio, ó, habiéndolo ocupado clandestinamente, no es espelido incontinenti por el poseedor primitivo, adquiere la posesion de un modo ilícito y reprobado por la ley, pero la adquiere al fin; porque ha llegado á reunir las dos condiciones suficientes para ello, el *corpus* y el *animus;* esto es, nó la aprehension corporal y la *voluntad* de poseer, sino la aprehension ó relacion física y la íntima *conciencia* de que ya no tiene competidor de hecho en el ejercicio de aquella. El usurpador violento no poseerá, hasta que, en el terreno de la fuerza, hubiere vencido definitivamente al legítimo poseedor: el usurpador clandestino hasta que aquel haya desistido tambien de hacer uso de la fuerza con conocimiento de causa, y asi hasta que haya tenido noticia de la usurpacion y tiempo para impedirla de hecho, si hubiese querido. Verdaderamente por mucho que se resista el poseedor primitivo á consentir el que se le desposea, por mucho que desee seguir poseyendo, ha de venir un momento infaliblemente en que se reconozca vencido en el órden de los hechos y adquiera la conviccion de que por sí solo ya no puede sobreponerse á ellos: y tan luego como esto se verifique habrá perdido sin remedio la posesion *corpore et animo*, nó por la *voluntad* contraria, sino por la contraria *conciencia* unida á la interrupcion de la relacion física. Mientras él no la perdiere, no habrá podido el usurpador adquirirla; porque tampoco á este último le basta la voluntad, sino el íntimo conocimiento de haber logrado la esclusiva ocupacion: mas una vez haya llegado á tenerlo, será ya un verdadero y jurídico poseedor, y si bien no le darán las leyes, (porque esto seria inmoral é inicuo) el *derecho de poseer* respecto del desposeido, pero la *posesion* actual y jurídica que es un *hecho*, no se la negarán, ni podrán negarle que la tenga: bien lejos de esto, le darán á su vez el *derecho* de pedir que aquella *posesion* sea respetada y protegida, tambien en el terreno de los hechos, por medio del correspondiente interdicto, que hasta compete á aquellos *qui vi, clam vel precario possident*. §. 6. Inst. *de interd.*

En este sentido creemos nosotros que debe entenderse el *animus possidendi vel non possidendi*, y en el mismo hemos sostenido, separándonos en esta parte de las doctrinas de Savigny, que dicho *animus* lo mismo que el *corpus*, asi como son necesarios é indispensables para adquirir la posesion, lo son igualmente para perderla: ó, en otros términos, que la falta ó cesacion aislada de cualquiera de los dos no hace que deje de poseer el que estuviese poseyendo; sino que con el *animus* solo se conserva la posesion adquirida, aunque haya llegado á faltar la relacion física; y tambien, con el *corpus* solo, aunque haya llegado á faltar el ánimo ó conciencia, si es que esto último sea posible, ya que, segun hemos tenido ocasion de demostrarlo, el que, poseyendo jurídicamente una cosa, ha consentido en seguirla ocupando en nombre de otro, es lo mismo que si ya no la ocupase; y el que voluntariamente sigue ocupando la cosa de que es poseedor, no tiene verdadera voluntad y mucho menos conciencia de dejar de serlo, aunque asi lo haya manifestado: por cuales razones y demas que llevamos espuestas, nos afirmamos en la opinion de que deben tomarse en su recto y natural significado las palabras *utrumque in contrarium actum* de las transcritas ll. 8. y 153. D. *de acquir. poss.* y *de regul. jur.;* de todo lo que concluirémos que no se hizo mas que ratificar lo que por derecho comun estaba decididamente establecido, al declararse en esta nuestra ley de Partida, que « despues que ha ome ganado la tenencia de una cosa, *siempre se entiende que es poseedor de ella, quier la tenga corporalmente, quier non, fasta que la desampare*

via non la tenga corporalmente la cosa, siempre puede ser tenedor della en su voluntad (36). E non tan solamente se entiende, que es ome tenedor de la cosa por si mismo despues que es apoderado; mas aun lo es por su Personero (b), o por su labrador (37), o por su amigo, o por su huesped, o por su fijo, o por su sieruo, o por qualquier destos que la tengan, e vsen della en su nombre.

(b) o por su palabra, o por su amigo B. R. 2. Esc. 4.

LEY 13. *Como el señor de la cosa non pierde la tenencia della por la desamparar el que la tuuiesse arrendada.*

Desamparando (38) algun ome maliciosamente la cosa (39), que tuuiesse arrendada, o

» *con voluntad de la non auer*: » lo que equivale á decir que « la posesion una vez adqui» rida no puede absolutamente perderse sino » concurriendo los dos actos contrarios—el corporal y el interno. »

(36) Añad. l. 6. §. 1. D. *de adquir. poss.*, y V. Ang. allí donde trata de si procederá tambien lo dispuesto en esta ley respecto del que obtenga la mera detentacion, de modo que, saliendo del fundo detentado, la retenga todavía con el solo ánimo ó voluntad: y se decide por la negativa.

(37) Añad. l. 9. D. *de adquir. poss.*, y V. la l. prox. sig.

(38) Conc. l. ult. C. *de adquir. poss.*, y la glos. y Juan allí; aprobándose en esta nuestra ley la opinion de este último: y añad. l. 3. §. 8. vers. *quod si servus*, D. *de adquir. poss.*, y l. 44. §. 2. D. d. tit. Téngase, pues, presente lo establecido aqui; pues consta por ello que el dueño de la cosa ni aun la posesion natural habrá perdido, por mas que la haya desamparado su colono ó arrendatario; contra lo que sostenian Bart. y los DD. comunmente á la l. 4. §. 1. D. d. tit. Pero lo dicho debe entenderse en el caso de haber el arrendatario abandonado la posesion proditoriamente y con ánimo de que otro la ocupase, como se declara en esta ley: pues, no haciéndolo asi, sino con la simple intencion de desamparar la posesion, tal vez procederia la opinion comun, esto es, la de perderse solo para el dueño la posesion natural y nó la civil, aunque otro hubiese pasado á ocupar la cosa, toda vez que nuestra ley habla únicamente del arrendatario que obrare proditoriamente. Bien es verdad, sin embargo, que d. l. ult. C. con la cual concuerda la presente habla tambien del caso en que no haya ese ánimo proditorio, y dice que nunca se seguirá al dueño perjuicio alguno del abandono del arrendatario: y es cierto asimismo que si suponemos perdida para aquel la posesion natural, se le seguirá á lo menos el perjuicio de ser vejado con los litigios que tal vez se promuevan, segun espresa Alex. á la l. 31. D. d. tit.; mas, supuesto que nuestra ley no ha hablado mas que de uno de dichos casos, quizás deberíamos atenernos á la opinion comun: lo que es digno de mas detenida reflexion, pues en realidad son muchos los DD. antiguos y modernos, citados por Alex. á d. l. 31. que han sostenido no perderse para el dueño ni aun la posesion natural, cuando el arrendatario abandona la cosa arrendada, pero no lo hace proditoriamente: opinion que sigue tambien d. Alex. allí, y tiene su apoyo en lo declarado en la citada l. ult. C. ¿Qué deberá decirse, empero, cuando el colono sin abandonar la posesion haya reconocido el derecho de percibir los frutos á otro que el dueño arrendador? ¿Perderá este tambien en dicho caso la posesion? V. á Bald. á la l. 5. C. d. tit. donde se decide por la afirmativa y pretende que se constituye poseedor á aquel á quien se ha hecho el reconocimiento: y lo mismo sostiene Ang. allí, alegando lo anotado por Inoc. al cap. *cum venissent*, *de in integr. restit.*; cuyas doctrinas, empero, califica de singulares Alex. á la l. 32. §. 1. D. d. tit. queriendo que á lo menos respecto de las cosas corporales no podrán tener aplicacion; y que antes bien, por mas que el colono reconozca á favor de otro el derecho de percibir los frutos, si lo sabe el dueño y primitivo poseedor, no quedará privado de su posesion, á menos que tema ó sospeche que podrá ser repelido: y lo funda en d. l. 32. §. 1. Pero la especie contenida en d. l. no prueba la opinion de Alex. por hablarse en ella del arrendatario que ha vendido el predio arrendado, lo ha tomado en arriendo del nuevo comprador y ha seguido pagando el precio ó merced del arriendo á este y al dueño primitivo; en cuyo caso no hay verdaderamente motivo para considerar privado de la posesion al que legítimamente la obtenia, puesto que se ha continuado pagándole el arriendo, aunque se le haya pagado tambien á otro. Mas los citados Ang. y Bald. no se refieren á d. caso, sino al en que, dejando de pagar la merced al dueño primitivo, haya empezado el colono á pagarla á otro: lo que debe notarse bien, y V. sobre esto lo que dice Rodrigo Suarez en su repeticion á la l. 56. D. *de re judic.*, y repet. á la l. 32. C. *de inoff. test.*, fol. 131. col. 1. y 2.

(39) Aunque sea mueble, segun la l. ult. C. *de adquir. posses.*, [en la cual se usa la palabra *cujuscumque rei.*]: lo que es muy digno

alogada, porque otro alguno se apoderasse della; tal engaño como este non le empece al señor de la cosa, nin pierde porende la tenencia della (40): ante dezimos, que todo quanto daño, o menoscabo le viniesse por tal razon como esta, que seria tenudo de gelo emendar aquel a quien auia alogada, o arrendada (41) la cosa. Mas si el que tuuiesse la cosa arrendada, o alogada, metiesse a otro (42) en tenencia della, con intencion que la perdiesse el señor, o lo echassen (43) a el della por fuerça; en qualquier destos dos casos pierde el señor la tenencia que auia en la cosa, como quier que non pierde el señorio; e non la puede (44) el despues entrar por si mismo, nin echar al otro della. Empero puedese querellar al Judgador del lugar, de aquel a quien el arrendo la cosa, o la alogo, si el apodero della a otro, que le torne la cosa con todos los daños, e los menoscabos que le vinieren por esta razon; e del forçador que la forço, quel faga emienda porende, segund mandan las leyes (45) deste nuestro libro.

LEY 14. *En quantas maneras ome pierde tenencia de las cosas.*

Bien assi como son ciertas maneras, por que los omes ganan tenencias de las cosas; assi son otros casos ciertos, por que las pueden perder, despues que las ouieren ganadas. E son estos. El primero es, por auenidas de rios, o por acrescimiento de mar, que se apoderassen de la cosa de que alguno fuesse tenedor, de manera que la cobriesse toda (46), assi que el, nin otro por el non pudiesse fincar en la te-

de notarse á propósito de la limitacion que respecto de las cosas muebles y á la pérdida de la posesion de las mismas se lee en la l. 47. D. d. tit. segun Ang. á d. l. ult.

(40) Entiéndase esto, á tenor de lo dicho en la nota 37.; si, empero, el colono hubiese salido del predio voluntariamente, y sin dolo ni intencion de dejar desierta la posesion, ó abandonado su cultivo, no dejaria el dueño siquiera de poseer naturalmente, segun la l. 31. D. *de acquir. poss.*; á diferencia del caso en que saliese el colono con dicha intencion; pues entonces perderia el dueño la posesion natural, tan luego como el predio fuese ocupado por otro, l. 6. pr. y §. 1. D. d. tit., bien que conservaria siempre la civil, y por lo tanto podria recobrar la natural valiéndose al efecto de la fuerza, con tal que no hubiese llegado á abstenerse una vez de ello, por temor de ser repelido: y mientras nadie hubiese ocupado la cosa conservaria hasta la posesion natural, como se declara en d. l. ult. C. d. tit. y en la presente de Partª

(41) Otra cosa seria, si aquel que abandonase proditoriamente la posesion ó fuese espelido de ella, la obtuviese [aunque sin ser dueño] nó en nombre ageno, sino en el propio, como la obtiene el usufructuario que posee naturalmente para sí; pues en tal caso nunca perderia el dueño la posesion civil, por no fundarse esta en la natural del usufructuario, aunque este la transfiera á otro ó haya sido espelido á la fuerza: á diferencia de lo que sucede con los que poseen ó detentan en nombre de otro, por fundarse en esta misma posesion natural, la civil que obtienen los dueños respectivos, segun Odofr. á d. l. ult. y Abb. al cap. 12. col. 6. *de restit. spol.*, de modo que en el caso de entregarse á alguno la posesion por un mero detentador bajo la condicion, *si pluguiere al dueño*, no perderia este la civil, d. cap. 12. y V. Socin. regl. 297. y Alex. á la l. 44. §. 2. D. d. tit.

(42) Esto es, entregándose la posesion real y corporalmente y nó por medio de actos fingidos, como en el constituto á que se refiere la l. 32. §. 1. D. *de adquir. poss.*, y allí Bart.; verificándose lo cual pierde el dueño la posesion natural y civil, segun nuestra ley aqui, y esta es la opinion mas comunmente adoptada, atendido el derecho comun, segun Abb. cap. 12. col. 5. *de rest. spol.*

(43) En este caso pierde el dueño la posesion natural y civil, l. 1. §§. 9. y 22. D. *de vi et vi arm.*, y lo mismo se declara aqui; pudiendo verse la razon de ello en Bart. á d. l. 44. §. 2. D. *de adquir. poss.*: Si, empero, fuese el dueño el espelido, y nó el colono, no pierde el primero la posesion, [porque la conservaria todavía por el ministerio de dicho colono] segun la l. 1. §. 45. D. *de vi et vi arm.*

(44) Podria sin embargo accionar en este caso por medio de la condiccion *ex lege*, para recobrar la posesion, segun la l. ult. C. *de adquir. poss.*, y aun la podria recobrar incontinenti, si aquel á quien la entregó el colono, sabia que pertenecia á otro, segun Abb. en el cap. 12. col. 5. *de rest. spol.*

(45) V. l. 18. tit. 8. Part. 5. y l. 34. C. *locat.*

(46) Conc. l. 12. §. ult. D. *de reb. auct. jud. poss.*, y l. 30. §. 3. D. *de adquir. poss.*, donde Alex. dice, ser esto muy útil para interrumpir la prescripcion respecto de los campos inmediatos á los rios: añad. l. 3. §. 17. D. *de acquir. poss.*, y V. á Alex. allí en donde trae algunas aclaraciones y limitaciones sobre lo que acaba de decirse.

nencia. El segundo es, si la cosa de que ouiere la tenencia, fuere mueble, e cayesse en la mar (47), o en algun rio. Empero, como quier que pierde la tenencia por alguna destas dos maneras sobredichas, en saluo le finca el señorio al que la pierde, para poderla demandar a quien quier que la falle. El tercero caso es; quando alguno sotierra (48), o consiente soterrar a algund ome en el lugar de que era tenedor, con entencion que finque y soterrado para siempre. Ca por tal soterramiento fazese luego aquel lugar religioso, e pierde porende la tenencia aquel cuyo era. E esto es, porque de ningun lugar religioso, nin santo, nin sagrado, non puede ningun ome auer possession, assi como de las otras cosas.

LEY 15. *Como deuen fazer a la casa que se quiere caer, e los vezinos se temen della.*

Casa (49), o torre, o otro edificio auiendo algund ome, que se quisiesse derribar, e los vezinos, temiendose de recebir daño de aquel lugar, le fiziessen afruenta, que lo derribasse, o lo endereçasse, o que diesse fiadores para endereçar el daño que de aquel lugar viniesse; si este cuyo fuesse non lo quisiesse fazer, e por razon de su rebeldia fuessen los vezinos apoderados de aquel edificio por el Judgador, por tal apoderamiento como este, pierde la tenencia aquel cuyo era el edificio, si durare en la rebeldia.

LEY 16. *Como los aforrados pierden la tenencia de las sus cosas, si caen en catiuo otra vez.*

Aforran los omes a las vegadas sus sieruos, e contece, que despues que los han afforrados, que ganan tenencia de algunas cosas; (c) de guisa, que contece que fazen tales yerros contra sus señores, por que los han tornar a seruidumbre, o catiuan a otra parte andando por libres. E porende dezimos, que estos atales pierden la tenencia de las cosas que ante auian. Ca pues que ellos son tornados sieruos, e non han poder de si mismos, non pueden auer tenencia (50) en las otras cosas.

LEY 17. *En quantas maneras se pierde la tenencia de las cosas que son rayz.*

En perder tenencia de las cosas, ha departimiento entre las que son muebles, e las que son rayz. Ca si ome es tenedor de alguna cosa que sea rayz, non pierde la tenencia della, si non por vna destas tres maneras. La primera es, si lo echan della por fuerça (51). La segunda es, si la entra (52) otro alguno non estando el delante, e quando viene despues, non lo reciben dentro en ella (53). La tercera

(c) de guisa que enlozanecen et facen tales yerros contra etc. Acad. de guisa que enloquecen et facen tales yerros etc. B. K. 2. Esc. 4.

(47) Conc. l. 13. princ. D. *de acquir. poss.*, y añad. l. 3. §. 13. D. d. tit.

(48) Conc. l. 30. §. 1. D. d. tit.

(49) Conc. l. 30. §. 2. D. *de acquir. poss.*, pero entiéndase esto en el caso de apoderarse á los acreedores en virtud del segundo decreto: pues de lo contrario obstaria á lo dispuesto aqui la l. 10. D. d. tit.; siendo de notar, que el juez puede privar á uno de la posesion, y concederla á otro; á no ser que sea un tercero el poseedor, y nó aquel contra quien el mismo juez está procediendo, segun Ang. y Alex. allí.

(50) Conc. l. 30. §. 3. D. *de acquir. poss.*

(51) Conc. l. 1. §. 24. D. *de vi et vi arm.*, y l. 25. §. ult. D. *de acquir. poss.*, y entiéndase, en el caso de que el dueño despojado lo haya sido mientras estaba poseyendo por sí mismo, y nó por medio de sus siervos ó colonos; pues de lo contrario se requeriria que estos hubiesen sido tambien espelidos de la cosa, segun la l. 3. §. 45. D. *de vi et vi arm.*; y V. allí una glos. singular, cuya especie no se lee en otra parte, segun Bald. á la l. ult. al fin C. *de acquir. poss.*, y V. Alex. á la l. 3. §. 6. y l. 18. col. 4. D. d. tit., y por esto el que intenta el interdicto para recobrar la posesion, si la obtenia, cuando la perdió, por medio de sus colonos, domésticos ó esclavos debe ser muy cauto en articular y probar que aquellos tambien fueron espelidos ó forzados é impedidos con ataduras ó por otros medios de usar de la posesion para su dueño: pues, no probándolo asi, no se le consideraria desposeido, ni se daria lugar al interdicto, segun Ang. á d. §. 45. donde dice deberse tener esto muy presente.

(52) Conc. l. 6. §. 1. y l. 25. §. ult. D. *de acquir. poss.*

(53) En este caso se pierde hasta la posesion civil, segun d. §. 1. ¿Qué dirémos, empero, cuando aquel cuya cosa ha sido ocupada por otro en su ausencia ó que ha sido espelido de ella, no hubiere desistido por esto de su intencion de poseer, antes bien hubiere corrido en busca de armas y amigos para volver á ocupar naturalmente la cosa? ¿Se entenderá entonces que retiene la civil, y que recobra asi de autoridad propia la natural? Asi parece deducirse del testo y de la glos. notable á la

es, quando oye que alguno entro la cosa de que el era tenedor, e non quiere yr alla, porqué sospecha (54), que non lo querran dexar entrar en ella, o que lo echarian ende por fuerça; si la entrasse. Empero, como quier que pierde la tenencia por alguna destas tres maneras, en saluo! finca poder para la demandar en juyzio (55), e avn el señorio della. Mas si la cosa fuesse mueble, puede perder la tenencia della, maguer el que tenia la possession, non lo sepa a la sazon que la pierde. E esto seria, como si gela furtassen (56). Empero, si algund ome perdiesse la cosa mueble, de que el fuesse tenedor, o que la ouiesse en su guarda (57), con todo esso siempre se entenderia, que es tenedor della en quanto la andouiere buscaudo. Mas si la cosa non touiesse el señor en su guarda, que la ouiesse prestada, o logada, o encomendada a otri, si la perdiesse aquel que la touiesse por el en alguna destas maneras, pierde el porende la tenencia. Fueras ende, si la cosa que se perdiesse assi, fuesse sieruo. Ca maguer el sieruo se pierda non estando en guarda de su señor siempre es tenedor del (58).

l. 3. §. 9. D. *de vi et vi arm.*, y V. allí Bart., donde se ocupa del caso en el cual deberá entenderse perdida la civil, si de hecho no se procura recuperar la natural; pretendiendo que esto deberá dejarse al arbitrio del juez, habida consideracion de las circunstancias, de la calidad de la cosa y de las personas; y lo mismo sostiene allí Ang. pudiendo añadirse á lo dicho, Bald. á la l. 11. col. pen. y ult. C. *qui accus. non poss.* Y sobre si se considerará perdida la posesion civil cuando el que haya sido despojado tratare de recobrar la natural nó á la fuerza, sino acudiendo para ello al juez, V. l. 5. §. 10. D. *de nov. oper. nunc.*, Alex. á la l. 8. D. *de acquir. poss.*, Bald. á la l. 2. col. 2. C. *de jur. emphyt.*, y Bart. á la l. 1. §. 6. D. *uti possid.* — * V. la adic. á la nota prox. sig.

(54) Conc. ll. 7. y 23. §. ult. D. *de acquir. poss.*, y l. 3. §. 8. D. d. tit.; siendo de notar que si, al saber uno que de hecho se le ha privado de la posesion natural, no procuró dentro de breve tiempo el recobrarla, perderá tambien la civil: pues se presumirá que ha desistido por temor de ser repelido y por reconocerse sin la fuerza bastante para desalojar al usurpador, segun Bart. á la l. 4. §. 1. D. *de acquir. posses.* Con todo Alex. allí col. 2. vers. *item adverte*, limita la espresada doctrina de Bart. diciendo que aquella presuncion no tendria lugar, sino cuando el desposeido supiese que el despojador es verdaderamente poderoso ó capaz de oponerle una resistencia para él invencible; pues en otro caso ó en el de ser el desposeido un poderoso y de saber que no es tal, sino muy débil el que le ha usurpado la posesion, como no podria faltarle á aquel la conciencia de su fuerza y de la facilidad de desalojar al usurpador, seria ridículo, aunque dejase de hacerlo, el suponer que no lo hace por temor de ser repelido, y concluir de aquí que haya perdido la posesion civil; antes bien en tal caso pretende el mismo Alex. que no dejará el despojado de poseer civilmente, hasta que hayan pasado diez años sin haber cuidado de volver á ocupar naturalmente la cosa, y que el juez tampoco deberá declararlo usando de su prudente arbitrio, mientras no haya transcurrido aquel espacio de tiempo. — * Lo que en la presente ley se establece y lo que espresa en su comentario nuestro Gregor. Lopez corrobora lo que dejamos dicho en la adic. á la nota 35., esto es, que el *animus possidendi vel non possidendi* que se requiere como condicion precisa é indispensable para adquirir y sobre todo para perder la posesion no significa precisamente el deseo ó voluntad de poseer ó no poseer, sino la intencion fundada ó íntima conciencia en que cada uno está de haber adquirido la posesion, de seguir poseyendo todavía ó de haber dejado de poseer aunque esto último se haya verificado contra nuestra voluntad.

(55) Por medio del interdicto *unde vi* ú otros remedios restitutorios, glos. á la l. 3. §. 6. en la palabra *defectum*, D. *de vi et vi arm.*, y Alex. á la l. 6. §. 1. col. 6. D. *de acquir. poss.* — * Hé aquí espresamente consignada la distincion tan lógica como importante que debe hacerse y hacen las leyes entre el derecho de poseer y de recobrar en justicia la posesion una vez perdida y el hecho de conservarla ó de estar poseyendo en realidad. El *jus possidendi* dimana del hecho de poseer, pero no es la posesion misma; antes pueden concebirse y existen de hecho separadamente, á lo menos el *jus possidendi* sin la posesion real; como se verifica en los que han sido despojados ó privados de la posesion clandestinamente; los cuales no poseen civil ni naturalmente, pero tienen el derecho de recobrar la posesion perdida y lo ejercen por medio de los interdictos.

(56) Conc. l. 15. D. *de acquir. poss.*

(57) Conc. l. 3. §. 13. D. *de acquir. poss.*, y nótese esta ley en la que se declara cuándo se entenderá que las cosas muebles estan ó dejan de estar bajo la guarda ó custodia del que las está poseyendo.

(58) Conc. l. 3. §. 10. y l. 50. §. 1. D. *de*

LEY 18. *Como pierde ome la tenencia de las aues, e de las bestias.*

Aues (59), o bestias brauas, o pescados, prendiendolos, o caçandolos, si despues se fuyeren, e salieren de su poder, pierde la tenencia dellos aquel que la auia ganada. Esto mismo seria, quando los metiesse en algund lugar grande, maguer fuesse valladeado, o cercado, o si metiessen los pescados en algund estanque, o albuehera, como quier (60) que los omes vsen lo contrario.

acquir. poss., d. §. 13. y la l. 13. princ. D. d. *tit.*

(59) Conc. l. 3. §. 14. D. *de acquir. poss.*

(60) Nótese esta palabra con que concluye la presente ley.

APÉNDICE.

Al hablar, en las notas 5. y 16. del presente título, de la posesion, impropiamente llamada tal y denominada por las leyes *cuasi-posesion*, de las cosas incorporales ó derechos, y al indicar allí mismo que podia haber alguna duda sobre si al colono ó arrendatario le compete ó nó el verdadero derecho posesorio ó el de reclamar por medio de los interdictos que se le proteja en el uso de la cosa arrendada, caso de hallarse perturbado en él, ó violentamente espelido de la misma, hemos prometido ocuparnos de estos dos puntos que consideramos tan difíciles como importantes y de frecuente aplicacion en la práctica.

Observamos desde luego que nuestras leyes de Partida se hallan enteramente de acuerdo con las de derecho comun, en cuanto admiten y consignan el principio de que tan solo las cosas *corporales* son susceptibles de ser poseidas; en cual sentido se dice en la l. 1. de este tit. que *posesion es tenencia.... en las cosas corporales*, y se añade luego «*ca las cosas que non son corporales.... propiamente non se pueden posseer, nin tener corporalmente.*» Pero, obsérvese que la ocupacion ó tenencia de las cosas corporales es un *hecho*, y por ser tal han querido las leyes protegerlo, estableciendo que todos debiesen respetarlo y que nadie por sí mismo pudiese destruirlo, ya que para afianzar el órden en la sociedad era necesario que asi lo hicieran, y era esta la primera de las condiciones vitales de la sociedad misma. Pero, pues el ejercicio de un derecho, cualquiera que este sea y aunque no consista en la ocupacion material de una cosa, es á su vez un *hecho* tan real y positivo como la posesion misma ó la ocupacion de las cosas corporales, naturalmente habria de concedérsele á ese hecho igual proteccion que al primero; ya que es aplicable á aquel, (sobre todo cuando se trata del ejercicio continuado de un derecho de aquellos que tienen tracto sucesivo) la misma consideracion que ha movido á las leyes á proteger la posesion verdadera, esto es, la necesidad de subordinar á la fuerza y autoridad públicas las fuerzas, las voluntades é intereses particulares; necesidad, sobre la cual descansa como sobre su base toda la teoría ó institucion de los interdictos ó del derecho posesorio. De aqui el haberse admitido en entrambas legislaciones el principio de que las cosas incorporales ó derechos pueden en algun modo poseerse y que de esta cuási-posesion nacen tambien ciertos derechos posesorios; de aqui el que refiriéndose á dichas cosas incorporales, se haya dicho en d. l. 1. de este tit. que «*vsando de ellas.... es como manera de possession.*» Y de aqui en fin el que haya observado Savigny que «fundándose el derecho de los interdictos en el hecho de haberse perturbado el ejercicio del derecho de propiedad de una manera injusta, por ejemplo, usando de violencia; si pudiese imaginarse que el ejercicio de cualquier otro derecho fuese susceptible de ser tambien violentamente perturbado, seria verdaderamente lógico el protegerlo por medio de los interdictos contra semejante violacion.» En cuanto á nosotros, no vemos á la verdad inconveniente alguno en imaginar semejantes perturbaciones del ejercicio de cualquier derecho, con tal, segun queda indicado, que sea de los que tienen tracto sucesivo; y en consecuencia no solo admitimos la cuasi-posesion de todos aquellos derechos, sino tambien la facultad en el que la obtenga de pedir que sea protegido en ella por medio de los interdictos, bien que con las limitaciones que mas

adelante se espresarán. Vemos, en comprobacion de esto mismo, que los mas célebres jurisconsultos, al esplicar la cuasi-posesion, la refieren á los derechos ó cosas incorporales en general y sin distincion alguna, y notamos mas particularmente todavía que Pothier en su Tratado de la posesion cap. 3. nº 37. despues de ejemplificar la cuasi-posesion indistintamente por medio de varios derechos reales y personales concluye con estas terminantes palabras: «En general, el goce en que estoy de » un derecho *cualquiera que sea*, es una cua- » si-posesion del mismo.» En nuestra ley de Partida se da á esta doctrina una estension mas dilatada todavía, estableciéndose que pueden cuasi-poseerse hasta aquellos derechos que no tienen tracto sucesivo, como son las acciones ó simples créditos, ó sean «*los derechos en que » demanda un ome sus debdas:*» opinion que no compartimos nosotros, porque, en órden á esos derechos que se ejercitan de una vez y por un acto indivisible, no concebimos que nadie pueda ser perturbado en su ejercicio, ni puede decirse que el acreedor esté en él, sino cuando deduce su accion ó reclama la deuda, y entonces, ó el demandado la niega en juicio, lo que no puede calificarse de *perturbacion injusta*, ó bien de hecho y atentatoriamente impide al actor que judicialmente sostenga su demanda, y esto mas bien será una *injuria personal* y un delito comun, que un atentado contra la *posesion*. Lo contrario se verifica respecto de los derechos, aunque sean personales, que tienen tracto sucesivo y se ejercitan por una serie de actos de igual ó semejante naturaleza: y asi del comodatario, por ejemplo, que, para serlo, debe tener en su poder la cosa comodada, podrá decirse con toda propiedad que obtiene la cuasi-posesion de su derecho de detentarla y usar de ella; y aun *en rigor lógico* no nos parece haya inconveniente en concederle los interdictos útiles para ser mantenido en ella, si el dueño comodante le ha perturbado apoderándose de la cosa clandestina ó violentamente. Lo que acabamos de decir del comodatario es aplicable en todas sus partes al colono ó arrendatario; mas nó al arrendador ni al comodante; por cuanto estos últimos, aunque á mas del derecho real de dominio y de la posesion civil que les compete sobre la cosa, tienen el personal que nace del contrato para pedir su devolucion, finido el tiempo convenido, pero semejante derecho no es susceptible de la cuasi-posesion, nó porque sea personal, sino por ser de los que no tienen tracto sucesivo. En el mismo caso se encuentra respectivamente el mutuante; y, por lo que hace al depositario, como no tiene *derecho* sino *obligacion* de tener y guardar la cosa, mal podrá decirse que lo ejerza, ni que obtenga la cuasi-posesion del mismo, y por igual razon tampoco cuasi-poseerá la accion ó derecho de reclamar los gastos ó perjuicios, por ser este de los que se ejercen en un solo acto. Mas el citado Sr. de Savigny sostiene que no solo de esta última especie de derechos debe ser escluida la cuasi-posesion, sino tambien en general de todos los que son puramente *personales*, tengan ó nó tracto sucesivo. Hé aqui cómo discurre sobre el particular y á continuacion del pasage que del mismo hemos transcrito mas arriba. «El poder ser perturbado» dice «injusta ó » violentamente el ejercicio de un derecho tie- » ne lugar tan solo respecto de aquellos que » consisten en desmembraciones del dominio ó » propiedad y que pueden tener, como dere- » chos, una existencia propia é independiente » de la propiedad misma. Tales son» añade, » todos los derechos en general comprendidos » en la denominacion de *jura* ó *jura in re*, co- » mo emanaciones de la propiedad, por con- » traposicion al *dominium* que es el conjunto » de todos los derechos reales en general.» Y concluye observando que «una gran parte de » los jurisconsultos han entendido mal esta par- » te de la teoría de la posesion» porque, «ol- » vidando la significacion bien determinada de » la palabra *jus in re* de los romanos, han que- » rido que la *juris quasi-possessio* fuese el equi- » valente *del ejercicio de un derecho en gene- » ral.*» (Tratad. de la posesion Part. 1. §. 12. pág. 190. y 194.) En otro lugar, ocupándose especialmente de las modificaciones que ha sufrido el derecho romano, ó los principios en él consignados en materia de posesion comparados con los que se han establecido en las legislaciones modernas y muy particularmente en la canónica ó eclesiástica, empieza el mismo escritor por observar (part. 6ª §. 49. pág. 574. y sigs.) que, «segun el derecho roma- » no, la posesion no era relativa mas que á la » propiedad y á los *jura in re:* y que mas ade- » lante (sobre todo por el derecho canónico) » se la ha hecho estensiva á todo derecho po- » sible:» todo lo cual, empero, pretende poder esplicarse con sujecion á los mismos principios del derecho comun y sin necesidad de separarse de ellos en el fondo; y lo hace en los siguientes términos. «Toda la teoría del derecho de » posesion» dice «estaba fundada en la nece- » sidad de proteger contra ciertas formas de » violacion el simple ejercicio de un derecho, » sin averiguar la existencia de este derecho » mismo» de donde infiere que «esa proteccion » no podia estenderse mas que á los derechos » susceptibles de estas formas de violacion, » cuales eran únicamente la propiedad y el *jus » in re.* Mas la constitucion de la Iglesia cris- » tiana y de los Estados europeos engendró y

»unió á la posesion y al goce de la propiedad »territorial (*du sol*) algunos derechos que los »romanos no habian conocido, ó que ellos es»taban muy lejos de considerar como perte»necientes á los particulares. Asi el ejercicio »del poder episcopal deriva de la posesion de »la Iglesia episcopal y de sus bienes, y una »relacion análoga respecto del poder supremo »del Estado y sus diferentes ramificaciones se »manifiesta en la soberanía de los Príncipes y en »la jurisdiccion de los propietarios de rentas. »Por último, lo mismo se verifica en cuanto »á las cargas reales creadas por el derecho »aleman, como son los censos, los diezmos y »los servicios personales de los vasallos á sus »señores feudales. Puede muy bien concebir»se el que á todos estos derechos ó al simple »ejercicio de ellos se haya concedido una pro»teccion semejante á la concedida para el de»recho de propiedad; y la posesion que en »estos términos se admita de aquellos derechos »viene á reducirse, en el mayor número de »casos y en los mas importantes, á la pose»sion del *territorio* (*du sol*) es decir, al ejer»cicio de la propiedad territorial. La exacti»tud de esta relacion hasta llega á ser eviden»te en muchos casos.... Y no solo es fácil de »concebir, sino que desde mucho tiempo ha «tenido ya una aplicacion efectiva:» Asi lo demuestra perfectamente con el ejemplo de varios derechos eclesiásticos cuyo ejercicio jamas se ha dudado debia ser protegido contra las usurpaciones violentas, del mismo modo que el de la propiedad, por mas que los romanos nunca hubiesen pensado en reconocer respecto de ellos un derecho de posesion. Pero, ¿en qué relaciones, pregunta luego, se encuentra esa posesion con el derecho romano? «Ella descansa esclusivamente en una »aplicacion inmediata de este último; es una »ampliacion muy natural y consecuente de los »principios por el mismo establecidos: y asi, »lejos de haber esperimentado cambio alguno »la nocion de la posesion, no se ha hecho otra »cosa que estenderla á ciertos objetos, á los »que los romanos mismos la habrian tal vez »aplicado, si los hubiesen conocido.» Hasta aqui el citado Sr. de Savigny. Mas, á parte de esos derechos, respecto de los que no puede desconocerse una simple ampliacion del derecho romano conforme con su espíritu, el querer estender, como se estiende á otros de diferente naturaleza la nocion de la posesion, por ejemplo, á los derechos concernientes al *estado de las personas* y á las *obligaciones,* es, en opinion del mismo, adulterar los principios establecidos y sustituir una idea de la *posesion* muy vaga y general, á la idea bien determinada que de la misma nos ha legado el derecho romano. A este propósito distingue cuidadosamente entre el verdadero derecho posesorio ó sea el derecho de proteccion, por medio del cual las leyes aseguran el ejercicio de aquel, sin averiguar la existencia del otro derecho en que se funda, y las providencias provisionales por las que, antes de entrar en el juicio que ha de decidir á quién pertenece un derecho, se establece previamente á cuál de los litigantes corresponde el ejercerlo durante el mismo juicio y ocupar en él la ventajosa posicion de demandado: despues de lo que concluye diciendo que, si bien, respecto del dominio y los derechos *in re*, se concibe la necesidad de ocuparse de la posesion en aquellos dos sentidos; pero que, en cuanto á los demas, los unos son susceptibles tan solo de que se defina sobre su ejercicio interino y como por via de preparacion del juicio, como se verifica, segun él, en los derechos llamados de familia; y, por lo que hace á los demas, de los cuales pone por ejemplo el de percibir los intereses de un capital invertido, (á cuya percepcion de hecho se ha querido, dice, figurar como una posesion) no cree siquiera necesario demostrar particularmente que no puede fundarse en el ejercicio de los mismos un verdadero derecho posesorio.

Todo este empeño del citado escritor en demostrar que solo los derechos reales son susceptibles de ser cuasi-poseidos, y que solo ellos ó el ejercicio de los mismos puede servir de base á los interdictos, deriva del modo particular con que ha considerado y esplicado la posesion, sosteniendo decididamente que de las dos ideas particulares que entran por necesidad en la nocion de la posesion jurídica, á saber, la ocupacion ó detentacion física y el *animus possidendi*, este último equivale al *animus domini* ó al *animus rem sibi habendi*; en cual sentido pretende que solo posee una cosa el que *quiere* tenerla ú ocuparla como dueño, aunque no lo sea; de manera que, segun él, ni aun el usufructuario, ni el acreedor pignoraticio poseen propiamente la cosa usufructuada ó dada en prenda, sino que estan respectivamente en la cuasi-posesion de su derecho, y no tienen sobre la cosa, mas que la detentacion ó posesion natural el primero, ni otra posesion jurídica que la que el mismo Savigny llama *derivada*, ó sea, la que no puede haber nacido respecto de la persona á quien compete, sino que ha sido indispensable que se la transfiriese el propietario, concediéndole el derecho de poseer en su nombre, aunque en beneficio propio. Ahora, ese traspaso de la posesion sin el dominio, ó esa posesion *derivada*, advierte Savigny, que «es una idea »puramente abstracta y que no adquiere rea»lidad, sino porque pueden citarse algunos ca»sos en que está reconocida» y fuera de los

cuales no puede absolutamente admitírsela. Dichos casos son, segun pretende, el del enfiteusis, dacion en prenda y algunas veces el depósito y el precario, esto es, el primero cuando se resuelve por un verdader secuestro, y el segundo por regla general, á menos que se le haya otorgado con el pacto espreso de no transferir por él mas que la pura y simple detentacion. En todos los restantes casos, en que el propietario transfiere por mas ó menos tiempo la detentacion, pretende que ni aun la posesion *derivada* debe entenderse transferida; y cuenta entre estos simples detentadores en primer lugar al procurador, al comodatario, al acreedor *missus in possessionem*, á los cuales ni aun considera en la cuasi-posesion de derecho alguno, y en segundo lugar á todos los que tienen la cosa en virtud de un *jus in re* ó servidumbre, á quienes, por lo mismo que tienen la cuasi-posesion de su derecho y pueden reclamar que se les proteja en ella por medio de interdictos particulares, les niega, empero, la facultad de intentar los que se fundan en la posesion verdadera, y añade que estos se encuentran, respecto de los primeros, en la misma relacion que la accion del dominio ó la *rei vindicatio* respecto de la accion *confessoria*. En una palabra, todo el que, poseyendo, tiene la voluntad de verificarlo por otro, á favor de quien reconoce por lo mismo el derecho, no puede tener el verdadero *animus possidendi* que dice ser indispensable para la posesion jurídica de la cosa, y el que eleva la mera detentacion al *estado de posesion*: principio que cree hallar textualmente consignado en el derecho romano, l. 18. pr. D. *de acquir. poss. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere. Nam possidet cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium.* Y en cuanto á la otra proposicion no menos fundamental de su doctrina, ó sea la de que el *animus possidendi* equivale á la *cogitatio domini* ó al *animus sibi habendi*, confiesa que no se la encuentra en texto alguno de las Instituciones ni de las Pandectas, pero que en todas partes se la sobreentiende y se parte de ella como de un principio reconocido. (V. al mismo, lugar citado Part. 1ª §. 9. Part. 2ª §. 23. y Part. 5ª en su totalidad.) Asi toda la doctrina del célebre escritor moderno viene á reducirse en último resultado, 1º á que la verdadera posesion jurídica se refiere siempre y esclusivamente al ejercicio del derecho de *dominio*, ó, en otros términos, no es mas que «la relacion »de *hecho* que corresponde á la propiedad co»mo *estado de derecho*:» 2º que, si los derechos *in re* son susceptibles de ser cuasi-poseidos é importan en su ejercicio el derecho posesorio, es solamente porque son desmembraciones del dominio y forman en cierto modo parte de él, considerándole dividido entre varias personas: 3º que el ejercicio de todos los demas derechos, no comprendidos en la categoría de los *jura in re*, no es susceptible por su naturaleza de ser violentamente perturbado, ni en consecuencia de que se le proteja contra semejantes perturbaciones, que es lo que constituye el verdadero derecho posesorio: 4º que en realidad las leyes romanas no han considerado, ni á tenor de los principios en las mismas establecidos debian considerar que los derechos personales—*jura ad rem*—importasen en su ejercicio la llamada cuasi-posesion, ni la consiguiente facultad de reclamar su proteccion por medio de los interdictos: 5º y último, que, si en las legislaciones y práctica modernas se ha hecho estensiva la idea de la cuasi-posesion á otros derechos que á los verdaderamente llamados *in re*, no ha sido porque se hayan desconocido y repudiado los principios sentados en la legislacion romana, sino porque con el sucesivo cambio de costumbres se han ido creando nuevas entidades jurídicas, ciertos derechos que los romanos no conocieron y á los cuales se ha asimilado, en cuanto á la posesion, con los *reales*, porque, sin serlo en realidad, tenian mas analogía con estos que con los demas.

Dirémos francamente las dificultades que se nos ofrecen sobre todas y cada una de estas proposiciones. Desde luego no puede negarse que, sea lo que fuere de todo lo demas, la idea primitiva y originaria de la *posesion*, como entidad jurídica, ha debido necesariamente referirse al derecho de dominio ó propiedad: de donde, como era natural, ha procedido el que se considere tan solo como *poseedores de la cosa* á los que justa ó injustamente la detentan ú ocupan con la intencion de ejercer sobre ella el derecho de dominio, bien la esten ocupando ó ejerzan este derecho por sí mismos ó por el ministerio de otros. Pero esto último puede verificarse y se verifica de muchas maneras; y son por consiguiente muy diversas, jurídicamente hablando, las relaciones que tienen con la cosa y con el dueño de esta los que la detentan ú ocupan sin el ánimo de ejercer sobre ella el derecho de propiedad que saben pertenecer á otro. Unas veces el que *detenta* la cosa lo hace con el objeto directo y esclusivo de prestarse gratuitamente ó mediante un salario á representar y sustituir la persona del propietario, como sucede con los *procuradores* y simples encargados, ó con el objeto de custodiarla, como se verifica en los *depositarios*, otras veces el que está *detentando* ú *ocupando* una propiedad lo hace, aunque sin pensar ni querer ser dueño de ella, pero con el ánimo ó conciencia de tener el derecho

adquirido de ocuparla y utilizarse de la misma hasta contra la voluntad del dueño, en cual caso se encuentran el *comodatario*, el *arrendatario*, el *usuario*, el *usufructuario* y el *acreedor pignoraticio*. Ahora, no podemos comprender, ni es cierto que á todos los detentadores de esta última clase haya de considerárseles, ni les consideren las leyes, en calidad de tales, en la misma condicion que á los de la primera: porque, por mas que no pueda equipararse con el dueño el que, sin serlo, ocupa la cosa y tiene *derecho* de ocuparla, tampoco puede equipararse con este último el que detenta la cosa solo por la *obligacion* contraida de custodiarla ó cuidar de ella. Asi, al paso que de los procuradores ó simples encargados dicen las leyes categóricamente que *non possident, sed tantum sunt in possessione:* y espresamente en la l. 9. D. *de acquir. poss. Generaliter quisquis omninò nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur*, del acreedor pignoraticio y del usufructuario está declarado en varios textos del derecho comun, que *poseen la cosa;* y no puede dudarse que se ha entendido declarar que la *poseen jurídicamente* y aun para el preciso y determinado efecto de poder intentar los interdictos, primero porque asi está establecido del modo mas esplícito y terminante respecto del acreedor pignoraticio en lo que conviene el mismo Sr. Savigny refiriéndose á la l. 16. D. *de usuc. et usurp. Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accipit possidet;* 2º porque, pues á esa posesion indudablemente jurídica del acreedor la califican las mismas leyes de *posesion natural*, l. 3. §. 15. D. *ad exhib.*, debe inferirse de aqui que tampoco han querido negar, antes al contrario han atribuido la calidad de *poseedor jurídico*, al usufructuario, cuando han dicho que este último *posee naturalmente. Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet.* l. 12. D. *de acquir. poss.*, ya porque la ocupacion de la cosa por el usufructuario tiene mas puntos de contacto con la que obtiene el acreedor pignoraticio, ya porque en ninguna parte del derecho se encuentra declarado que el procurador, el simple encargado, ni el depositario tengan la *posesion natural* siquiera; antes al contrario se ha consignado en esta parte la esencial distincion que hay entre unos y otros: *est longe diversum: aliud est possidere, aliud in possessione esse.* l. 10. §. 1. D. d. tit. De este principio nunca se desviaron los legisladores romanos, antes bien en la misma escrupulosidad con que se valian de ciertas palabras al tratar de la posesion, se ve demostrado cuán presente tenian su aplicacion y trascendencia. Asi se lee, por ejemplo, en la l. 21. d. tit. *quod ex justa causa «corporaliter à servo tenetur» id in peculio servi est; et peculium quod servus civiliter quidem possidere non potest, sed «naturaliter tenet» dominus creditur possidere.* Obsérvase en este texto la intencion marcada de no confundir la *posesion natural pura*, esto es, la mera detentacion de la cosa sin derecho propio, en contraposicion á la *posesion jurídica* en general, con la *posesion natural jurídica*, cual es la del acreedor pignoraticio, denominada asi en contraposicion á la *civil* tambien jurídica que compete esclusivamente al dueño. Esta doble significacion legal de las palabras *posesion natural* segun el estremo á que se las halla contrapuestas que ha esplicado perfectamente Savigny, nos manifiesta la razon por la cual en el texto últimamente transcrito se evitó el decir del esclavo que *poseyese naturalmente* siquiera y se dijo tan solo de él que *detenta* (tenet) *natural ó corporalmente*, que es lo mismo. Nunca, cuando se habla de intento de la posesion como base y fundamento del derecho posesorio, se dice que tengan la *natural* el esclavo, el procurador, ni otro alguno de los que no tienen ó no pueden tener derecho alguno sobre la cosa que ocupan ó detentan: y por consiguiente, cuando esto se ha dicho tan formalmente del usufructuario, no es lícito dudar, lo repetimos, que ha sido con la intencion de establecer entre él y la cosa esa relacion jurídica que á los meros y naturales *detentadores* espresamente se ha denegado. Pretende el Sr. de Savigny que «el otorgar al usufructuario dicha pose- »sion jurídica de la cosa y el suponer que le »competa á mas de la *juris quasi-possessio*, la »*possessio naturalis*, es dar á esta última una »significacion viciada:» y añade que no puede aquella opinion justificarse por el hecho de conceder las leyes al usufructuario los interdictos *de vi* y *uti possidetis*, y en general los mismos de que disfruta el verdadero poseedor, á diferencia de los que obtienen sobre una cosa agena cualquiera otra servidumbre, á quienes se conceden respectivamente otros interdictos particulares y distintos de los primeros; porque, «si bien» añade «se distingue en es- »to el usufruto de todas las demas servidum- »bres, en cuanto á los efectos de la cuasi-po- »sesion, pero al mismo tiempo es aquella una »circunstancia enteramente accidental: y ha »sido un error el considerar el derecho del »usufructuario respecto de los interdictos en »general como una escepcion respecto de la »regla; pues ni ese derecho, ni esa relacion »accidental exigian que se atribuyese al usu- »fructuario la posesion de la cosa misma usu- »fructuada.» (Part. 2. §. 23. págs. 307. y 308.) A nosotros nos parece, sin embargo, que el usufruto, asi como el uso y la prenda, se

distinguen esencialmente de todas las demas servidumbres ó derechos *in re*, en cuanto los tres importan de necesidad la facultad de ocupar ó detentar la cosa, ó, mejor dicho, es materialmente imposible que se ejerzan sin que el que los obtiene ocupe ó detente la cosa por sí ó por medio de otro: y esa diferencia esencial entre unos y otros derechos en cuanto al modo de ejercerse ha debido naturalmente influir en la determinacion de los efectos jurídicos de su ejercicio, y en la calificacion de este último como base y fundamento de los derechos posesorios. De otra suerte no sabríamos esplicarnos cómo las leyes, despues de haber dicho que el usufructuario es un *poseedor natural de la cosa*, habrian declarado espresamente que *dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat; nam et «naturalis possessio» ad hoc interdictum pertinet.* l. 1. §. 9. D. *de vi et vi arm.*, ni como á consecuencia de esto hubieran añadido *qui ususfructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto*, l. 3. §. 17. d. tit. Si, como es indudable, le compete al usufructuario el interdicto en el caso de ser despojado ¿qué pedirá por él sino que se le restituya ó reintegre en la ocupacion de la cosa y por consiguiente la cosa misma? Deberá pedirlo, es verdad, en la calidad de tal usufructuario ó *poseedor natural*, pero al cabo como poseedor; á diferencia del que intentare, por ej., el interdicto de *itinere actuque privato*, á quien solo le será lícito pedir se le reponga en el *ejercicio del derecho de pasar por la cosa ó predio*, y asi de las demas servidumbres prediales. Por esto en el derecho comun no solo se han designado accidentalmente y con el mismo nombre que los concedidos al dueño ó poseedor civil los interdictos concedidos al usufructuario, sino que se le han concedido á este último en el mismo título general *de vi et vi arm.* y *uti possidetis*, nó en título y bajo un epígrafe especial como los correspondientes á las demas servidumbres; y en la calidad de *poseedor natural*, es decir, *poseedor de la cosa*, nó en la de *cuasi-poseedor de su derecho*; y esto lo han hecho las leyes, nó accidentalmente, sino á consecuencia de los principios allí mismo establecidos y por la misma razon por la que, en la propia calidad de *poseedora natural y jurídica* de la cosa se ha concedido tambien el interdicto á la muger donataria de su marido, que ningun derecho tiene susceptible de *cuasi-posesion*. d. l. 1. §. 10. De este modo el argumento de que se vale el Señor. de Savigny para probar que no debe considerarse transferida al usufructuario posesion alguna jurídica ni aun la natural, nos parece reducirse á una simple peticion de principio. «El que ha hecho» dice «tradicion de una cosa á otro, por »tener este el usufruto ó el uso sobre ella, de »ninguna manera pierde por ello la posesion; »y el usufructuario ejerce esta posesion de la »propiedad del mismo modo que un simple »arrendatario. — Y la razon es fácil de comprender: la usucapion no necesita cambio alguno de posesion, porque el *jus in re* tampoco produce cambio en la propiedad. Los »interdictos tampoco necesitan cambio alguno »de posesion; pues el *jus in re es protegido* »*contra la usurpacion de cualquier tercero por* »*interdictos particulares*, y esta proteccion »nada pierde de su eficacia, por la circunstancia de competer igualmente al propietario »por razon de su posesion el correspondiente »interdicto contra el perturbador: las colisio»nes que pueden sobrevenir entre el propietario mismo y el usufructuario etc., no importan de otra parte la necesidad de negar »la posesion al propietario. Entrambos tienen »sus respectivos interdictos; pero estos interdictos estan entre sí en la misma relacion que »la *rei vindicatio* y la accion confesoria, es »decir, que la regla y la escepcion: de donde se sigue que ninguna colision puede resultar que con facilidad no pueda resolverse» (§. 23. págs. 304. y 305.). Asi todo se reduce, pues, á decir que al usufructuario no debe otorgársele la posesion jurídica de la cosa, ni por ella los interdictos ordinarios, porque no los necesita, y que no los necesita porque *la ley le concede de otra parte los interdictos particulares correspondientes* á la cuasi-posesion de su derecho: pero nótese que esto último, que el Sr. de Savigny da como una razon, es precisamente lo que se trata de probar; y del propio modo podria argüirse en contrario sentido que la servidumbre de usufruto no importa, como las demas, esos interdictos particulares, porque no los necesita, puesto que tiene á su favor los que estan concedidos al dueño, ó los de *uti possidetis* y *de vi*. A lo de que «para evitar las colisiones posibles entre el usufructuario y el propietario »no sea menester privar á este último de la »posesion», observarémos que el calificar al usufructuario de *poseedor natural* no escluye que el dueño sea al mismo tiempo *poseedor civil*, pues, segun en otra ocasion hemos notado, si bien es principio recibido el de que «no pueda una cosa determinada ser poseida »por dos *in solidum* y al mismo tiempo» pero esto no se opone á que la posean dos simultáneamente, siendo el uno poseedor civil, y poseedor meramente natural el otro, como se verifica respecto de las cosas dadas en prenda. Es verdad que en el caso de usufruto el propietario conserva de todos modos la posesion no solamente para los efectos de la usu-

capion, sino tambien para el de poder intentar los interdictos en caso de verse perturbado; de donde resultará que *para este último efecto* serán dos los poseedores jurídicos de una misma cosa: pero aun entonces podrá y deberá hacerse distincion entre uno y otro, por cuanto la mera propiedad separada del usufruto no da derecho al dueño para ocupar por sí la cosa ni utilizarse de ella, y el usufruto separado de la propiedad tampoco lo da al usufructuario para gozar de la cosa, sino con ciertas reservas y limitaciones y en cuanto se reconozca por aquel el derecho preeminente de dominio que pertenece á otro. Cada uno está en posesion de su derecho respectivo: pero, pues el del usufructuario consiste en ocupar la cosa, y, como ha dicho muy bien Savigny en otro pasage « las servidumbres » personales tienen de particular que su ejer» cicio está siempre *estrechamente* enlazado con » la posesion natural de la cosa misma » (§. 45. pág. 541.) naturalmente ha debido considerársele al usufructuario como poseedor de la cosa y en calidad de tal concederle los interdictos, sin escluir por esto el que el dueño haga uso de ellos, aunque bajo otro concepto y en su distinta calidad de poseedor meramente civil. Es verdad que en otro pasage del derecho comun se niega al usufructuario la calidad de poseedor, equiparándole á los *puros* y *simples detentadores* como el colono ó inquilino y el que ocupa la cosa en precario. *Is qui rogavit ut precario in fundo moretur non possidet; sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius* (*inquit*) *et colonus et inquilinus sunt in prædio; et tamen non possident*. l. 6. §. 2. D. *de precar*. Pero esto (que puede esplicarse fácilmente considerando lo que todos los espresados detentadores tienen de comun, ó sea, el no estorbar la posesion civil del dueño y el no poseer ellos *civilmente*) en tanto no sirve de obstáculo á lo que llevamos dicho respecto del usufruto, como que tampoco ha impedido al Sr. de Savigny el sentar que por el *precario* se transmite la *posesion jurídica* por regla general, y que solo por escepcion deja de transferirse, siempre que al otorgarse el precario se haya pactado espresamente lo contrario. (§. citado págs. 326. y 327.)

Por lo demas inútil es advertir que todo cuanto hemos dicho del usufructuario es aplicable igualmente al usuario; á quien considera el propio Sr. de Savigny en la misma condicion, y las leyes le conceden respectivamente los mismos derechos y facultades que al primero, incluso el de intentar los interdictos. *Si non ususfructus sed usus relictus est, competit hoc interdictum*. l. 3. §. 16. D. *de vi et vi arm.*

Por lo que hace al comodatario y arrendatario, sostiene terminantemente Savigny que no tienen siquiera la *cuasi-posesion* del derecho que ejercen respectivamente sobre la cosa; porque, por no ser este de los *reales*, no es susceptible de ser cuasi-poseido: de donde infiere que ni uno ni otro de los espresados detentadores disfrutan del verdadero derecho posesorio, ni pueden intentar interdictos de ninguna especie, ni reclamar proteccion alguna en caso de hallarse clandestina ó violentamente perturbados en el ejercicio de su derecho, sino que estan reducidos á usar por la via ordinaria de la accion que les tribuye el contrato celebrado, en lo cual estan conformes la mayor parte de los jurisconsultos, aun los que, como Pothier y otros, admiten por punto general la cuasi-posesion de toda especie de derechos, inclusos los llamados *ad rem* ó personales. Segun esas doctrinas, pues, se viene á hacer al arrendatario y al comodatario exactamente de igual condicion que al depositario y al procurador, en cuanto á sus relaciones jurídicas con la cosa que en calidad de tales estan detentando ú ocupando: y sin embargo ya hemos observado antes, que hay entre unos y otros una diferencia muy esencial, cual es la de que el arriendo y el comodato dan *derecho*, al paso que el mandato y el depósito solo confieren *obligacion* de ocupar la cosa ó detentarla. Ya hemos demostrado tambien que el derecho del comodatario y arrendatario se ejerce por una serie sucesiva y continuada de actos susceptible por su naturaleza de que se la interrumpa con menoscabo directo de la causa pública interesada siempre en que se respete y conserve el órden establecido y en que nadie se arroje de hecho á hacerse justicia por sí mismo: de donde hemos inferido antes de ahora que á los espresados derechos ejercidos bajo la garantía de la ley y de la pública autoridad les convienen perfectamente todas las circunstancias reales y positivas y todas las consideraciones morales que han producido la institucion del derecho posesorio respecto del *dominium* y de los demas llamados *jura in re*. A pesar de esto, estan casi todos los jurisconsultos acordes en que el comodatario y el arrendatario no disfrutan del derecho de proteccion que está concedido á los que ejercen derechos reales, ni pueden intentar los interdictos, por hallarse lo contrario espresamente establecido; y, pasando mas adelante el Sr. de Savigny pretende que asi ha debido establecerse para no contravenir á los principios sentados en materia de posesion. « El arrendatario » dice « es» tá ó nó en buena inteligencia con el verda» dero poseedor. En el primer caso no tiene » necesidad de los interdictos, pues le prote» gerán suficientemente los del poseedor: en

»el segundo seria en vano que quisiese, con»tra la voluntad del poseedor, intentarlos con»tra este mismo ó contra un tercero; porque »esto seria traspasar la simple relacion de »obligacion (*jùs ad rem*) á la cual él debe su »detentacion y que le basta para dejar á cu»bierto todos sus intereses.» (Part. 1ª §. 6. pág. 41.) y en otro pasage añade «por lo que »hace al arrendatario, las decisiones que pre»sentan las fuentes del derecho no dejan igual»mente duda alguna. El arrendador conserva »en todo caso la *posesion*, no menos que los »interdictos: mas ni estos ni aquella convie»nen al arrendatario, el cual es considerado »absolutamente como un administrador de la »posesion agena.... Y aun menos razon habia »para considerar privado al arrendador de la »posesion en virtud del arriendo, que para ne»garla al propietario por existir una servi»dumbre de usufruto. Para otorgar al arren»datario una *cuasi posesion*, le falta una rela»cion de derecho independiente, de la cual »pueda aquella depender como consecuencia. »Pero ninguna necesidad práctica hay de re»currir á una ficcion; por cuanto el arrenda»tario tiene siempre la accion del contrato pa»ra reclamar proteccion de su arrendador. Si »este llegase á perder su derecho de propie»dad por enagenacion ó usucapion, todo de»recho del arrendatario sobre la cosa queda»ria desvanecido y ya no habria desde enton»ces para que protegerle ó garantirle una po»sesion. Solamente le quedaria una accion »contra el arrendador para reclamar de este »los daños y perjuicios, accion que le pro»vendria del contrato y le bastaria para poner »á cubierto sus intereses reales.» (Part. 1ª §. 9. pág. 128.) Y mas adelante, al esplicar los casos en que, á pesar de transferirse la material detentacion, no se transfiere, empero, la posesion jurídica, dice asi: «el segundo »es el comodato. El que transmite de este mo»do su cosa á otro para que se sirva de ella, »no pierde por esto la posesion, del mismo »modo que no la adquiere el comodatario. *Rei »commodatæ et proprietatem et possessionem »retinemus*, l. 8. D. *commod.* — En tercer lu»gar, por lo que hace al arriendo se verifica »absolutamente lo mismo que respecto del co»modato, por no haber mayor razon en la na»turaleza de aquel contrato para admitir que »por él se enagene la posesion. *Et colonus et »inquilinus sunt in prædio, et tamen non pos»sident.* d. l. 6. §. 2. *de precar. Et per colo»nos et inquilinos, aut servos nostros posside»mus*, l. 25. §. 1. *de acquir. poss.* En efecto, »por lo que hace á la usucapion no puede di»cho contrato tener influencia alguna: mas »tampoco hay necesidad, en cuanto á los in»terdictos de atribuir la posesion al arrenda»tario; pues el contrato por sí solo le basta »para protegerle contra los actos de violencia »del propietario; y en caso de ser un tercero »el que le perturbe en la posesion, le basta»rian tambien los interdictos del propietario, »dado que en fuerza del contrato mismo po»dria reclamar de este que le sacase indemne »ó le cediese sus interdictos.» (Part. 2. §. 23. pág. 301.) De la comparacion de estos pasages resulta que, al negar al arrendatario la cuasiposesion de su derecho y en consecuencia la facultad de intentar interdicto alguno para ser protegido en el ejercicio del mismo, se ha fundado el Sr. Savigny en tres razones capitales; á saber, 1ª que la naturaleza del contrato de arriendo no exige, ni permite que por él se considere privado de la posesion al dueño arrendador: 2ª que en caso de perturbacion está el arrendatario suficientemente protegido, y no necesita de los interdictos, porque puede conseguir lo mismo que con ellos pidiendo por la accion del contrato ó que el arrendador le haga efectiva la indemnidad, ó que le ceda sus interdictos para intentarlos contra el perturbador, si es un tercero; 3ª que el arrendatario no tiene con la cosa relacion alguna de derecho que tenga una existencia propia é independiente; antes bien el que le compete queda del todo estinguido en cualquier momento en que el arrendador enagene la propiedad, como puede hacerlo, durante el arriendo. Por lo que hace á la primera razon, observarémos, y aun con mayor motivo en órden al arriendo, lo mismo que antes hemos dicho respecto del usufruto: no vemos que el conceder al arrendatario la *cuasi-posesion de su derecho* y un interdicto propio y especial que le proteja de toda perturbacion importe necesariamente la consecuencia de privar al arrendador de la *posesion* jurídica *de la cosa* en que ha debido hallarse al celebrar el contrato y en que seguirá despues de celebrado. En nuestro concepto, no hay incompatibilidad alguna en que el dueño arrendador continúe siendo *poseedor civil* de la cosa arrendada para los efectos de la usucapion, y *poseedor natural* para los efectos de intentar los interdictos contra cualquiera perturbacion que atente contra el ejercicio actual en que se halla de su derecho de propiedad, aunque mediato y realizado por el ministerio del arrendatario, y en que este sea considerado al mismo tiempo como cuasi-poseedor de su derecho para el efecto de poder reclamar tambien la correspondiente proteccion contra las perturbaciones que atenten contra el ejercicio de su derecho; el que si bien es de los puramente *personales* (*ad rem*), pero recae sobre la cosa, tiene á esta por objeto y se ejerce con la ocupacion material de la misma y con la percepcion directa é inmediata de sus

productos y utilidades. Las servidumbres de *paso y acueducto* consisten en el derecho de usar, aunque de un modo determinado, pero con esclusion del dueño, de una porcion tambien determinada de su propiedad. Los que han empezado á ejercer semejantes derechos se consideran estar en la *cuasi-posesion* de los mismos; sin que á nadie le haya ocurrido por ello que el dueño del predio sirviente deje en ningun momento de ser *poseedor* real y jurídico, civil y natural de todo el predio, inclusa la parte del mismo que está afecta á la servidumbre, tanto para el efecto de la usucapion, como para el de los interdictos que como á tal poseedor le corresponden. Lo que se dice de una parte puede decirse tambien del todo: y asi como no hay inconveniente en concebir la cuasi-posesion de una servidumbre predial á favor del que la tiene constituida, coexistente con la posesion de la cosa sobre la cual aquella recae á favor del dueño del predio sirviente, tampoco puede haberlo en admitir obtenga la cuasi-posesion de un derecho *ad rem* el que lo tiene adquirido, y que simultáneamente tenga otro la posesion de la cosa sobre la cual se ejerce el derecho cuasi-poseido. Obsérvese que, respecto del arrendatario y del comodatario, convenimos perfectamente con el Sr. de Savigny en que ni uno ni otro obtienen la posesion *derivada* siquiera de la cosa objeto del contrato, ni pueden considerarse en la clase de *poseedores naturales* sino como simples *detentadores*, ó meros instrumentos de una posesion jurídica que corresponde á otro, por cuanto si bien ocupan y usan la cosa con *derecho* de ocuparla y detentarla y con *esclusion* del dueño ó poseedor, pero este último participa mas ó menos directamente del goce del arrendatario y percibiendo los frutos *civiles* de la cosa, ó el precio del arriendo que representa los *naturales*, puede decirse que tambien actualmente se utiliza de aquella; á diferencia de lo que sucede respecto del usufructuario, el cual ocupa la cosa y disfruta de ella con entera esclusion del propietario, no solo en cuanto á los productos naturales y utilidades directas, sino tambien en cuanto á los civiles é indirectos. Y ademas hay entre este último y el primero otra importante diferencia, cual es la de que el derecho del usufructuario no solo subsiste sino que ha podido nacer y constituirse con entera independencia de la voluntad del dueño ó propietario; al paso que el derecho del arrendatario no puede haberse constituido sin el consentimiento del dueño ó poseedor, y, si bien es de tal naturaleza que el arrendador está obligado á respetarlo á pesar suyo, y tambien sus sucesores universales que son considerados con él como una misma persona, pero tienen esa obligacion en la calidad de tales arrendadores ó contratantes, nó en la de dueños ó propietarios; de donde se infiere que, una vez aquellas dos calidades llegan á separarse y á estar representadas por distintas personas, como sucede siempre que la cosa arrendada se enagena por título singular, ya el derecho personal ni subsiste siquiera con independencia de la voluntad del nuevo dueño poseedor. Por estas razones no decimos del arrendatario, como lo hemos afirmado del usufructuario, que tenga una especie de *posesion natural jurídica* de la cosa, sino que nos limitamos á atribuirle la mera *cuasi-posesion* de su derecho: diferencia que no deja de estar indicada en varios textos del derecho comun; en el cual, aunque se equiparen á veces el usufructuario y al arrendatario en cuanto á entrambos se les niega la posesion, en ninguna parte, empero, se dice del primero, y sí del segundo, que *por su medio posea* el propietario como lo hace *por sus siervos ó dependientes; et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus*, d. l. 25. §. 1.: y, si bien puede citarse algun pasage en que se aplica al arrendatario la calidad de *poseedor natural*, como en la l. 7. §. 11. D. *comm. div.*, pero ya de la lectura de esta misma ley se deja entender que se toman en ella las palabras de *posesion natural* como sinónimas de *natural detentacion*, en términos que en ella se equipara al colono con el depositario: y asi bastará sobre esto recordar lo que antes dejamos dicho, al comparar entre sí las diferentes clases de naturales detentadores y al señalar las calidades especiales que caracterizan á cada uno de ellos: el arrendatario conviene con el usufructuario en cuanto ocupa la cosa con derecho de ocuparla y está en cuasi-posesion de ese derecho; uno y otro convienen con el procurador y el esclavo en cuanto ocupan una cosa que es y saben ser de otro; y se distinguen entre sí en cuanto el usufructuario, á mas de cuasi-poseer su derecho, posee en cierto modo natural y jurídicamente la cosa y el arrendatario solo la detenta y la usa, aunque cuasi-poseyendo su derecho de detentarla y usarla. De todos modos, empero, no sabemos ver que la posesion del usufructuario y mucho menos la cuasi-posesion de este y del arrendatario escluyan legal ni naturalmente la posesion jurídica del dueño ó poseedor para los dos efectos de la usucapion y de los interdictos, ó que sean incompatibles, como parece entenderlo Savigny, cuando, para negar al arrendatario el derecho posesorio, se funda en que por el arriendo no puede privarse del mismo al dueño arrendador. Sobre el contrato de arriendo han previsto y tratado los jurisconsultos una cuestion que en los términos en que unánimemente se la ha decidido nos parece

contener un principio aplicable á la materia de que nos estamos ocupando. Si el dueño ó poseedor de una cosa la ha arrendado á dos diferentes sugetos, nó se decide la preferencia entre estos por la prioridad del contrato solamente, sino por el hecho de haberse entregado la cosa á uno de los arrendatarios; de suerte que el que ha empezado á ocuparla y á utilizarse de ella es el preferido, aunque haya sido el último en contratar. Ahora; esta decision aconsejada por la equidad y tan llena de buen sentido, como conforme con los principios de derecho, mucho nos engañamos, ó no podria absolutamente motivarse, si nos atuviéramos tan estrictamente á la *personalidad*, por decirlo asi, de las obligaciones ó derechos *ad rem*, que estos no pudiesen producir en abstracto ni en concreto mas que la pura accion del contrato. Comprenderíamos entonces que entre dos compradores de una misma cosa fuese preferido aquel á quien se hubiese hecho entrega; porque, habiendo adquirido por ella el dominio y la posesion, fuera ya un verdadero derecho *in re* el que le competeria sobre la cosa, á mas del *personal* que siempre tendria contra el vendedor. Pero el que esto se hubiese aplicado en igual caso al contrato de arriendo, no podria aplicarse, sino en el concepto de haberse considerado que el arrendatario, una vez ha llegado á detentar la cosa, adquiere respecto de la misma una relacion jurídica que antes no tenia, y que el simple contrato no le hubiera podido atribuir. Esta relacion jurídica proviene de un *hecho*, ó sea, del ejercicio del *derecho*: y por consiguiente vienen á verificarse todas las condiciones que constituyen la verdadera *cuasi-posesion*.

Ahora, esta *cuasi-posesion*, lo mismo que la de los derechos *reales*, nos parece digna y susceptible de ser protegida por las leyes en caso de ser atentatoriamente perturbada: y el Sr. de Savigny, que no niega al arrendatario el derecho de reclamar contra semejantes perturbaciones la proteccion de las leyes, pretende, empero, que no tiene necesidad de los interdictos para conseguir que se le haga efectiva, sino que la obtendrá en todo caso por medio de la accion del contrato ó reclamando su cumplimiento y observancia, si es el mismo arrendador el que le ha perturbado, ó exigiendo de este que le ceda sus interdictos si el perturbador es un tercero. Veamos si puede satisfacernos este modo de discurrir. Segun el mismo Sr. de Savigny, el *derecho posesorio* es esencialmente un derecho *personal* procedente *ex maleficio*. «Un acto de violencia» dice «puede afectar simplemente á la persona, »ó á la persona y juntamente á un derecho »que le pertenece. En el primer caso, no pro»ducirá en el derecho civil mas que una ac»cion para reparar la injuria. En el segundo, »ni aun es necesario que haya intervenido vio»lencia para que se proteja la propiedad vio»lada; pues independientemente de esta cir»cunstancia se concede á aquella la debida »proteccion: pero la reunion de estos dos de»litos puede producir efectos particulares, ta»les como la accion *bonorum raptorum*.—En»tre estos dos estremos se encuentra el caso »en que la violencia ejercida contra la perso»na la haya perturbado en su *posesion*, ó se »la haya quitado. No es en tal caso un dere»cho independiente de la persona el que ha si»do violado: sino que la perturbacion ha pro»ducido en la *posicion* de la persona misma un »cambio que le trae perjuicio: y el daño que »se le sigue de la violencia no puede ser en»teramente reparado sino por el restableci»miento ó proteccion de ese estado de *hecho* »que ha sufrido alteracion por la violencia. »Tal es» concluye «la verdadera causa de las »acciones posesorias:» como en seguida pasa á demostrarlo por el exámen mas minucioso de las ventajas de la posicion en que se encuentra el poseedor por el hecho de ser tal, como son, segun espresa, la de representar y obtener en el juicio de revindicacion el carácter de demandado que le dispensa de toda prueba, y la de tener la accion *in factum* que le compete para hacerse mantener en la posesion de la cosa misma y percibir sus frutos: «accion» añade «que no podria ser reempla»zada por otra alguna que se concediese para »reclamar los daños y perjuicios contra el ad»versario ó perturbador.» (Parte 1ª §. 6. págs. 39. y 40.) De todos estos principios sentados por el Sr. de Savigny y en los cuales convenimos exactamente, porque no sabríamos en verdad esplicarnos de otro modo el orígen, naturaleza y efectos del derecho posesorio, hé aqui las consecuencias que nosotros inferimos. En primer lugar, si la perturbacion violenta ó clandestina de un estado de *hecho* es un delito, y si, por serlo, adquiere la persona contra quien se ha cometido la accion y derecho de pedir que se restablezca aquel estado de *hecho*, que es el mejor ó el único medio de reparar los perjuicios causados, si, por ser ciertos estados de *hecho* legalmente ventajosos al que ha llegado á constituirse en ellos, nadie puede impunemente privar á este de aquellas ventajas, y las leyes le han concedido y le conceden proteccion hasta el punto de reponerle en la *posicion* que ocupaba, siempre que alguno le haya desalojado de ella, si las espresadas ventajas consisten principalmente en no poderse empeñar al poseedor en litigio alguno sobre la legitimidad de los derechos que está ejerciendo, sino considerándole con la calidad de demandado, y por consiguiente con

todas las presunciones en favor suyo, ¿cómo no será tambien un delito, cómo no deberá producir los mismos efectos el cambio ó perturbacion violenta de semejante estado de *hecho*, cuando se le haya perpetrado en perjuicio de un comodatario ó un arrendatario? La posibilidad legal de que esto se verifique está, en nuestro concepto, fuera de toda duda. Si Juan ha arrendado su fundo á Pedro y trata despues de infringir el contrato, esta infraccion habrá de verificarse infaliblemente de una de dos maneras: ó le habrá venido esa mala intencion al arrendador y la habrá puesto en obra antes de haber entregado la cosa arrendada á Pedro; y entonces este será quien deberá demandarle y *probar el contrato* si quiere, en uso de su derecho, reclamar y obtener el cumplimiento, ó bien habrá sido despues de hallarse ya el arrendatario ocupando la cosa, y entonces, de todos modos, seguirá *ocupándola* y *percibiendo sus utilidades* mientras dure el litigio, y aun podrá estar dispensado tambien de toda prueba siempre que el arrendador no haya apelado al pretesto de negar el contrato de arriendo y no haya propuesto una simple accion revindicativa, sino que, como sucede casi siempre, haya inventado y alegare alguna de las justas causas por las cuales puede instarse el desocupo ó rescision del contrato; en cual caso al arrendador demandante incumbirá esclusivamente el justificar aquella causa, y no probándola, nada habrá conseguido. Supóngase, pues, que para mejorar este su *posicion* arroja violentamente del fundo al arrendatario, ó que, aprovechándose clandestinamente de la ausencia de este, le imposibilita de intento de que vuelva á ocuparla: ¿no será esto un delito igual al que se comete perturbando de hecho al que ocupa la cosa como dueño y propietario? Si decimos que este delito no produce *obligacion*, autorizamos francamente su *impunidad*: y equivale á decir que no produce *obligacion* el afirmar que el arrendatario perjudicado no tiene mas derecho y accion que la que le da el contrato; porque (lo dicen las mismas palabras) esa accion y ese derecho no será el *delito*, sino el *contrato* el que se lo habrá dado. La odiosidad de estas consecuencias parecerá tal vez haber sido prevenida y declinada por el Sr. de Savigny; en cuanto de su modo de espresarse en esta materia podria alguno inferir que, segun él, por la accion misma del *contrato* se podrá perseguir al *delito* y conseguir la reparacion del mismo. Fúndase, en efecto, en que al arrendatario le quedará siempre la accion personal del arriendo y que, por ella, podrá pedir, en caso de perturbacion, á mas de la observancia del contrato, los daños y perjuicios causados con la infraccion del mismo. Cuanto mas violenta y atentatoria haya sido esta infraccion, pudiera añadirse todavía, tanto mayores serán los perjuicios causados, y tanto mas estensos los resultados de la accion intentada; hé aqui, pues, destruida la idea de impunidad: con la simple accion del contrato se obtiene y consigue la reparacion del delito; hé aqui probada la inutilidad de instituir otra accion *ex delicto*, de conceder á los arrendatarios perturbados interdicto alguno. Partiendo sin duda de estos principios, habrá dicho Savigny que *el arrendatario nunca puede salirse de la relacion de obligacion ó derecho personal, á la cual debe su detentacion, porque ella le basta para poner todos sus intereses á cubierto.* Pero semejante manera de discurrir, si no estamos muy preocupados, nos conduciria irremisiblemente á la negacion absoluta de todo derecho posesorio ó interdicto, ó de los efectos jurídicos de toda posesion, como estado de *hecho*. El que está poseyendo una cosa civilmente como dueño, el que la está poseyendo naturalmente, como acreedor pignoraticio, el que la está detentando simplemente, segun Savigny, como usuario ó usufructuario, tienen todos, independientemente de su posesion ó detentacion, una respectiva relacion de *derecho* con la cosa ocupada ó detentada: esta relacion de *derecho*, bien sea el de dominio, de prenda ó de servidumbre, les da á cada uno una accion *revindicativa, pignoraticia* ó *confesoria*: y en estas acciones tiene cada uno el medio legal, seguro é infalible de conseguir la reparacion de cualquier delito ó atentado que contra su respectivo derecho se hubiere cometido: pues no solo podrán pedir con ellas la cosa, sino los frutos dejados de percibir, y los daños y perjuicios que se les hayan causado. ¿Por qué las leyes no se han contentado con esta reparacion y han concedido ademas el derecho de reclamar la proteccion inmediata ó el restablecimiento del estado de *hecho* perturbado? ¿Por qué ha dicho Savigny, hablando del derecho posesorio en general, que «esa accion para hacerse »mantener en la posesion *no puede ser reem*»*plazada* por accion alguna de daños y per»juicios?» Porque hay en semejantes casos un mal que de otra manera seria verdaderamente irreparable: ese *cambio de posicion* que es el efecto mas inmediato y trascendental de la perturbacion ó violencia, y del cual se haria cómplice la misma ley si no lo hiciese desaparecer ante todo, y si no repusiera las cosas al anterior estado aun para el efecto precisamente de poder reclamar el agraviado los daños y perjuicios. Sucederia muchas veces que el perturbador se arrojaria á cometer actos de violencia despues de calcular todas las consecuencias, y creeria haber conseguido su objeto

aunque se le condenara despues al pago ó resarcimiento de aquellos perjuicios; pues muchos casos se presentan en que todo el interes de los litigantes está en cambiar el estado de las cosas, aunque sea solamente de hecho: y esto es mas frecuente todavía ó mas peligroso que suceda en cuestiones sobre contratos de *arriendo* ó *comodato* que tienen, por su naturaleza, un carácter de palpitante *actualidad*. De otra parte ¿no ha dicho tambien profundamente el propio Sr. de Savigny que «toda »la teoría del derecho de posesion está funda»da en la necesidad de proteger contra ciertas »formas de violacion el simple ejercicio de un »derecho, sin *averiguar* la existencia de ese »derecho mismo?» Mas el reducir al arrendatario y comodatario á la simple accion del contrato, cuando asi hayan sido perturbados en el ejercicio de su derecho, es imposibilitarles de obtener resultado alguno á menos que *prueben* la existencia y legitimidad del espresado derecho: y asi el negarles todo interdicto ó accion posesoria es negarles toda proteccion, y es invitar á los dueños arrendadores ó comodantes de mala fe á hacerse justicia por sí mismos, es ofrecerles la impunidad de los atentados que cometieren, y asegurarles una posicion mas cómoda y ventajosa despues que los hubieren cometido.

Tan obvias y concluyentes son las observaciones que anteceden y tan odioso en ciertos casos el negar á los arrendatarios todo interdicto que los mismos que sostienen esta última opinion y dicen ser por derecho comun la única admisible, han llegado á trepidar en ciertas ocasiones, y han incurrido en notables contradicciones. El profundo Voet en su célebre comentario á las Pandectas tit. *de vi et vi arm.*, §. 3. dice á propósito del arrendatario lo siguiente: *inquilinis contra, aut colonis, aut procuratoribus et similibus aliis dejectis, hoc interdicto experiundi facultas non est, quia non possident propriè, sed tantum alienæ possessioni ministerium præbent, adeòque frustra peterent restitui sibi possessionem, quam numquam habuerunt.... nisi tales inceperint suo nomine possessionem retinere tamquam prædones, veluti si proprietarium intrare volentem vi repulerint, vel emptorem à proprietario venditore missum....* y el mismo en el tit. *locati conducti*, §. 18., al hablar de las causas por las cuales puede el arrendador instar el desocupo, y del modo con que debe proceder para obligar al arrendatario á verificarlo, dice: *Quibus autem in casibus expulsiones conductorum per leges aut mores ante locationis finem permissæ sunt, observandum primò, non privatâ sed publicâ judicis auctoritate deturbari oportere colonos ac inquilinos, quoties privatim moniti migrare recusant, ne alioquin interdicto de vi et vi armata teneatur, qui dejecit:* y lo funda en las ll. 12. y 18. D. d. tit. *de vi et vi arm.* Es verdad que ninguna de estas dos leyes prueba, como lo ha observado oportunamente Savigny, que al arrendatario en calidad de tal pueda competerle el interdicto; pero no se nos negará que han de ser muy apremiantes las razones de lógica y de conveniencia que aconsejan lo contrario, cuando un escritor tan concienzudo como Voet se vió arrastrado por ellas á sentar en el título del arrendamiento una doctrina diametralmente contraria á la que él mismo habia sentado en el título del interdicto *de vi*. Por lo demas estamos enteramente conformes con el Sr. de Savigny en que las citadas ll. 12. y 18. se refieren á un caso particular y de escepcion, cual es, el de que habiendo el dueño vendido la cosa ó predio arrendado durante el arriendo, haya impedido el arrendatario violentamente que entrase en él para dar posesion al comprador ó que este por sí se la tomase. Entonces toma el arrendatario el carácter de *prædo* y se hace *poseedor jurídico*, aunque injusto, y adquiere la posesion que ha perdido el arrendador por el hecho de haber cedido á la fuerza ó violencia: y por esto, si, despues de haber adquirido aquel nuevo carácter, se ve el arrendatario despojado por otro, declara la ley que pueda á su vez intentar contra el despojante el interdicto que como á verdadero poseedor le corresponde. Asi lo habia entendido y esplicado el mismo Voet refiriéndose á las citadas leyes en el primero de los dos pasages que antes dejamos transcritos, aunque, al parecer, lo olvidara despues é interpretara aquellos textos del derecho comun en otro sentido que no es verdaderamente el que debe dárseles: y asi todavía no hemos dicho nosotros que en el derecho constituido esté consignada la facultad en el arrendatario de valerse del interdicto, ni, á decirlo, nos hubiéramos jamas fundado en dichas leyes 12. y 18., ni en otras especies tan generales como las contenidas en la l. 176. D. *de regul. jur.*, y l. 3. C. *de pignor. et hipot.*, que vemos alegadas al mismo intento por el propio Voet en el lugar citado. Con lo dicho hasta aqui hemos tratado de demostrar tan solo que el negar al arrendatario y al comodatario hasta la cuasi-posesion de su derecho, no es tal vez tan lógico y arreglado á los buenos principios como tal vez se ha pretendido, y que tampoco son tan sólidas y exentas de dificultades las dos razones alegadas por el señor de Savigny, ó sean, 1ª, la de que la naturaleza del contrato de arriendo no permite el que por él se considere privado de la posesion jurídica al arrendador, suponiendo con esto (lo que nosotros ponemos en duda) que, sin ne-

gar dicha posesion al dueño, no puede concederse la cuasi-posesion al arrendatario, y 2ª, la de que este último nunca tiene necesidad de intentar interdicto alguno, porque puede conseguir siempre lo mismo por medio de la accion del contrato.

A algunos les parece que toda perturbacion ó acto de violencia cometido en perjuicio del arrendatario podria resolverse por un caso de *injuria personal*, y conseguirse la reparacion de ella por medio de la accion de *injuria*. Pero, ni por esta se conseguiria mas que la restitucion ó pago de daños y perjuicios, nunca el restablecimiento del estado de *hecho* perturbado, en lo cual consiste la verdadera proteccion que los poseedores tienen derecho á reclamar, ni, de otra parte, es cierto que todas las perturbaciones cometidas contra un arrendatario puedan calificarse de simple *injuria personal*; antes bien todas constituirán esencialmente lo que llama Savigny «actos de » violencia contra la persona y juntamente con» tra un derecho que le pertenece y que no es » independiente de ella;» y ademas hay casos en que respecto del arriendo ni siquiera por remota analogía, podrán asimilarse siquiera con una injuria personal los atentados cometidos contra el arrendatario: tal seria, por ej., el en que el dueño arrendador de un predio rústico, aprovechando la ausencia del colono, y con el objeto de obrar contra el contrato, arase por su cuenta los campos que aquel hubiese sembrado, ó de otro modo le imposibilitase de hecho de utilizar la cosa arrendada.

La tercera razon en que funda el Sr. de Savigny la doctrina de que nos estamos ocupando, es la de ser los derechos personales ó *ad rem* esencialmente temporales y de tal naturaleza, que á cada paso pueden dejar de existir sin concurrencia del que los tiene á su favor constituidos, á diferencia de los derechos *in re* que son necesariamente *perpetuos* y tienen una existencia propia é independiente: de manera que en el caso de arriendo, por ej., el arrendatario pierde absolutamente su derecho de ocupar la cosa en el momento en que el arrendador haya querido enagenarla y la hubiere enagenado. Pero, en primer lugar, esa temporalidad de los derechos personales no escluye la idea fundamental del derecho posesorio, ó sea la de que el ejercicio de un derecho constituye un estado de *hecho* susceptible de ser perturbado y protegido por la ley, en cuanto importa consigo ciertas ventajas de *posicion* á favor del que se halla en actual ejercicio, de las cuales nadie de su propia autoridad, puede privarle impunemente: en segundo lugar, puesto que todas las cuestiones de *posesion* son esencialmente cuestiones de *actualidad*, no nos parece que haya de darse en ellas tanta influencia á la circunstancia de ser *perpetuos* ó *temporales* los derechos, cuyo ejercicio haya sido perturbado, hasta el punto de negar á los de la última clase la proteccion que se concede á los primeros; antes al contrario, por lo mismo de ser un derecho temporal, como lo son todos los personales, podrán suscitarse respecto de él infinitas cuestiones, no solo acerca su existencia absoluta ó legitimidad originaria, sino tambien acerca de si ha llegado ó nó á su término: de lo cual se infiere desde luego que, siendo mas numerosos y probables los conflictos á que el ejercicio de semejantes derechos puede dar lugar, lo serán tambien las ocasiones de que alguno de los interesados se arroje á vias de hecho ó cometa actos de violencia, y tanto mas inminente el peligro de que atentatoriamente se trate de cambiar el estado de las cosas, en cuanto, si bien es mayor por punto general, el interes que tienen las partes en cuestiones sobre propiedad ó derechos reales y perpetuos que nó en las que tienen por objeto derechos *ad rem* ó temporales, pero tambien en estas últimas son mas decisivas y apetecibles las ventajas que resultan del estado de *hecho* á favor de una ú otra de las partes. ¿Qué interes tiene un inquilino en pleitear y sostener el arriendo una vez este ha sido infringido de hecho, y arrojado él á la calle, y se ha visto en la precision de buscarse inmediatamente una nueva habitacion que ya estará ocupando? Ninguno en la mayor parte de los casos, si se le niega el derecho de pedir incontinenti la reposicion de las cosas en su anterior estado. Niéguesele en efecto ese derecho, y de los cien inquilinos violentamente perturbados ó espelidos, los noventa no pensarán en entablar la accion del contrato para volver á la habitacion antigua, luego de pasada la irritacion y angustias del primer momento y de haberse instalado en otra habitacion, que es por donde en dicha hipótesis habrán debido empezar. — Han querido observar algunos, que si bien el hallarse alguno en ejercicio de un derecho importa naturalmente la presuncion de pertenecerle el derecho ejercido, pero que esto no podia aplicarse en términos tan absolutos á los derechos *ad rem* por su esencia *temporales* y de duracion limitada, porque contra el que los está ejerciendo de hecho obran á la vez no solo la posibilidad de que lo haga ilegítimamente y sin haberle aquellos jamas pertenecido, sino tambien la de que, habiéndole pertenecido, haya dejado de tenerlos y poderlos ejercer: y como, añaden, el derecho posesorio se funda principalmente en esa *presuncion* de legitimidad, hé aqui una razon por la cual ha podido lógicamente escluirse aquel derecho del ejercicio de los que no son perpetuos. Pero semejante ra-

ciocinio equivale desde luego á sancionar el principio de que los propietarios de las cosas, cuando tengan limitado el ejercicio de su derecho de propiedad en fuerza de algun contrato, pueden impunemente arrojar de la cosa por su propia autoridad al que la esté ocupando en fuerza del contrato, á lo menos en el momento en que *crean* haber cesado su obligacion y haber surtido el contrato todos sus efectos: todavía mas, es invitarles á que no dejen de hacerlo, porque si de todos modos ha llegado á suscitarse cuestion entre el dueño y el arrendatario, por ej., sobre la duracion del arriendo, ¿qué arrendador, ofreciéndosele ocasion oportuna, dejará de emplear la violencia, ya que esta ninguna nueva responsabilidad puede traerle, y sí solo colocarle en posicion mas ventajosa para mientras durare el litigio que él *cree* de *buena fe* habrá de decidirse en favor suyo? Fuera de esto, es menester no olvidar que las leyes protectoras de la posesion no inquieren ni preguntan si existe ó nó legítimamente el derecho poseido; y aun en esto mismo viene á consistir la proteccion que dispensan á los poseedores; pues de otro modo no fuera la posesion ó el simple *ejercicio* de un derecho, sino el *derecho* mismo el protegido: así, pues, no es tan cierto como generalmente se pretende, el que la causa y fundamento de las acciones ó del derecho posesorio sea esa *legitimidad presunta* de los derechos ejercidos; antes bien el Sr. de Savigny que así lo habia consignado, ha cambiado posteriormente de opinion y ha dicho en la 6ª y última edicion de su Tratado (Parte 1ª §. 6. págs. 38. y 39.) que «en realidad aquella »presuncion no tiene fundamento jurídico al»guno, y que, por lo que hace á la simple »posesion, tan verosimil es que sea propieta»rio el poseedor, como que no lo sea. Tan »solo resulta la *presuncion* de la concurrencia »de la simple posesion con la *bonæ fidei pos»sessio*: mediante la cual se supone en efecto »pertenecer la propiedad al poseedor, y esta »ficcion no es otra cosa que una presuncion, »pues se la neutraliza con la *exceptio domi»ni*; pero entonces no se halla el motivo de »dicha ficcion ó presuncion sino en la circuns»tancia de ser una posesion calificada la que »es *bonæ fidei*: y como aquella circunstancia »no conviene á la simple posesion, no puede »esta servir de base á una presuncion legal de »propiedad. — De otra parte, no puede ne»garse al simple poseedor toda *posibilidad* de »propiedad: y, en consideracion á esta posi»bilidad, la posesion le tribuye de accion y »de hecho ventajas muy importantes, venta»jas que es necesario conservarle ó en su caso »restituirle para borrar todas las consecuencias »de la violencia.» Segun esto, pues, la base y orígen del derecho posesorio es algo menos que la presunta legitimidad del derecho poseido, es la mera posibilidad de que sea legítimo el ejercicio de aquel derecho; posibilidad de que nunca puede prescindir la ley, dónde y como quiera que se levanten dos pretensiones encontradas: pero esta *posibilidad* conviene al ejercicio de los derechos *ad rem* aunque temporales, del mismo modo que al de los derechos *in re* perpetuos por su naturaleza, y aun mas, esa posibilidad tribuye respecto de los primeros, las mismas ventajas de *posicion* al que de hecho los está ejerciendo, que al que ejerce alguno de los primeros, luego ¿cómo ha podido decirse que aquellos no sean susceptibles de ser cuasi-poseidos y que su cuasi-posesion no produzca legalmente los propios efectos que la de los derechos *reales*? Otros han llevado mas allá este mismo argumento y han observado que, pues el derecho personal del arrendatario recae sobre una cosa y esta cosa debe ser poseida por alguno en calidad de dueño, usufructuario etc., en caso de colision entre este último y el primero, todas las presunciones estan en favor del que tiene el derecho *in re*, porque la existencia y legitimidad de este derecho se halla de todos modos fuera de duda, y ni aun la contradice el que pretende ser arrendatario, y en calidad de tal supone haber sufrido violencia; de donde se quiere inferir que entre aquellos dos derechos, cuestionable y litigioso el uno, al paso que el otro es indubitado, ninguna proteccion debe dispensarse al primero mientras no pasa su ejercicio de un simple hecho, y no se le ha elevado al carácter de un verdadero derecho, probándose y declarándose solemnemente su legitimidad. Pero semejante objecion que se apoya en el mismo principio de la *presuncion*, perderia toda su fuerza, si alguna tuviera, desde el momento en que se considerase, como acabamos de considerar, al derecho posesorio fundado, nó en la legal *presuncion*, sino en la mera *posibilidad* de que sea legítimo el ejercicio del derecho poseido: y decimos si alguna fuerza tuviera; porque, en realidad ninguna le concedemos, aun en la hipótesis de ser admisible el principio de la *legitimidad presunta*. El derecho personal del arrendatario no escluye, es verdad, y aun diremos mas, presupone por necesidad el reconocimiento por parte de aquél del dominio ó del derecho real de usufruto en la persona del que dice ser arrendador: mas, precisamente por esto mismo nos parece que no debe tenérsele en cuenta para conceder ó negar la cuasi posesion y los consiguientes interdictos al arrendatario perturbado, pues el decir que el derecho de este no es incompatible con el del dueño ó usufructuario perturbador, y que an-

tes bien le presupone equivale á decir, que la existencia y legitimidad reconocida del dominio ó del usufruto no escluye ni puede absolutamente disminuir la *presuncion* del derecho personal del arrendatario dimanada del hecho de haberlo estado ejerciendo pacíficamente el que ha sido perturbado. A mas de esto, es necesario tener presente que no siempre será un dueño reconocido é indubitado quien habrá tenido alguna diferencia con el arrendatario de hecho, y quien habrá podido propasarse á cometer actos violentos ó perturbativos. Supóngase que estos provienen de un titulado nuevo adquisidor que, pretendiendo no estar obligado á cumplir el arriendo y no pudiendo conseguir que el arrendatario desocupe, le arroja violentamente por su propia autoridad. Si este último ha fundado su resistencia en negar el traspaso ó adquisicion ó la circunstancia de haberse hecho á título singular ¿á favor de quién estarán las presunciones? ¿A favor de quién estarán, cuando la perturbacion haya sido originada de un conflicto entre dos que pretendan haber arrendado el mismo predio, y habiendo llegado uno de ellos á ocuparlo se vea violentamente espelido por su adversario? Es verdad que entonces se supone perturbada la posesion del dueño y que podrán utilizarse los interdictos en nombre de este, dándose facultad al espelido para pedir por medio de la accion del contrato que aquel le haga cesion de los mismos; es verdad tambien que las leyes han previsto hasta el caso de hallarse ausente el dueño ó arrendador, permitiendo entonces espresamente al colono ó arrendatario que pueda intentar los interdictos, aunque en nombre del primero, pero por su propia autoridad y sin necesidad de que este se los ceda, l. 1. C. *si per vim vel alio modo abs. pert. sit poss.* Mas en el caso posible de estar el dueño presente y resistirse á ceder sus acciones posesorias ¿de qué le servirá al arrendatario la facultad de poder reclamar la cesion, si el arrendatario de acuerdo con el perturbador le obliga para ello á seguir por todos sus trámites un juicio ordinario? Es forzoso convenir en que es negarle toda proteccion el sujetarle, mientras se halla espelido, á todas esas dilaciones, y hacer depender de la voluntad del dueño el que pueda reclamar la reparacion del atentado con la eficacia y perentoriedad propias de semejantes casos; á mas de que, aun prescindiendo de todos estos inconvenientes, siempre nos parece un contrasentido el que á un particular necesariamente interesado en que se repare un atentado cometido en su perjuicio se le niegue el derecho de pedir dicha reparacion ó se le obligue á hacerlo en nombre de otro que podrá no tener interes en ello y que tal vez habrá sido cómplice en el atentado. Por mas que se diga, no podrá desconocerse que los actos de violencia perpetrados en la persona de un arrendatario son de muy diversa índole segun sean los fines del que los haya perpetrado y los antecedentes que le hayan impulsado á ello. Si el despojador, creyéndose con derecho ó aparentando tenerlo para poseer la cosa á título de dueño ó usufructuario, por ejemplo, en lugar de acudir á los medios legales de justicia se ha valido de la fuerza para obtener la posesion y ha espelido al arrendatario, porque casualmente le ha encontrado ocupando la cosa, como, á encontrarlos en ella, hubiera espelido al mismo dueño ó á su procurador, á sus domésticos ó esclavos, comprendemos muy bien que ese despojo se refiera principalmente al dueño ó poseedor civil, porque este será en dicho caso el verdader agraviado, y forzosamente habrá de considerarse como tal. Y si no pudiese haber despojo alguno que no fuese cometido en aquel sentido, podria hasta ser lógico el denegar al arrendatario espelido la facultad de utilizar los interdictos en nombre propio, porque en rigor no podria titularse despojado en la calidad de arrendatario, sino en la de mero representante del arrendador, de verdadero *minister alienæ possessionis.* Pero puede presentarse la espulsion de un colono ó inquilino bajo muy diferente carácter: puede suceder que de dos particulares que pretendan haber arrendado un mismo predio á un mismo dueño, habiendo empezado el uno á ocuparlo, apelare el otro á vias de hecho para subvertir el estado de las cosas y adquirir así en el juicio que ha de promoverse una posicion mas ventajosa: ¿puede ser mas evidente que semejante atentado, aunque igual en la forma y circunstancias esteriores, será, empero, esencialmente distinto del primero en su tendencia y resultados? Tan lejos habrá estado entonces el despojador de querer perjudicar el derecho del arrendador y la *posesion* jurídica que este obtiene de la cosa, como que por el mismo hecho de titularse su arrendatario y querer ser reconocido como tal, se habrá constituido representante (*minister*) voluntario de aquella posesion. Al dueño ó poseedor jurídico podrá serle indiferente que el predio esté ocupado por uno ú otro de los pretendidos arrendatarios; y si bien se considerará tal vez agraviado por la espulsion violenta de aquel de los dos á quien debe suponerse que *el* mismo entregó la cosa ó permitia que la estuviese ocupando; pero puede tambien mantenerse inactivo ó complacerse á la vista de la violencia consumada: y miéntras no se sepa si esto sucederá, mientras exista, como existirá siempre en los primeros momentos, la posibilidad de que así suceda ¿cómo negar al arrendata-

rio espelido el derecho y accion para pedir en nombre propio la reparacion del atentado que contra él esclusivamente se habrá cometido? ¿cómo obligarle á reclamar del arrendador que le ceda sus interdictos, cuando para ello, en caso de oposicion, tendrá necesidad de justificar en juicio ordinario la existencia del contrato y la legitimidad del derecho en cuyo ejercicio ha sido perturbado? Es digno de notarse sobre todo que, cuando se comete un despojo ó atentado en la persona del arrendatario, bien se le haya cometido con ánimo de espelerle en la calidad de tal arrendatario ó en la de mero representante del arrendador ó poseedor jurídico, siempre resulta aquel por necesidad igualmente agraviado y tiene un interes evidente en que se repongan las cosas á su anterior estado: de donde se infiere que, aun antes de estar calificada la violencia y mientras se duda todavía contra quien formalmente se ha dirigido, ya es notorio desde luego que al que ha sido materialmente espelido se le ha privado de las ventajas de la posicion que ocupaba; y que respecto de él se ha perpetrado el delito (*maleficium*) que, segun Savigny, es la base y fundamento del derecho posesorio. ¿No es tambien el usufructuario representante en cierto modo del dueño ó poseedor civil? ¿No puede darse el caso de ser aquel despojado por quien se titule dueño y trate de escluir, nó precisamente la servidumbre constituida, sino el dominio del que la ha constituido y que, á pesar de ella, sigue poseyendo todavía como propietario? ¿Por qué, pues, no se reduce tambien al usufructuario á haber de reclamar que le ceda sus interdictos el dueño poseedor que es en ese caso el verdadero y principal agraviado? ¿Por qué la servidumbre es un derecho *in re?* Pero no se funda en él la accion posesoria, sino en el delito que importa la subversion violenta de un estado de hecho, de un órden de cosas establecido: motivo por el que la califica Savigny de accion *personal.* ¿Por qué el usufruto es un derecho *perpetuo?* Pero los interdictos no se refieren á los *derechos*, ni han sido instituidos para que fuesen protegidos aquellos, sino los *hechos* ó el ejercicio de los primeros, y las ventajas que las leyes aseguran al que sin fuerza ni clandestinidad ha llegado una vez á ejercerlos. ¿Por qué en cualquier momento en que se despoje á un arrendatario es imposible saber si ya habia dejado de serlo, ó, mejor dicho, existe siempre la posibilidad de que se haya ya estinguido el derecho que como tal estaba ejerciendo y que es esencialmente temporal y de duracion eventual y limitada? Pero, mucho nos engañamos, ó es innegable que ni el arrendador, finido el tiempo del contrato, ni el que haya adquirido de este último la cosa arrendada á título singular, por mas que dejen de estar obligados á seguir observando el contrato, tienen derecho de valerse de la fuerza para conseguir el desocupo: y asi, espelido un arrendatario, no solo contra la posibilidad de que haya dejado de serlo existe siempre la posibilidad de que lo sea todavía (la cual es suficiente para concluir en aquel caso la existencia del derecho posesorio ó cuasi-posesorio, pues entre dos posibilidades encontradas debe prevalecer interinamente aquella que de hecho se estaba realizando), sino que tambien existe necesariamente la certeza de que se ha cometido un atentado, un delito que es indispensable reparar y que no tiene otra reparacion posible que la de reponer las cosas al estado de *hecho* injustamente subvertido.

Todo cuanto respecto del arrendatario dejamos espuesto, tiene una exacta é inmediata aplicacion al comodatario, porque el derecho que este adquiere en virtud del comodato, si bien es indudablemente personal, pero es de tracto sucesivo y susceptible por su naturaleza de ser perturbado, y tal, en una palabra, que la perturbacion violenta de su ejercicio altera la *posicion* respectiva del despojante y del despojado, y le causa á este ó puede causarle perjuicios, cuya reparacion no puede obtenerse sino restituyendo las cosas al estado que tenian antes de cometerse el despojo. Si á mí me han prestado un caballo para hacer un viage, en cuya realizacion inmediata pueden estribar todos mis intereses ó la salvacion de los objetos que me son mas caros; y si en el momento de emprender la marcha, ó poco antes, se apodera del caballo el dueño comodante ó un estraño, y me imposibilita de ir al punto á donde me convenia ¿puedo tranquilizarme yo con la esperanza de hacer efectiva la responsabilidad contraida por el despojante de resarcirme los daños y perjuicios que me ocasionare? Y si puedo justificar que contaba con el caballo para aquel viage, y que habia ya empezado á ejercer el derecho proveniente del contrato, cuando se me ha hecho la violencia, ¿será lógico, será justo que la ley no haya visto en esas circunstancias y autorizado un medio de evitar el daño, mejor que prometerme y asegurarme su indemnizacion? Hé aqui, pues, que, si en el caso propuesto no puede el comodatario valerse contra el despojante del interdicto *de vi*, no es ni puede ser, porque no haya de considerarse á aquel como cuasi-poseedor de su derecho, ni porque el ejercicio de este derecho no sea susceptible de ser perturbado, ó su perturbacion no cause análogos perjuicios que la del derecho de propiedad ó servidumbre; sino porque el mencionado interdicto, como es sabido, no

tiene lugar respecto de las cosas muebles que acostumbran ser objeto de aquel contrato. Y por esto dejamos dicho en otro lugar de este mismo apéndice, que en *rigor lógico*, esto es, atendida la naturaleza del derecho que el comodatario en calidad de tal ejerce, no veíamos inconveniente en afirmar que debieran concedérsele, lo mismo que al arrendatario, la cuasi-posesion y los consiguientes interdictos. Aun para las cosas muebles, cuando le hayan sido quitadas, se le dan á aquel las acciones *furti*, la de *vi bonorum raptorum* y la *ad exhibendum*; acciones que no nacen entonces del contrato, sino de otra causa independiente, que es el delito, ni se le dan al comodatario en calidad de tal, sino en el concepto de ser otro de aquellos *quibus interest rem non fuisse surreptam*. Mas, si este legítimo interes es protegido por la ley, hasta el punto de estar designadas esas acciones independientes del contrato en el caso de atentarse de hecho contra él, ¿cómo en los casos análogos que respecto de los inmuebles pueden ocurrir, quedaria desatendido el interes no menos legítimo que puede tener y tiene en no ser espelido del predio el que lo está ocupando con derecho de ocuparlo? La espulsion violenta de semejantes detentadores equivale exactamente al robo ó hurto de las cosas muebles dadas en comodato: y así la misma razon hay para conceder respecto de los inmuebles los interdictos ó acciones posesorias, que puede haber habido para conceder las acciones de hurto ó de robo al comodatario de una cosa mueble.

Por lo demas, empero, y contrayéndonos al derecho escrito, no puede negarse que en la legislacion de los romanos no se encuentra texto alguno en que pueda fundarse la doctrina que en teoría acabamos de sostener, ó sea, la de que haya de considerarse como una verdadera cuasi-posesion el ejercicio de ciertos derechos personales, y de que pueda intentar el interdicto *de vi* el que, habiendo empezado á ejercerlos, haya sido violentamente perturbado. Hay al contrario, algunos pasages que niegan, al parecer, formalmente la facultad de intentar dichas acciones posesorias al arrendatario á quien, segun lo que dejamos espuesto, deberian principalmente concederse. Hé aqui las leyes del Digesto que mas directamente se refieren á la cuestion. *Interdictum autem hoc nulli competit nisi ei qui tunc cum dejiceretur possidebat: nec alius dejici visus est, quam qui possidet.* l. 1. §. 23. D. *de vi et vi arm. Quod servus vel procurator vel «colonus» tenent, dominus videtur possidere: et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videtur.... Et si quis igitur alius per quem possidebam dijectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium visum est* d. l. 1. §. 22. *Si «colonus» tuus vi dejectus est, ages unde vi interdicto. Idem si inquilinus tuus vi dejectus fuerit. Paulus: idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino.* l. 20. d. tit. Sobre todos los textos transcritos no podemos menos de observar que no tanto se descubre en ellos la decidida intencion de negar el interdicto al arrendatario espelido, como de declarar que, por la espulsion de este, se entenderá despojado el dueño arrendador y perjudicada la posesion jurídica que obtiene el mismo de la cosa. De un modo análogo se verifica respecto del usufruto que, siendo el usufructuario el espelido, se considera despojado el dueño, y se conceden á este los interdictos para recobrar su posesion, sin perjuicio de los que competen al primero para recobrar la suya, ó para conseguir que se le reponga en la cuasi-posesion del derecho de servidumbre. ¿No podria creerse, pues, que lo mismo se quiso declarar respecto del arriendo, ó sea que el arrendador podrá reclamar contra el despojo, no obstante de poderlo hacer respectivamente el arrendatario? A esto se opone la citada l. 1. §. 9. donde dice: *Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti; non autem si «colonus»*. Mas, aun así, es digno de notarse, que con estas palabras no solo se concede á la muger donataria el interdicto, sino que se entiende concedérsele con esclusion del marido, el cual, si bien conserva el *dominio* por ser nula la donacion, ha perdido, empero, la *posesion* en el momento de hacer entrega de las cosas donadas; lo cual, ni aun en nuestra hipótesis podria decirse del arrendatario, ya que este nunca en calidad de tal puede calificarse de *poseedor* de la cosa arrendada; y por mas que se le diera el interdicto por su *cuasi-posesion*, siempre deberia entenderse sin perjuicio del que por la *posesion* compete indudablemente al arrendador. No dirémos que esta interpretacion sea la que deba admitirse: mas no vemos, á la verdad, que deba desechársela por violenta. A mas de que, aun dando á las leyes transcritas toda la fuerza de que son susceptibles, advertimos en ellas un vacío que favorece nuestras opiniones. No puede desconocerse que, si en realidad ha querido denegarse al arrendatario el interdicto, se ha fundado esplícitamente esta disposicion en la circunstancia de considerarse despojado al arrendador por la violencia ejercida en la persona del primero. Ahora, semejante consideracion es de todo punto inaplicable al caso en que el despojante sea el mismo dueño arrendador, así como es cierto que las leyes del Digesto no se han ocupado en manera alguna de dicho caso, ni probablemente del en que el despojo se haya dirigido contra el ar-

rendatario en calidad de tal, y sin ánimo por parte del despojador de negar los derechos del dueño arrendador, ni de desposeer á este último: y por lo tanto, es evidente que para dichos casos no se ha establecido en el derecho comun, que no tuviese el arrendatario los interdictos. De otra parte, la l. 7. C. *unde vi* declara que hasta el dueño de una cosa está tenido al interdicto por el hecho de haber despojado á otro que legítimamente la tuviese en su poder, y lo hace en los siguientes términos: *si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat.* Mucho nos engañamos, ó en esta disposicion hubieron de entenderse comprendidos todos los actos de violencia que pudiese cometer un dueño ó poseedor civil no solo contra los poseedores naturales jurídicos, como los acreedores pignoraticios, sino tambien los simples detentadores, es decir, los que lo sean con derecho de detentar la cosa ú ocuparla, á cuya clase pertenecen los arrendatarios. Nadie dudará, por ej., que la pena de dicha ley es aplicable al dueño ó propietario que violentamente invada la cosa ocupada por el usufructuario: y sin embargo, el Sr. de Savigny que no se opondria seguramente á la exactitud de esta aplicacion, pretende que el usufructuario no *posee* la cosa naturalmente siquiera, sino que es un simple detentador, aunque tenga la cuasi-posesion de su derecho *in re*: lo que prueba desde luego que las palabras «*possessionem*» «*possessori*» de que se usa en la especie antes transcrita, no deben tomarse en su rigurosa y jurídica acepcion, sino en la de «detentacion» «detentador»; en cuyo único sentido, siguiendo las doctrinas de Savigny, podrian aplicarse al usufructuario, y en el cual, por lo tanto, no habria inconveniente en aplicarlas al arrendatario, atendida la letra de dicho texto. Por lo que hace á su espíritu, no debe olvidarse que el arrendatario, aunque procedente del contrato, tiene *derecho* al fin de ocupar la cosa y usar de ella; de donde se infiere, que no puede el dueño ni nadie espelerle por su autoridad, sin hacerse reo del atentado que por la citada ley se ha tratado de castigar y reprimir. Fuera de esto, refiriéndose á esta la l. 10. del mismo tit., fulmina contra los poseedores ó detentadores naturales que se resistan á desocupar las cosas detentadas, siendo al efecto oportunamente requeridos por los dueños respectivos, la misma ó análoga pena á la fulminada contra los dueños que espelieren violentamente á los poseedores: y lo hace en tales términos, que no permiten dudar haberse entendido hablar en d. l. 7. no solo de los atentados cometidos contra los meros detentadores, sino tambien y en especial contra los arrendatarios: *quemadmodum*, dice, *alienæ possessionis invasores... sacra constitutio censuit esse puniendos, ita nec «conductoribus nec possessionis alienæ detentatoribus» impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum... recuperare secundum legem volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint insistendum; et non protinus, id est, non expectato judiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus, cedere patiantur.* Con esto se quiso sentar la base de una exacta y completa reciprocidad entre los poseedores ó detentadores de cosas agenas, y los dueños de las cosas poseidas ó detentadas por otros; de manera que fuese igualmente protegido el derecho de los primeros á seguir ocupando las cosas que legítimamente detentaran, que el de los segundos á recuperarlas finido el tiempo, por el cual pudiera el detentador ocuparlas; y, pues al penar al arrendatario por su resistencia en devolver la cosa arrendada, y al establecer que en caso de resistirse estaria tenido al interdicto *unde vi*, se hizo mencion espresa de aquella reciprocidad, y se dijo establecerse (*quemadmodum*) á imitacion de lo que estaba dispuesto en la l. 7. contra los *possessionis alienæ invasores*, luego verdaderamente se entendió hablar en esta última de las invasiones ó atentados cometidos por el dueño arrendador contra la detentacion del arrendatario, y por consiguiente se concedió á este en dichos casos la accion posesoria ó interdicto. Asi encontraríamos en las constituciones imperiales llenado el vacío que antes hemos observado en el tit. *de vi et vi armata* del Digesto; y asi la opinion que hemos sostenido en el terreno de la equidad y de los principios vendria á estar casi espresamente autorizada por el derecho escrito: á propósito de lo cual concluirémos observando, que aun en el Digesto mismo se encuentran algunas disposiciones de las cuales se desprende, que no siempre se ha tenido igual dificultad en conceder al arrendatario el derecho posesorio ó cuasi-posesorio que forma la base de los interdictos. El llamado *quod vi aut clam* verdadero interdicto es, pues no se pide por él la indemnizacion de los daños y perjuicios causados por la obra clandestina ó violentamente construida, sino la demolicion de esta y la reposicion de las cosas á su anterior estado; y no obstante, se permite espresamente al arrendatario el intentarlo en nombre propio ó *in quantum ei intersit* l. 12. y l. 16. princ. D. *quod vi aut clam.* La obra clandestina no importa

otra cosa mas que una verdadera perturbacion en el ejercicio del derecho que compete al arrendatario en calidad de tal: y pues el legítimo interes que tiene este en que no se le perturbe, fue atendido por los jurisconsultos romanos, y protegido en sus decisiones por medio de un interdicto, no cabe conciliar con esto el que hubiesen tenido la intencion de negarle y le hubiesen negado el interdicto *de vi* en el caso de que se le despojare ó interrumpiere absolutamente el ejercicio del espresado derecho.

Por lo que hace á nuestras leyes patrias ya hemos tenido ocasion de ver, que no se han ocupado las de Partidas de los interdictos y tampoco de la posesion, mas que para el efecto de las usucapiones ó prescripciones; de donde podríamos inferir que no se encuentra en la letra y espíritu de las mismas, obstáculo alguno para considerar al arrendatario como cuasi-poseedor de su derecho, y para concederle en tal concepto, las correspondientes acciones posesorias. Tan solo en las ll. 10. y siguientes tit. 10. Part. 7., copiando las disposiciones del Código romano en el citado título *unde vi*, estableció nuestro sabio Rey contra los que á la fuerza despojasen á otros de las cosas que estuviesen poseyendo, las mismas penas que respectivamente se les habian impuesto por derecho comun, á saber, la de perder el despojante el dominio ó el otro derecho que acaso le compitiese sobre la cosa, ó la de haber de restituir con ella su precio ó estimacion, caso de no tener derecho alguno sobre la misma en el acto de cometer el despojo. En la l. 11. de dd. tit. y Partª. se declara que no incurre en la espresada pena el dueño de la cosa que la haya arrebatado por fuerza del que la tuviese en arriendo ó comodato, fundándolo en que en semejantes casos el despojante conserva, á mas del dominio, la posesion; pero añade que esta circunstancia le libra tan solo de la pena ó pérdida de su derecho, nó de la obligacion de restituir la cosa al despojado, para que la siga ocupando y usando de ella por todo el tiempo estipulado en el contrato; cuya restitucion, debe hacer inmediatamente, y puede pedirla el despojado por la via sumaria y por medio de una accion verdaderamente posesoria, antes que se entre en el juicio ordinario de propiedad; como se infiere de la l. ult. del citado tit., en la cual se establece generalmente y para todos los casos de fuerza sin distincion, que las demandas de restitucion de despojo autorizadas por las leyes anteriores (y así inclusas las de los arrendatarios despojados por sus dueños ó arrendadores) «deuen ser oydas primeramente, e ser libradas segund derecho,» antes que las demandas ó acciones de propiedad: por donde se ve que, si bien las leyes de Partidas no consideraron á los arrendatarios y comodatarios como poseedores jurídicos, insiguiendo en esto los principios de derecho comun, y no calificaron tan severamente por esta razon los atentados que contra ellos se cometiesen, entendieron, empero, que les competia algo mas que una mera ó simple detentacion, cual la que tiene un procurador ó encargado; porque aquellos, detentando, ejercen un derecho y estan en la cuasi-posesion del mismo, de donde procede la facultad y accion para pedir que se restituyan las cosas al ser y estado que tenian, siempre que se hallen perturbados ó violentamente espelidos. La l. 4. tit. 4. lib. 4. del Fuero Real que forma la 1. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec., establece tambien lo mismo que las romanas y las de Partidas, bien que espresándose en unos términos susceptibles de mas lata interpretacion. «Si alguno» dice «entrare ó tomare por fuerza alguna cosa que otro *tenga en su poder y en paz*, si el forzador algun derecho ahi habia, piérdalo; y si derecho ahi no habia, entréguelo con otro tanto de lo suyo ó con la valía á aquel á quien lo forzó.» Segun esta ley, no solo competeria al arrendatario la accion para pedir la restitucion del despojo, sino tambien la penal para pedir que el despojador cayese de su derecho si lo tenia, ó pagase la estimacion de la cosa; pues no se usa ya aquí como en las leyes de Partidas, de las palabras «posesion» «poseedor» refiriéndose al despojado, sino que se castiga el acto de tomar por fuerza la cosa que otro tenga *en su poder*, y de consiguiente, aunque no haga mas que detentarla; siendo igualmente de notar las palabras *tenga la cosa en paz*, con las cuales se confirma la idea de tratarse en dicha ley de una verdadera accion posesoria ó de aquellas que se dirigen á obtener la proteccion del simple ejercicio de un derecho independientemente de la existencia y legitimidad de este último; como si hubiese querido decirse, bastará que se pruebe ese estado de hecho, ó sea, la *pacífica* (no legítima) detentacion de la cosa, para que haya de reponerse en ella al que haya sido violentamente perturbado.

Como quiera que sea de esto, ya se hayan entendido y aplicado nuestras leyes patrias en el sentido en que acabamos de espositarlas, ó ya porque se haya obedecido á una necesidad mas imperiosa que las teorías sobre la posesion generalmente recibidas, es lo cierto que en la práctica de nuestros tribunales se considera estar en posesion ó cuasi-posesion para el efecto de poder entablar los interdictos ó la accion del despojo, á todo el que, hallándose ejerciendo un derecho susceptible de ser perturbado, haya sufrido efectivamente una per-

turbacion: y asi, si bien no está ni tal vez ha estado jamas en observancia la disposicion puramente penal de nuestras leyes que privan al despojador de su derecho, caso de haberlo tenido, ó al pago de la estimacion; en órden, empero, á la restitucion del despojo por la via sumaria y preventiva sin mas pruebas ni exámen que el de la posesion ó detentacion pacífica y de su perturbacion, se admiten sin dificultad todas las demandas ó interdictos que se proponen, ya sean verdaderos y jurídicos poseedores ó cuasi-poseedores los que se pretenden despojados, ó ya sean simples detentadores, con tal que lo sean, como los arrendatarios, en virtud de un derecho adquirido á detentar la cosa y usar de ella.

Si, á pesar de existir y haber prevalecido esa práctica, nos hemos detenido tanto en demostrar teóricamente lo mismo que por ella ha venido á quedar autorizado, ha sido con el objeto de vindicarla, por decirlo asi, y de manifestar que no se la debe al olvido ó ignorancia de los principios sentados por el derecho comun en materia de posesion; sino que puede muy bien conciliársela con ellos, ó á lo menos es dudoso que exista entre estos y aquella la absoluta incompatibilidad que se ha pretendido.

TITULO XXXI.

DE LAS SERUIDUMBRES, QUE HAN UNAS COSAS EN OTRAS, E COMO SE PUEDEN PONER.

Seruidumbre han los vnos edificios sobre los otros, e las vnas heredades en las otras; bien assi (1) como los señores en sus sieruos. E pues que en los Titulos ante deste fablamos, de como los omes pueden ganar, o perder el señorio, e la possesion en las cosas; queremos aqui dezir de estas seruidumbres; e mostrar primero, que cosa es tal seruidumbre. E quantas maneras son della. E quien la puede poner, e en que cosas, e en que manera. E como se puede perder despues que es puesta.

LEY 1. *Que cosa es Seruidumbre: e quantas maneras son della.*

Propiamente dixeron los Sabios, que tal seruidumbre como esta, es derecho, e vso (2) que ome ha en los edificios, o en las heredades (3) agenas, para seruirse dellas a pro de las

(1) De la misma comparacion se vale Azon en la suma Instit. *de servit.*

(2) Tenemos aqui la definicion de la servidumbre predial, que Bart. á la l. 1. D. *de servit.*, decia no haber hallado; y la definia allí en estos términos: Servidumbre es cierto derecho inherente á un predio, constituido en utilidad del mismo, y limitativo del derecho y libertad de otro predio: V. al mismo allí donde declara el sentido de estas palabras singulares, y Bart. Cepol. en su trat. *de servit.*, cap. 2. *de servit. real.*, col. 1., donde pone otras definiciones; pero dicho Bart. pretende ser mejor la suya; y la adopta tambien Aug. á d. l. 1.; siendo en el fondo igual á la que tenemos en esta nuestra ley: y acerca el modo como deben concebirse las palabras, para entenderse que se trata de la servidumbre predial, V. Cepol. en d. cap. 2. — * Lo que se nota en la presente ley es la falta de método con que se empieza á tratar en ella de las servidumbres; pues, en lugar de dar de las mismas una idea ó definicion general que comprenda todas las especies, como la del *jus in re aliena alteri constitutum quo dominus quod huic alteri commodum sit aliquid pati in suo vel non facere cogitur;* y en lugar de subordinar á esta definicion general las dos especies de servidumbres prediales y personales, y la subdivision de las primeras en rústicas y urbanas, se empieza por dar una definicion que comprende esclusivamente las prediales, y se distinguen luego las rústicas de las urbanas, hablándose á continuacion de las personales, *e aun es otra servidumbre que gana ome... para pro de su persona;* como si aquellas perteneciesen tambien á la clase de las prediales ó fuesen unas servidumbres anómalas, cuando no se las comprende en la definicion general. Es verdad que en el derecho comun se usa á veces la palabra general de *servidumbres* para designar las *prediales* en particular, como las que lo son por escelencia; pero creemos que, atendido el epígrafe de la presente ley y las palabras con que la misma empieza, hubiera debido generalizarse mas la definicion, y descender despues á las especies, que se hubieran entonces encontrado todas comprendidas en aquella.

(3) Pues en las cosas muebles no puede constituirse servidumbre, l. 13. y allí Bald. C. *de servit.*

suyas. E son dos maneras de seruidumbres. La primera es aquella, que ha vna casa (4) en otra (5), e a esta llaman en latin urbana. La segunda es, la que ha vna heredad en otra (6), e a esta dizen en latin rustica. E ayn es otra seruidumbre, que gana ome en las cosas agenas para pro de su persona (7), e non a pro señaladamente de su heredad.; assi como auer el vsofruto, para esquilmar algunas heredades agenas; o auer el vso tan solamente, (d) en la casa do moraua, ò en casas de otri; o en obras de algunos sieruos menestrales, o labradores. E de cada vna destas cosas diremos en las leyes deste Titulo.

(d) en la casa o morada en casas de otri Acad.

LEY 2. *Qual es llamada Seruidumbre vrbana: e quantas maneras son della.*

Vrbana seruidumbre, diximos en la ley ante desta, que ha nome en latin, aquella que ha vn edificio en otro; assi como (8) quando la vna ha de sofrir la carga (9) de la otra, poniendo en ella pilar, o coluna, sobre que pusiesse su vezino viga, para fazer terminado, o camara, o otra lauor semejante della; o de auer derecho de foradar la pared de su vezi-

(4) O una casa en el solar de otra: pues las servidumbres se califican de rústicas ó urbanas segun la clase del predio á favor del cual estan constituidas, nó por la del que las presta, l. 1. vers. *aream*, y allí la glos. D. *de servit. præd. urb.*, Azon en la suma C. *de servit.*, y Cepol. en d. trat. cap. 11. *de servit. urb.*

(5) Entiéndase de la casa construida para habitarse: pues las que se construyen para recolectar los frutos, son predios rústicos y nó urbanos, l. 198. D. *de verb. signif.*, l. 4. §. 1. D. *in quib. caus. pign. vel hypot. tacit. contrah.*, y allí la glos., y Azon en la suma C. *de servit.*

(6) O la que presta una casa á un predio rústico: véase lo dicho en la nota 4.

(7) Asi, pues, son personales estas cuatro servidumbres, á saber, las de usufruto, uso, habitacion y servicio de esclavos: sobre la última de las cuales se aprueba aqui la opinion de Dino, quien decide que es verdaderamente una servidumbre personal, y lo mismo sostiene Bart. á la rubr. C. *de usufr.*; pudiendo verse á Jas. al §. 2. num. 7. Instit. *de action.*, donde emite una opinion distinta: V. tambien á Bald. en d. rubr., y Cepol. parte 1. trat. *de servit.*, cap. *de servitute ministerii.* Adviértase, sin embargo, que estas cuatro servidumbres participan de la naturaleza de las reales asi como de las personales; y por esto se las llama mixtas, segun Cepol. en d. trat. cap. 3. *de servit. mixt.* — * La observacion que hace aqui Gregor. Lopez no puede tener objeto, sino en el supuesto de admitirse la triple division que algunos habian imaginado de las servidumbres en reales, personales y mixtas. Mas, estando ya fuera de discusion la no existencia de las servidumbres meramente personales, por las cuales se pretendia servir una persona libre á otra persona, deberémos decir que es esencial á toda servidumbre el ser prestada por un predio, pero sin que por eso haya de calificarse de predial, sino por el hecho de estar constituida á favor ó por consideracion de otro predio, y de personal cuando lo está á favor de una persona y solo para la utilidad personal de la misma.

(8) Conc. ll. 1. y 2. D. *de servit.*, y §. 1., vers. *item urbanorum*, Instit. *de servit. rust. præd.*

(9) Trátase de esta servidumbre en la l. 33. D. *de servit. urb. præd.*, y habla tambien de ella Cepol. en d. trat. parte 1. cap. 37., pudiendo verse allí en qué se distingue la misma de la otra servidumbre llamada *tigni immittendi*: diferencia que importa mucho conocer; pues el dueño de la casa que presta esta última servidumbre, no tiene obligacion de rehacer la pared, ó pilar que sostiene el *onus* del predio dominante, á tenor de la l. 8. §. 1. D. *si servit. vind.*, á lo que está obligado el que debe la servidumbre *oneris ferendi*, segun d. l. 33. y l. 6. §. 2. D. *si servit. vind.* [Es digno de notarse que esta obligacion anexa, segun derecho comun, á la servidumbre *oneris ferendi*, y por la cual se habia calificado á esta por los intérpretes de anómala ó irregular, no se halla espresamente consignada en nuestra ley de Partida; por lo que, y por ser aquella una disposicion escepcional y contra la naturaleza de las servidumbres, podria dudarse con razon, si tuvo ó nó intencion nuestro legislador de derogarla. Pero la opinion mas recibida es la de que tambien entre nosotros, aunque no se haya espresado, importa dicha servidumbre la referida obligacion por parte del dueño del predio sirviente]. Y si no consta que se hubiese constituido dicha servidumbre *oneris ferendi*, ¿se presumirá que existe por el hecho de haberla prestado el edificio por tiempo inmemorial? Rapha. Fulgos. á d. §. 2. está por la afirmativa. Y procede lo dispuesto en esta ley, esto es, subsistirá del mismo modo la servidumbre de que aqui se trata, aunque todo el edificio dominante se hubiese derruido, segun la l. 20. §. 2. D. *de servit. urb. præd.*, para mejor inteligencia y aplicacion de la cual, véase el elegante consil. de Phil. Cor.,

no, para meter y vigas (10), o para abrir finiestra (11), por do entre la lumbre a sus casas; o auer la vna casa a recebir el agua (12) de los tejados de la otra, que vengan por canal, o por caño, o de otra guisa; o auer tal seruidumbre la vna casa en la otra, que la nunca pudiesse mas alçar (13), de lo que era alçada a la sazon que fue puesta la seruidumbre, porque le non pueda toller la vista, nin la lumbre, nin descubrirle sus casas; o auer ome seruidumbre de entrar (14) por la casa, o por el corral de otro, a la su casa, o a su corral, o alguna otra cosa semejante destas que sea a pro de los edificios (15).

LEY 3. *Qual es llamada Seruidumbre rustica: e quantas maneras son della.*

Rustica (16) seruidumbre diximos que era aquella, que ha vn heredamiento en otro, e esto seria, assi como quando vn ome ha senda (17), o carrera, o via en la heredad agena, para entrar, o salir en la suya. E dezimos, que quando vno otorgare a otro, que aya senda por su heredad, que estonce aquel a quien es otorgada, puede yr a pie, o caualgando (18) solo, o con otros, por aquel lugar, por do la senda fuere señalada (19), de manera que vayan vno ante otro, e non en par (20). E non pueden por y (e) entrar carretas, nin bestias cargadas (21) a mano. E si dixesse que le otorgaua carrera (22), puede por y traer carretas, e todas las otras cosas que de suso diximos. E si por auentura otorgasse via (23) por su heredamiento, estonce dezimos, que puede yr por ella a pie, o caualgando solo, o acom-

(e) non puede por y traer carretas, Acad.

y Socin. vol. 1. consil. 139. junto con lo que espresan allí Bald. novel. y Socin., sobre el modo como dicha ley debe entenderse y limitarse. —* V. las notas 75. y 76. de este tit.

(10) U otro madero [ó materia cualquiera de las que se compone el edificio, pues todas vienen comprendidas en la palabra *tignum*], segun la l. 62. D. *de verbor. signif.*, y l. 7. princ. D. *ad exhib.*, y véase sobre el particular Cepol. en su trat. parte 1. cap. 30. *de servit. tign. immit.*, donde se tratan cuestiones notables.

(11) Acerca de esta servidumbre, V. la l. 8. C. *de servit.*, y Cepol. en su trat. *de servit. urban. præd.*, cap. 62., y nótese que no podrán abrirse ventanas en una pared comun, sin el consentimiento de entrambos dueños, segun la l. pen. D. *de servit. urb. præd.* ¿Podrán abrirse, empero, en pared propia, si por ellas han de dominarse las habitaciones del vecino? V. Paul. á d. l. 8. y l. 15. D. *de servit.*, Alex. vol. 2. consil. 174. y Cepol. lugar citado.

(12) Esta es la llamada servidumbre *stillicidii avertendi*, de la que trata la l. 2. D. *de servit. urb. præd.*, y allí los DD., V. Cepol. quien trata muchas cuestiones en d. trat. part. 1. cap. 28. y 29., y añad. §. 1. Instit. *de servit. rust. præd.*

(13) Sobre esta servidumbre, V. ll. 8. y 9. C. *de servit.*, l. 1. D. *de servit. urb. præd.*, y Cepol. en d. trat. part. 1. cap. 27.

(14) Esta se llama servidumbre de entrada ó de camino, la cual puede ser urbana, segun esta ley, y tambien rústica á tenor de la l. 1. D. *de servit. rust. præd.*, y acerca de la misma, V. Cepol. en d. trat. part. 1. cap. 43. y part. 2. cap. 1., y véase el texto notable de la l. 20. §. 1. D. *de servit. urb. præd.*

(15) De lo contrario no seria servidumbre urbana, segun la l. 1. D. *commun. præd.*

(16) Conc. l. 1. D. *de servit. rust. præd.*, princ. Instit. d. tit., y l. 11. C. del mismo tit.

(17) Senda (*Iter*) es el derecho de pasar uno ó pasearse por el predio ageno, mas nó de introducir en él caballerías ni carretas, l. 1. princ. D. *de servit. rust. præd.*, y l. 1. princ. D. *de itin. actuq. priv.*

(18) Añad. ll. 7. y 12. D. *de servit. rustic. præd.*, la glos. á d. l. 1., y Azon en la suma C. *de servit.*, col. 2. vers. *est autem iter.* Pero puede el que tiene la servidumbre de senda, ir cabalgando ó en coche, segun Azon lug. cit.; y V. Cepol. trat. *de servit.*, parte 2. cap. 1. col. 1. y 2.

(19) Por las mismas partes, ó por medio de árbitro, l. 13. §. 2. D. *de servit. rust. præd.*

(20) Nótese esto, pues parece estar en contradiccion con la glos. 1. á d. l. 1., y allí Paul. de Castr., quien pretende que el que tiene la servidumbre de senda, puede ir y pasearse con un compañero; y lo propio sostiene Cepol. en d. trat.; á menos que se entienda esto, segun se declara en esta ley, que, si bien puede ir en compañía de otro, pero que no podrán marchar juntos y de frente, sino uno detras de otro.

(21) ¿Podrá, empero, pasar una caballería ó carro cargado yendo montado en él aquel á quien se presta la servidumbre de senda? V. Cepol. en d. trat. cap. 1. col. 2.

(22) Esta es la que en latin se denomina *actus*, l. 1. vers. *actus*, D. *de servit. rust. præd.*, y V. Cepol. en d. trat. cap. 2. *de servit. actus*; y en cuanto á la anchura que en ella debe dejarse para el paso, V. d. l. 13. §. 2. D. *de servit. rust. præd.*

(23) Añad. d. l. 1. y princ. vers. *actus*, Instit. d. tit., y Cepol. en d. trat. cap. 3. *de servit. viæ*, donde lo trata latamente.

pañado; e leuar por y carretas, o madera, o piedras, arrastrando, e todas las otras cosas que le fueren menester para pro de aquel heredamiento, por quel fue otorgada la via: e deue ser tan ancha la via, como fue puesto entre ellos, al tiempo quel fue otorgada, e por aquel lugar que la señalaron; e si estonce non fue puesto entre ellos, al tiempo que fue otorgada, quanto fuesse por ancho, dezimos que deue auer (*f*) ocho pies (24). E si la via non fuesse derecha, por alguna tortura que ha en ella, en aquel lugar, que fuere tuerta, deue auer en ancho diez e seys pies, porque puedan boluer por y las carretas.

LEY 4. *Como puede ome auer Seruidumbre en heredad agena, para traer agua por ella.*

Siruense las heredades las vnas de las otras, auiendo entradas, e carreras por ellas, segund diximos en la ley ante desta. E avn se siruen en otra manera, assi como por acequias, e por los otros ciertos lugares, por do passan aguas (25) para molinos, o para regar huertas, o las otras heredades. E porende dezimos, que aquellos que ouieren tal seruidumbre en la heredad agena, que deuen guardar, e mantener el cauze (26), o la acequia, o la canal, o el caño, o el lugar por do corriere el agua, de manera que non se pueda ensanchar (27), nin alçar, nin abaxar, nin fazer daño a aquel, por cuya heredad passare. E si fuere cauze por do vaya agua a algun molino, o acequia, para regar huertos, o otra heredad, deuenla mantener, e guardar con estacadas, non metiendo (28) cantos (*g*), que embarguen la heredad agena (29) (*h*) E si menor agua fuere, deuenla traer por arcaduces de tierra, (*i*) o por caños de plomo so tierra; de manera, que ellos se puedan aprouechar del agua, e los otros, por cuyas heredades entrare, non finquen perdidosos, nin agrauiados (30) por lauor que fagan nueuamente en aquellos lugares por do corriere el agua, o por mengua dellos.

LEY 5. *Que la seruidumbre que ome ha en fuente agena, non puede ser otorgada a otri sin su mandado.*

Ganada (31) auiendo ome la seruidumbre de traer agua, para regar su heredamiento, de fuente que nasciesse en heredad agena, si

(*f*) doce pies. B. R. 2.

(*g*) cantos nin grandes piedras que embargasen Acad.

(*h*) Et si movieren alguna fuente dévenla traer por arcaduces. B. R. 2.

(*i*) o por caños de plomo so tierra ó por canales, de manera Acad.

(24) Conc. l. 8. D. *de servit. rust. præd.*, y l. 23. D. d. tit.

(25) El acueducto es el derecho de conducir el agua por el fundo ageno, l. 1. vers. *aquæductus*, D. *de servit. rust. præd.*, y princ. vers. *aquæductus*, Instit. d. tit., y V. Azon en la suma C. *de servit.*, col. 2. vers. *aquæductus autem*, donde se citan las leyes concordantes, de las cuales deriva nuestra ley; y acerca de muchas cuestiones notables sobre el particular, V. Cepol. en d. trat. part. 2. cap. 4. *de servit. aquæduct.*

(26) Tenemos aqui que aquel á quien se debe la servidumbre, está obligado á rehacer y limpiar las acequias, por donde pasa el agua: pudiendo verse á Cepol. en d. trat. cap. *de servitute aquæductus*, fol. antepen. vers. *superest alia quæstio*, y á Bart. á las ll. 1. y 2. §. 1. D. *de aqua pluv. arc.*: Si, empero, el acueducto fuere público estan obligados á limpiarlo los poseedores de los predios por donde pasare en la parte que á cada uno corresponda, segun la l. 1. C. *de aquæd.*; acerca de lo cual V. Cepol. lug. cit. y l. 20. tit. ult. de esta Part.: y en órden al tiempo que se requiere para prescribir la servidumbre de acueducto público ó privado, V. Franc. Balb. en su trat. *præscript.*, fol. 28. col. 1.

(27) Añad. l. 1. §. ult. D. *de riv.*, junto con la l. sig.

(28) Añad. l. 17. §. 1. D. *de aqu. pluv. arcend.*, y l. 1. §. 4. D. *de riv.*

(29) Véase lo anotado por Cepol. en d. trat. 8. cuest. principal, vers. *item juxta prædicta*, tit. *de servit. aquæd.*, y lo que dice allí mismo cuest. 9. principal, vers. *item numquid ille qui habet jus aquæ ducendæ de rivo, possit cuniculum subterraneum facere?* V. dicho §. 1.

(30) V. Paul. de Castr. á la l. 18. D. *de servit. urban. præd.*

(31) Conc. l. 2. §. 2. D. *de servit. rust. præd.*, l. 16. D. *quemadm. serv. amit.*, y l. 4. D. *de aqu. quotid. et æstiv.*, y allí Bart., con lo anotado por Azon á d. §. 2., y añad. l. 8. D. *de aqu. et aqu. pluv. arc.*, y allí Bart., y V. Cepol. en d. trat. cap. *de serv. aquæd.*, fol. 58. de la edicion que tengo á la vista, 6. q. principal, y añad. Bald. á la l. 4. C. *de servit.*, cuyo texto es notable. Observa Juan de Plat. á la l. 5. al fin C. *de aquæd.*, que si el Príncipe me concede el derecho de conducir el agua, sacándola del acueducto público, se entenderá el permiso limitadamente concedido para aprovecharme de la sobrante, mas nó de la que sea necesaria para la utilidad

despues el dueño (32) de la fuente quisiere otorgar a otri poder de aprouecharse de aquella agua, non lo puede fazer sin consentimiento de aquel a quien primero fue otorgada la seruidumbre della. Fueras ende, si el agua fuesse atanta, que abondasse al heredamiento de amos.

LEY 6. *Como deue ome vsar de la Seruidumbre que ha en pozo, o en fuente, o en estanque, para beuer y sus ganados.*

Fuente, o pozo (33), seyendo en heredamiento de alguno, o estanque de agua, que estouiesse cerca de heredad de otros; si el dueño del agua les otorgare, que puedan y beuer (34) ellos, e sus labradores, e sus bestias, e sus ganados (35); por tal otorgamiento como este, deuenles dar entrada (36), e salida en el heredamiento do es el agua, de manera, que puedan llegar a ella, cada que les fuere menester. Otrosi dezimos, que otorgando vn ome a otro para siempre, (j) que metiesse sus bueyes, o sus bestias con que labrasse su heredad (37), en algund prado, o defesa; por tal otorgamiento gana

(j) que metiese a pascer sus bueyes, Acad.

pública: Véas. allí, y lo que dice el mismo á la l. 1. C. *de mancip. et colon.*, y Bald. al cap. 1. §. *si quis de manso*, col. 3. *de controv. invest.*, y añad. l. 15. D. *commun. præd.*

(32) ¿Qué dirémos si aquel á quien se concedió primero el agua, quiere que otro se aproveche de ella? V. glos. á d. l. 16. C. *de servit.*, Cepol. lug. cit., y l. 12. de este tit.

(33) Añad. l. un. D. *de font.*, l. 3. §. 3. D. *de servit. rust. præd.*, y Cepol. trat. *de servit.*, part. 2., cap. 7. *de servitute aquæ haustus*, donde pueden verse las circunstancias que deberán concurrir para que pueda calificarse esta servidumbre de predial.

(34) Lo mismo deberá decirse, si se concede la entrada á una fuente, pues vendrá comprendido en eso el derecho de sacar agua, segun d. l. 3. §. 3.

(35) Esta se llama servidumbre de abrevar el ganado, l. 1. §. 1. D. *de serv. rust. præd.*, y §. 2. Instit. d. tit.; y las diversas circunstancias á tenor de las cuales deberá calificarse la misma de personal ó de predial, pueden verse declaradas por Azon C. *de servit.*, col. 3., y V. Cepol. en d. trat. part. 2. cap. 8. — * V. la adic. á la nota 37.

(36) Pues se presumen siempre concedidas aquellas cosas ó facultades, sin las cuales no podria usarse cómodamente de la servidumbre, segun d. l. 3., añad. l. 10. y allí Paul. de Castr. D. *de servit.*, y V. l. 20. §. 1. D. *de serv. urb. præd.*, añad. l. 10. vers. *cæterum*, D. d. tit. y Paul. de Castr. allí, y l. 11. D. *comm. præd.*: limítese, sin embargo, y entiéndase á tenor de lo anotado por Socin. consil. 105. vol. 1. col. ult.

(37) Úsase aquí de la palabra *heredad* para dar á entender que se habla de dicha servidumbre considerándola como predial; y conc. l. 4. §. 5. D. *de serv. rust. præd.* V. la glos. allí acerca del caso en que no posea predio alguno aquel á cuyo favor se la haya constituido: y por lo que hace al derecho ó servidumbre de aprovechamiento de pastos, V. á Cepol. en d. trat. *servit.*, part. 2. cap. 9. *de serv. juris pascendi*, donde trata de ella estensamente y dice cosas notables. — * En órden á la espresada servidumbre de pastos, hay que advertir entre nosotros que, siendo la ganadería uno de los principales elementos de la riqueza nacional que ha rivalizado constantemente con la agricultura, hemos llegado á tener una legislacion especial que ha sufrido sucesivamente profundos y radicales cambios, segun que ha predominado en diferentes épocas uno ú otro de aquellos dos grandes intereses encontrados. En 1812. hallábanse la clase agrícola y la propiedad territorial agobiadas bajo el peso de los desmedidos privilegios concedidos á la clase de los ganaderos; y bajo el influjo de esa exagerada proteccion habian sido dictadas todas las leyes sobre pastos que comprende la Novis. Recop.; á tenor de las cuales puede decirse, que todos los territorios de dominio particular estaban *ipso jure* gravados con la servidumbre de pastos. Pero por el decreto de Córtes de 8. de junio de 1813. restablecido por Real decreto de 6. de setiembre de 1836. se declararon «cerradas y acotadas »perpetuamente todas las dehesas, heredades y »demas tierras de cualquiera clase perteneȯcientes á dominio particular, con facultad »en sus dueños de poder cercarlas sin perjui»cio de las cañadas, abrevaderos, caminos, »travesías y servidumbres, disfrutarlas libre y »esclusivamente, ó arrendarlas como mejor les »pareciese, y destinarlas á labor, ó á pasto, »ó á plantío, ó al uso que mas les acomoda»se.» Ya antes de restablecerse dicho decreto de Córtes, se habia declarado tambien la libertad de los terrenos de dominio particular por la Real órden de 29. de marzo de 1834.; y verificádose con esta no menos que con el primero, lo que naturalmente sucede con todas las reformas, esto es, que en el tránsito repentino del estado de sujecion violenta al pleno y absoluto goce de los derechos por largo tiempo desconocidos, se quiere dar á estos

mas estension de la que realmente tienen y se tiende por espíritu de reaccion á convertir en oprimidos los opresores, y sustituir un abuso con otro abuso. Así los propietarios, no contentos con verse libres de los tiránicos y desmedidos privilegios que hasta entonces les habian hecho víctimas de los ganaderos sus rivales, pretendieron que con la reforma quedaban abolidos no solo dichos privilegios injustos, sino tambien los derechos de aprovechamiento ó servidumbres de pasto, que sobre sus heredades se hubiesen legítimamente adquirido por contratos ó por otros títulos independientes de la legislacion escepcional hasta entonces vigente y única que se habia tratado de derogar. Y esto produjo las aclaraciones contenidas en las Reales órdenes de 12. de setiembre de 1834., 11. de febrero de 1836. y 17. de mayo de 1838.; cuyas disposiciones en compendio pueden reducirse á lo siguiente: 1º que, á pesar de haberse derogado los privilegios concedidos á la clase de los ganaderos, pero nada se ha alterado en cuanto á los derechos de uso, aprovechamiento y servidumbres con que estuviesen grabadas las fincas, ni menos los que proceden de convenios, arriendos ú otros contratos no terminados, bien hayan sido celebrados entre particulares, ó entre estos y las corporaciones municipales ú otros cualesquiera; cuyos contratos conservan toda su fuerza y efectos legales, de modo que solo se entiendan restituidos á los propietarios los derechos de que sin causa suficiente hubiesen sido despojados, y sostenidos aquellos contra las invasiones que bajo diferentes pretestos habian esperimentado: 2º, que no debe darse al decreto de Cortes mas estension que la que espresa su letra y espíritu, segun los cuales solo se autoriza el cerramiento y acotamiento de las heredades de dominio particular *sin perjuicio de las servidumbres que sobre sí tengan*, absteniéndose de consiguiente, los Alcaldes y Ayuntamientos, bajo su mas estrecha responsabilidad, de ejecutar ó consentir el acotamiento ó adehesamiento de aquellos terrenos públicos que siempre han sido de aprovechamiento comun de uno ó mas pueblos...., impidiendo asimismo el cerramiento, ocupacion ú otro embarazo de las servidumbres públicas destinadas al uso de hombres y ganados, que en ningun caso pueden ser obstruidas: 3º, que para acreditar la legitimidad de una servidumbre constituida sobre un territorio de dominio particular, no deben tenerse por títulos de adquisicion á favor de otros particulares ó comunes, sino los que el derecho tiene reconocidos *como tales títulos especiales de adquisicion* de propiedad, escluyéndose por lo mismo todos aquellos que se fundan en las malas prácticas mas ó menos antiguas, á que se ha dado contra lo establecido por las leyes el nombre de usos y costumbres; debiendo exhibir ó presentar los referidos títulos los que pretendan tener y aprovechar los pastos de suelo ageno, y sin que de otro modo pueda considerarse adquirido por los mismos el espresado derecho de uso ó aprovechamiento, ni legítimamente constituida la servidumbre: 4º y último que, siendo viciosas las enagenaciones ó empeños que los Ayuntamientos hayan hecho de tales pastos de dominio particular, considerándolos como si fueran del comun por efecto de las referidas prácticas, usos y mal llamadas costumbres, no deben oponerse tales actos al reintegro que está mandado hacer á los dueños en el pleno goce de sus derechos dominicales. Ahora, por la jurisprudencia general es reconocido por título legítimo y especial de adquisicion aun con respecto á las servidumbres, el de la prescripcion, constituyéndose aquellas por el uso con los demas requisitos establecidos por las leyes: y como, al publicarse ó restablecerse el decreto de Cortes de 1813. habia muchos que se hallaban de tiempo inmemorial en el goce y posesion de aprovechar los pastos agenos con ciencia y paciencia de los dueños de estos, de ahí nació la cuestion que hemos visto suscitarse mas de una vez, sobre si la referida posesion ó uso debia ser considerada como otro de los títulos especiales de adquisicion que han sido respetados y conservan toda su fuerza, á tenor de la citada Real órden aclaratoria de 11. de febrero de 1836. Por una parte, se ofrece la importante consideracion de que la *paciencia* de los dueños en la época anterior á la reforma, podia y debia reputarse forzada, y por lo tanto insuficiente para servir de base á una verdadera *prescripcion*: de otra parte, no nos parece que puedan calificarse, como en las órdenes aclaratorias se han calificado, de *malas prácticas* ó *abusos* los aprovechamientos de pastos que por muchos años hubiesen continuado á la sombra de los privilegios, aunque escesivos, *legales* al fin, de que disfrutaba la ganadería. Precisamente porque esas prácticas no se habian observado *contra lo establecido por las leyes*, sino con arreglo á ellas, han sido necesarias otras leyes que derogasen las que habian dado lugar á dichos usos y costumbres: luego dirémos, que la legislacion vigente en la época anterior á la reforma, pudo estar basada sí en un error económico, y pudo ser injusto el prostergar ciegamente, como por ella se prostergaban, los intereses de la clase agrícola á los de la clase pecuaria; pero al cabo esa era la legislacion vigente, y ni los usos y costumbres autorizados por ella pueden calificarse para los efectos jurídicos de *malas prácticas*, ni es consecuente el establecer que no

el otro seruidumbre en aquel prado, o en aquella defesa, e puede usar della el e los otros que ouieren aquella heredad, (k) por que le otorgo aquella postura; e maguer el vendiesse (38), o enagenasse aquel (39) prado, o aquella defesa, el otro a quien passasse, non les puede defender, que non vsen de aquella seruidumbre.

LEY 7. *De la Seruidumbre que ome ha en heredad agena, para fazer della vasos, en que meta su vino, o su azeyte; como deue vsar desta Seruidumbre.*

Oliuar (40) auiendo algund ome, para que ouiesse menester de fazer tinajas, para condessar el azeite que sacasse, o auiendo otro heredamiento, en que ouiesse menester de fazer casas, en que guardasse los frutos del, si alguno ha otrosi heredad acerca, en que fuessen algunas cosas que ouiesse menester para fazer aquellas lauores, assi como buena tierra para fazer tinajas o tejas, o piedra para labrar, o para fazer cal, o arena, o otra cosa semejante destas; si aquel cuya es la heredad, le otorgare que pueda sacar ende para siempre estas cosas sobredichas, puedelo fazer; e el otro puedese aprouechar dellas, en quanto

(k) paraquel otorgo aquella postura Acad: por aquel otorgamiento et aquella postura Tol. 2. porquel otorgo aquella postura Tol. 1. B. R. 2.

hayan de aprovechar para la *prescripcion* los hechos consumados á la sombra de aquellas leyes, ó el goce y posesion del aprovechamiento de pastos agenos en que se hallaban muchos antes de 1812., con todos los requisitos que exigia el derecho entonces vigente. A menos que quiera darse al decreto de las Cortes efecto retroactivo, nos parece, discurriendo por principios, poder asegurarse que tan lejos estuvo de la mente de sus autores el destruir y echar abajo las servidumbres de pastos, aunque no se fundasen en otro título que el de la prescripcion, como el disponer que los ganaderos hubiesen de indemnizar á los propietarios los perjuicios á estos ocasionados con los aprovechamientos que en las órdenes aclaratorias se califican de malas prácticas en general. Y no se crea por esto que haya de quedar desvirtuada la reforma, pudiendo sostenerse con el nombre de servidumbres, y bajo el título del largo uso ó *prescripcion* todos los inveterados abusos cuya estirpacion se trató de conseguir precisamente con la ley de 1813.; porque usos y costumbres habia (y eran los mas) que aprovechaban á la clase de ganaderos en general, mas bien que á determinados individuos, y estos resultarian siempre derogados, y á tenor de la nueva legislacion, de todo punto insostenibles; con lo cual se habria siempre conseguido el objeto principal de la reforma. Tratándose, por ejemplo, de los privilegios concedidos á la Real cabaña y hermanos de la Mesta para el efecto de poder pasar y pastar libremente en todos los puntos de su tránsito con muy pocas escepciones, cuando la periódica transhumacion de la sierra á los estremos y viceversa, fácilmente se conoce que nunca podrán sostenerse los indicados privilegios en todo ni en parte alegando su largo uso ó *prescripcion*, por cuanto estaban concedidos á la clase en general, y la clase genéricamente usaba de ella, sin que hubiese derechos adquiridos á favor de determinados individuos, ni fuesen, al contrario, determinadas fincas las que resultaban gravadas. Pero si se ofreciere, aun despues de la reforma, un pueblo ó un particular pretendiendo aprovechar los pastos de una ó mas heredades, y ofreciendo probar que por tiempo larguísimo ó inmemorial los ha aprovechado esclusivamente con ciencia y paciencia del dueño, no dudamos que la revindicacion de semejante derecho deberia ser atendida, y declararse en consecuencia por legítimamente constituida la servidumbre, por ser en dicho caso el uso ó prescripcion uno de los títulos especiales de adquisicion, de que habla la Real órden de 1836.; á menos que recayese en algunos de aquellos territorios en que, á pesar de ser de dominio particular, estaba espresamente declarado pudiesen aprovecharlos para pasto todos los vecinos de la ciudad, villa ó término en que estuviesen situados, como en la l. 2. tit. 25. lib. 7. Nov. Rec.; pues entonces faltaria tambien la espontaneidad que se requiere por parte del dueño que tolera un gravámen, para que en su *ciencia* y *paciencia* pueda fundarse la prescripcion.

(38) Se refiere á lo que dice Azon en la suma C. *de servit.*, col. 3. vers. *item sequuntur prædia*, y V. l. 6. D. *de servit. leg.*, y Bart. allí. Y en órden á las circunstancias por las cuales se determina si esa servidumbre es ó nó de las prediales, V. lo que dice elegantemente Cepol. en d. trat. part. 1. cap. *de servit. real.*, y el notable cons. 262. de Dec. en su totalidad, con lo anotado por Specul. tit. *de emption. et vendit.*, §. 1. col. 9. vers. *sed pone, P. cavit*, y §. ult. vers. 97. y por Juan Andr. adiciones á Specul. tit. *de judic.*, §. 2. donde dice *fuerit*, y Bart. á la l. 136. D. *de verb. oblig.*

(39) Añad. l. 8. de este tit.

(40) Conc. l. 5. §. 1. y l. 6. D. *de serv. rust. præd.*

le fuere menester (41) para condessar el fruto de su heredamiento, por que gano esta seruidumbre, e non mas.

LEY 8. *Como non pierde ome la Seruidumbre que a en la cosa agena, por se vender la casa, o por pasar en otra manera el señorio a otri.*

Mudase el señorio de las heredades, e de las otras cosas, de vnos omes a otros. E porende dezimos, que en qualquier manera que passasse la casa (42), o el edificio, o la heredad, o otra cosa qualquier que deua alguna seruidumbre a otra, en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, o en otra semejante dellas, que siempre finca obligada con aquella seruidumbre a la otra heredad, o persona a quien la deuia. Otrosi dezimos, que la cosa que ha la seruidumbre, a quien quier que passare, que en saluel finca aquella seruidumbre en la otra cosa, en que la auia ante, e non se le embarga, nin se pierde por razon del mudamiento. Fueras ende, si alguna seruidumbre y fuesse puesta a tiempo cierto (43), o en vida de algund ome señaladamente. Ca las otras seruidumbres, que son puestas para siempre, non vienen por razon de las personas de aquellos cuyas son; mas propiamente por raçon de las cosas a que las deuen, e de las otras que se siruen dellas. E porende, por mudamiento del señorio non se pierden.

LEY 9. *Como cada vno de los herederos puede demandar toda la Seruidumbre, que fue otorgada a la heredad de que el es heredero.*

Plaziendo a algun ome, de otorgar seruidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio, o a heredamiento de otro; si despues de tal otorgamiento como este, se muriesse aquel a quien fuesse fecho, maguer dexasse muchos herederos, cada vno dellos (44) puede demandar toda la seruidumbre. E esto es, porque la seruidumbre non se puede partir. E porende, non podria cada vno demandar su parte apartadamente. Otrosi dezimos, que si el que ouiesse otorgado la seruidumbre en lo suyo, se muriesse, e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la seruidumbre toda enteramente a qualquier dellos, e son tenudos a ella, assi como era el señor cuyos bienes heredaron.

LEY 10. *Como todos los señores de los edificios, e de las heredades, deuen otorgar la Seruidumbre.*

Los señores (45) de los edificios, e de las heredades, pueden poner cada vno dellos seruidumbre a su edificio, o a su heredad. Pe-

(41) Y asi se atiende á la necesidad del predio que tiene constituida á su favor la servidumbre, [de suerte que se altera la naturaleza de la misma, y de servidumbre predial pasa á ser un usufruto, cuando se concede al vecino el derecho de sacar cal, tierra etc. del predio serviente en mayor cantidad de la que necesita para conservar ó mejorar el suyo, ó para acondicionar los frutos producidos por el mismo], segun d. l. 5. §. 1., y l. 6. d. tit.: pues las servidumbres [esto es, las prediales] se han introducido para utilidad de los predios, y nó para otra cosa, á tenor de la l. 15. D. *de servit.*, y cesando aquella, cesa la constitucion de las mismas, l. 32. D. *de servit.*, *urb. præd.*, ll. 24. y 29. D. *de servit. urban. præd.*, y V. Alex. consil. 69. al fin vol. 5. —* Aunque es muy frecuente en el derecho comun el usar la palabra genérica de servidumbre para denotar las que lo son por escelencia, ó sean, las prediales, á tenor de lo que se ha dicho en la adic. á la nota 1., con todo, no se observa esto, como parece indicarlo nuestro glosador en la citada l. 15., antes se toma en ella en su propia significacion de servidumbre en general comprensiva de las dos especies, las reales y personales; *quotiens*, dice, *nec «hominum» nec prædiorum servitutes sunt*, *quia nihil vicinorum interest*, *non valet*.

(42) Añad. la l. 6. de este tit. con lo anotado allí, l. 23. §. 2. D. *de servit. rust. præd.*, y l. 18. §. 2. D. *de pignor. act.*

(43) Añad. l. 4. D. *de servit. rust. præd.*, y allí la glos., y l. 1. D. *de usufr. legat.* —* Segun esto, pues, tenemos espresamente autorizada por nuestras leyes de Partida la constitucion *temporal* de las servidumbres, á consecuencia de lo que en el derecho comun se hallaba establecido, á saber, que si bien no podian aquellas constituirse hasta cierto tiempo, ó hasta el cumplimiento de alguna condicion, se concedia con todo, la escepcion de dolo contra el que habiéndolas asi aceptado, las revindicaba ó queria aprovecharse de ellas en otros términos que los convenidos.

(44) Conc. l. 2. §. 2. D. *de verb. oblig.*, y l. 17. D. *de servit.*

(45) Continúa refiriéndose á lo que dice Az. en la suma C. *de servit.*, col. 4. vers. *constituit autem*, añad. l. 1. §. 1. D. *commun. præd.*, pudiendo verse este punto estensamente dilu-

ro si muchos fueren señores de vn edificio, o de vna heredad, a que quieran poner seruidumbre, todos la deuen (46) otorgar quando la ponen. E si por auentura la otorgassen algunos, e non todos, aquellos (47) que la pusiessen non la pueden despues contrastar, que la non aya aquel a aquien la otorgaron. Mas los otros, que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradezir (48) cada vno dellos, tambien por la su parte, (*l*) como por la de los otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la seruidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les empesce. Pero si despues desso la quisiessen otorgar, e consentir (49) aquellos que la contradizen, valdria, tambien como si la ouiessen de primero otorgado todos de so vno (50).

LEY 11. *Como los que tienen alguna cosa en feudo, o a censo cierto, pueden poner en ella Seruidumbre.*

Heredamientos, e casas, e otros edificios han algunos omes, que son de tal natura, que como quier que ayan la tenencia dellos, e los esquilmen, non son verdaderos señores dellos en todo; assi como las heredades que tienen en feudo, e las que tienen algunos para en su vida, e de sus herederos, dando

(*l*) como por razon de los otros que la otorgaron; Acad.

cidado por Cepol. en su trat. *servit.*, part. 1. cap. 14., donde se trata de si podrán imponer servidumbres el comprador de buena fe, [esto es, el que en fuerza de semejante compra haya adquirido el cuasi-dominio] el que tiene el dominio útil, el marido, el usufructuario, el dueño que ha hipotecado su cosa, y se ocupa ademas de muchas otras cuestiones. [En órden á los enfiteutas, es doctrina comunmente recibida la de que puedan constituir servidumbres sobre los predios enfitéuticos; entendiéndose, empero, que aquellas han de quedar estinguidas, tan luego como el dominio útil llegue á consolidarse cón el directo, por la regla de *soluto jure dantis* etc.: Véase la ley 11. y nota 51. de este título: y lo mismo puede aplicarse por igualdad de razon á todos los que tienen el dominio temporal y revocable, como el marido sobre la cosa dotal, y el cuasi-dueño. Ya con respecto al superficiario (que venia á ser un dueño útil cuando existia el enfiteusis en embrion) habian declarado los romanos que se sostuviesen por derecho pretorio y por medio de las acciones *útiles* las servidumbres por el mismo constituidas; lo cual confirma en cierto modo la doctrina comun. Y en cuanto al dueño de una finca hipotecada, no deja de haber alguna dificultad acerca la validez de la servidumbre que sobre la misma hubiere constituido; siempre que de ella resultare considerablemente disminuido el valor de la finca y perjudicado así el derecho preferente del acreedor hipotecario]. Por lo demas, empero, el que tiene á su favor una servidumbre, no puede concederla á otro, porque no puede haber servidumbre de servidumbre, l. 1. D. *de usuf. leg.*, y acerca de si podrá el Prelado imponerla á la iglesia, V. á Abb. quien está por la negativa, á no ser que medie el consentimiento del superior, y que se hayan guardado las solemnidades prescritas por el cap. *constitutis*, 47. *de elect.*; y por no ser el Prelado dueño de las cosas ó predios de la misma iglesia, segun el cap. 2. *de donat.*, tampoco le será lícito el gravarlas con servidumbres.

(46) Conc. l. 2. D. *de servit.*, y ll. 11. y 34. D. *de servit. rust. præd.*; ¿podrá, empero, cada uno de los dueños conceder el usufruto de la parte que le pertenece *pro indiviso?* V. l. 5. princ. D. *de usufruct.*, donde se establece la afirmativa: y de ello da la razon Paul. de Castr. á d. l. 2.

(47) Conc. d. l. 11., y V. allí Ang., quien cita muchas decisiones notables de Inoc. fundadas en d. l., tratando tambien allí algunas cuestiones Paul. de Castr.: observándose aqui la regla de que, cuando alguna cosa es comun á muchos individualmente, pueden consentir por separado: acerca de lo cual V. glos. cap. *cum omnes*, *de constit.*, Bart. en la repet. á la l. 9. col. 6. D. *de just. et jur.*, Juan de Plat. á la l. 46. C. *de decur.*, y l. ult. C. *de legat.*, glos. cap. *nominationem*, 2. cuest. 6. sobre la palabra *nominationem*, y Abb. cap. *auditis*, col. pen. *de elect.*, y cap. *quoniam in quibusdam*, *de jure patronat.*

(48) Véase sobre el particular lo que señaladamente dice Alberic. á la cit. l. 11., donde trata varias cuestiones importantes.

(49) Conc. l. ult. D. *commun. prad.*, y si los primeros que consintieron, han dejado de existir, ó enagenaron las porciones que les correspondian, antes del consentimiento de los últimos, deberán en este caso prestarlo los nuevos socios, ó herederos de los difuntos, conforme se espresa en d. l. ult.; de lo contrario seria de ningun valor.

(50) Puede, pues, quedar en suspenso la constitucion de una servidumbre otorgada por acto entre vivos, á diferencia de lo que sucederia si se la otorgara por última voluntad, segun d. l. ult. D. *commun. prad.*, y asi lo he visto observar prácticamente en una causa muy

por ellas algund censo (51) cierto, o auiendo a fazer algund seruicio señalado. E porende dezimos, que cualquier que touiesse alguna destas heredades sobredichas, e otorgasse seruidumbre en ella a otro; o otro alguno la otorgasse a el en la su heredad propia, para vso de aquella heredad que touiesse assi; que tambien la vna seruidumbre como la otra vale

ardua sobre cierta sustitucion hecha en testamento por uno que habia llamado para suceder al mayorazgo, al hijo varon que naciese de su hija, la que aun no habia llegado á la pubertad, y en falta de tal hijo, á otro que lo era natural del mismo testador, pero legitimado: y habiendo venido el caso de la sustitucion, antes que se casase la hija y tuviese hijos, los tuvo despues, y se promovió cuestion entre el primero de estos y el sustituto hijo natural, pretendiendo entrambos el mayorazgo; para lo cual alegaba este último la circunstancia de no haber nacido todavía ni estar siquiera concebido el hijo ó nieto primer llamado al tiempo de purificarse el fideicomiso, de donde inferia haberse purificado aquel á favor suyo, porque la disposicion del testador y dominio de los bienes no podian estar pendientes de un acontecimiento incierto, como era consiguiente que lo hubiesen estado para entenderse llamado dicho hijo no nacido aun al abrirse la sucesion. Asi lo pretende tambien Paul. de Castr. vol. 2. cons. 74., y asi lo aconsejó el mismo en un caso semejante, cons. 16. vol. 2., segun la nueva edicion, y segun la antigua, num. 78. que principia *viso prædicto puncto*, vers. *super quarto*, fundado en las razones que se esponen allí, y otras que alegaban los que eran de la propia opinion: y ademas, es digno de notarse en apoyo de esto lo que decide Juan Andr. en las adiciones al Specul. tit. *de testam.*, adic. 1. vers. *item Lambertinus*, cuyas decisiones cita tambien Alex. vol. 3. cons. 63. y vol. 4. cons. 14. en la cuestion que propone acerca del caso en que uno, despues de instituido á su hijo por heredero, nombra sustituto de este á uno de los hijos de Ticio tambien hijo suyo, que eligiere el mismo heredero; y resuelve que los nacidos posteriormente al caso de la sustitucion, no serán admitidos; fundándose en la l. un. §. 2. C. *de caduc. toll.*, diciendo que los no nacidos se consideran no escritos, y pretendiendo que lo mismo es en cuanto á los efectos el no existir el sustituto al tiempo de la sustitucion, ya sea que haya muerto antes que el heredero gravado, ó bien que no haya nacido hasta despues de verificado el caso de la sustitucion; y lo mismo sostenia Decio consil. 299. En el mismo sentido hace tambien mucha fuerza la razon que otros alegaban fundada en la l. 4. §. 1. D. *de noxal.*, esto es, la de que cuando en un acto cualquiera para surtir un efecto determinado se exigen cierta calidad ó condiciones, se entiende que estas deben existir al verificarse el acto. Contra lo dicho hasta aqui puede verse lo anotado por Juan Andr. en las adiciones al Specul. tit. *de locat.*, vers. 145. en la adic. sobre la parte *uxori*, donde el mismo Specul. propone la cuestion de si, habiéndose concedido á alguno un predio en enfiteusis por el término de sesenta años, espresándose que se le concedia para él y para sus hijos y nietos, y habiendo muerto dicho enfiteuta sin hijos antes de los sesenta años, volverá el predio á la iglesia inmediatamente y sin esperar que transcurra el término convenido. Y asi, en efecto lo decide el citado Specul. fundado en la l. 35. D. *de usufr. leg.* Pero Juan Andr. allí está por la contraria, porque de esto, dice, se seguiria que el predio no estaria en el dominio de nadie durante el tiempo intermedio (que podria pasar de cincuenta años) desde la muerte del enfiteuta hasta el cumplimiento del plazo: y por esta razon decide la cuestion propuesta, diciendo, que son necesarios dos requisitos para que el predio no vuelva á la iglesia; á saber, que el enfiteuta haya dejado descendientes, y que estos hayan existido al fallecimiento de aquel dentro de los sesenta años: y se hace cargo allí del argumento que en apoyo de la contraria opinion habia sacado Specul. de d. l. 35. [la cual, en efecto, nada prueba contra la doctrina de Juan Andr., por referirse á un usufruto legado desde cierto dia, y que ningun inconveniente hay en que esté, nó en suspenso, sino consolidado con la propiedad, mientras no cede el dia, en que ha de empezar á disfrutarlo el legatario]. Lo contrario, sin embargo, aconsejó en un caso análogo Ludovic. Rom., segun es de ver en su consil. 134., siendo muy convincentes los argumentos y razones por el mismo allí alegados. Y asi puede suspenderse el juicio sobre la propuesta cuestion, pues no deja de ser dudosa.

(51) Asi, pues, el que tiene el dominio útil, podrá imponer una servidumbre: añad. l. 3. y la glos. allí D. *de servit.*, sosteniendo lo mismo Azon en la suma C. *de servit.*, col. 4., y añad. l. 1. §. ult. D. *de superfic.*, y allí Bart.; bien entendido, empero, que finido el enfiteusis ó el feudo, quedará tambien estinguida la servidumbre que hubiere constituido el dueño útil ó feudatario, y volverá la cosa libremente al dueño directo, segun el cap. 1. §. *quid ergo*, y lo anotado allí por Bald. *de invest. de re aliena fact.*, Bart. á d. l. 1. §. ult.

para siempre, bien assi como si la fiziessen en las heredades que han suyas quitamente. Otrosi dezimos, que comprando vn ome de otra casa, o otro edificio, o alguna heredad, si el comprador, o el vendedor se auinieren que aquella cosa que compra, que sirua en alguna manera a otra casa, o edificio, o heredad, que sea de aquel que la vende, o de otro qualquier; si tal seruidumbre como esta otorga el comprador, maguer la cosa que compra non sea avn passada a su poder, vale tambien (52), como si la otorgasse en otra cosa qualquier suya, de que fuesse ya señor, e tenedor.

LEY 12. *Como non pueden vender apartadamente la Seruidumbre, sin aquella cosa á quien sirue.*

Deuiendo (53) seruidumbre vna casa, o vna heredad a otra, el señor de la seruidumbre non la puede vender, nin enagenar apartadamente, sin aquella cossa a quien pertenesce: porque la seruidumbre es de tal natura, que non se puede apartar de la heredad, ó del edificio en que es puesta. Fueras ende, si lo consintiesse el señor, cuyo heredamiento, o casa sirue; o si la seruidumbre fuesse de agua, que naciesse de vna heredad, e regasse a otra: ca este, a quien deuiesse tal seruidumbre, bien podria, el agua que fuesse ya venida (54) a su heredad, otorgarla a otro, para regar campo, ó viña que fuesse cerca de aquella suya.

LEY 13. *En quales cosas deue ser puesta Seruidumbre.*

En las cosas que son suyas, o como suyas, pueden los homes poner seruidumbres, assi como de suso diximos. Pero esto se entiende de aquella seruidumbre, que ome pone en su cosa, que sea prouechosa al heredamiento, o casa de otri, e non a la suya. Ca los omes hanse de seruir de sus cosas, non como en manera de seruidumbre (55); mas usando dellas como de lo suyo. Otrosi dezimos, que (*m*) non deue ser puesta seruidumbre en cosas Sagradas (56), o Santas, o Religiosas; nin en

(*m*) non puede Acad.

y la l. 31. D. *de pignor.*, pudiendo verse á Cepol. en su trat. *de servit.*, part. 1. cap. 14. donde alega muchas razones en apoyo de esta doctrina; y añad. Paul. de Castr. y los DD. á la l. 3. C. *de servit.*: y asi, á pesar de leerse en nuestra ley de Part. que *vale siempre* la servidumbre constituida por el feudatario ó heredero vitalicio, debe entenderse que vale siempre respecto del que la ha constituido, y mientras subsista el derecho enfitéutico ó superficiario, ó el dominio temporal y revocable que tiene aquel sobre la cosa, nó, empero, perpetuamente y en perjuicio del dueño directo ó de otro cualquiera que tenga derecho á poseer la cosa, Bald. á la l. 5. C. *de usur.* Glos. á la l. 1. vers. *semper*, D. *solut. matr.* Es muy frecuente en el derecho el calificar de perpetuo lo que subsiste durante la vida de un hombre, l. 1. D. *pro soc.* Y fuera de esto, la presente ley se refiere al caso en que el dominio útil se transmite á los herederos del que constituye la servidumbre, y asi nada tiene de estraño, que autorize en dicho sentido la perpetuidad de aquella: lo tendria sí, si se tratase del caso en que el espresado dominio útil hubiese de quedar estinguido al morir el enfiteuta ó durante su vida.

(52) Conc. l. 19. D. *de servit.*, l. 34. D. *de servit. urb. præd.*, y ll. 3. y 6. D. *commun. præd.*, Azon en la suma C. *de servit.*, col. 4. vers. *sed et qui non est adhuc dominus* etc.; y entiéndase que tendrá lugar lo dispuesto aqui, siempre que en el acto mismo de estipularse ó convenirse la constitucion de la servidumbre se hubiere hecho entrega *incontinenti* del predio vendido; pues, si antes de entregarlo pasase algun intervalo de tiempo, no se presumiria existir en realidad la servidumbre, sino la obligacion de constituirla, y podria accionarse á fin de que se la constituyese, l. 35. D. *de servit. urb. præd.*, y V. lo que declaran allí Bart. y Paul. de Castr.

(53) Prosigue refiriéndose á lo que dice Az. en la suma C. *de servit.*, col. 4. vers. *illud certum est*, y añad. l. 1. con la glos. allí, D. *de usufr. leg.*, y l. 4. princ. D. *si servit. vindic.*

(54) Conc. l. 24. D. *de servit. rust. præd.*, y l. 1. §. 16. D. *de aqu. quotid. et æstiv.* V. glos. á la l. 4. C. *de servit.*

(55) Conc. l. 5. D. *si usufr. pet.*, y l. 26. D. *de servit. rust. præd.*

(56) Conc. l. 14. §. ult. D. *de servit.*, y l. 4. D. *commun. præd.*, y acerca de si podrá ocuparse la torre ú otro edificio de la iglesia, y hacer allí un fuerte para defensa de la república, V. Cyn. quien está por la afirmativa á la l. 2. C. *de sum. Trinit.*, Inoc. cap. *ecclesia*, *de immunit. eccles.*, y Florian á d. l. 14. §. 2. D. *de servit.*; siendo notable á este propósito la cit. l. 4., en cuanto establece que, construido un monumento, no puede ya pactarse por via de servidumbre que no se levante mas que á determinada altura, y tampoco que

aquellas que son a vso, e a pro comunal (57) de alguna Cibdad, o Villa, assi como los mercados, e las plaças, e los exidos, e las otras cosas semejantes dellos.

LEY 14. *En quantas maneras puede ser puesta la Seruidumbre en las cosas.*

Todas las seruidumbres, de que fablamos en las leyes deste Titulo, que deuen las vnas cosas a las otras, e los vnos edificios a los otros, pueden ser puestas (58) en alguna destas tres maneras. La primera es, por otorgamiento que fazen aquellos cuyas son las cosas, otorgando (59) de su voluntad (60) seruidumbre en ellas a otros, por fazerles amor, o por precio que reciben dellos. La segunda es, la que fazen los omes en sus testamentos, assi como quando dize: Quiero que la casa de Fulan aya tal seruidumbre en esta mi casa, que nunca sea mas alçada (61) de lo que es agora; o que pueda meter vigas en las paredes della, o otorgandole otra seruidumbre semejante desta, que y ouiesse; assi como si otorgasse a alguno, que ouiesse carrera en su heredad, para entrar, e salir, o traer agua por ella, para regar la suya, o en otra manera semejante destas. La tercera es, quando ganan los omes seruidumbres en casas, o en heredamientos, por vso de tiempo, assi como adelante diremos.

no puedan enterrarse en él mas que un determinado número de cadáveres; V. allí Paul. de Castr. y añad. l. 11. D. *de relig. et sumpt. fun.*, y Alberic. á d. l. 4. donde, siguiendo á Jacob. de Raven., alega d. l. para la cuestion siguiente: ciertos religiosos pretendian edificar en un lugar inmediato á otro de frailes menores, y junto á cierta iglesia parroquial; dichos menores y sacerdotes de la parroquia se oponian; últimamente hicieron una concordia, en virtud de la cual se permitió á los espresados religiosos construir una iglesia hasta determinada altura, y no mas, debiendo hacer tambien un cementerio, pero sin poderse dar sepultura en él á ninguno de los parroquianos: se preguntaba si estos pactos ó condiciones eran válidos, y tendrian por consiguiente que observarse; y, segun refiere d. Jacob. de Raven., se resolvió por la negativa, fundándose en las cit. ll. 4. y 11.: añadiendo allí que es digno de verse lo anotado por Arch. cap. *ultima voluntas*, 13. cuest. 2., y cap. 1. *de pact.*, lib. 6. y allí Arch., donde parece hallarse un caso espreso contra dicha determinacion de Jacob. de Raven., esto es, que valdrá tal pacto en utilidad de la iglesia parroquial: véase allí Dominic., despues de Juan Monach., comentando d. l. 4.

(57) Conc. l. 17. §. ult. y l. 8. D. *de aqua pluv. arc.*, y véase lo anotado á la l. 7. tit. 29. de esta Part.

(58) Conc. §. ult. Instit. *de servit. rust. præd.*, y añad. Az. en la suma C. *de servit.*, col. 5. vers. *constituuntur autem.*

(59) Pues no basta la sola promesa para adquirirse la servidumbre, sino que debe constituírsela realmente, l. 19. princ. D. *quemad. serv. amit.*, con lo anotado á la l. 3. C. *de servit.*, y V. Cepol. en d. trat. part. 1. cap. 21.

(60) Y cuando se dice, hablando de servidumbres, que adquiero el derecho de impedi que el vecino haga alguna cosa contra mi voluntad, no solo se entiende decir el derecho de impedir que lo haga cuando yo espresamente lo contradijere, sino tambien mientras yo no lo haya consentido, l. 5. D. *de serv. urb. præd.*

(61) ¿Y si uno obliga á su heredero á que no levante mas el edificio, se presumirá con esto impuesta una verdadera servidumbre? Asi parece deducirse de las palabras de nuestra ley aqui, y de lo anotado por Ang. á d. §. ult. Instit. *de servit. rust. præd.*, donde puede verse al mismo, tocante á si se entenderá aquel gravámen impuesto solo al primer heredero, ó á este y á los demas sucesivamente. Y nótese, que el que debe esta servidumbre de no edificar mas alto, no puede verificarlo, aunque con ello no se quitase la luz al vecino; acerca de lo cual V. Paul. de Castr. á la l. 11. D. *de servit. urb.*, y lo espuesto á la l. 10. §. 1. D. *si servit. vind.*: pero puede plantar árboles ó tener macetas aun sobre la altura convenida, segun la l. 12. D. *de serv. urb. præd.*, y allí Paul. de Castr. Sobre algunas cuestiones notables relativas á dicha servidumbre, V. Cepol. en d. trat. part. 1. cap. 27.: y en órden á las circunstancias que han de concurrir para que se considere á uno en posesion de dicha servidumbre, V. l. 6. §. 1. y allí Paul. de Castr. D. *si servit. vind.*: ¿En qué caso, empero, se entenderá la misma tácitamente impuesta? V. l. 20. princ. D. *si servit. vind.* — * Por lo que hace á la posesion de la servidumbre *altius non tollendi*, declárase en d. l. 6. §. 1. que la obtiene el dueño del predio dominante, mientras el serviente no haya sido levantado á mayor altura: entrando, al contrario, el de este último en la posesion de su libertad tan luego como con ciencia y paciencia del primero hubiere procedido á dicha edificacion.

LEY 15. *Por quanto tiempo puede ome ganar la Seruidumbre, que'ha en las cosas agenas.*

De tal natura (62) seyendo la seruidumbre, que fiziesse seruicio a otri cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe; assi como si fuesse aguaducho que corriesse de fuente que nasciesse en campo de alguno, o otra semejante della; si el vezino se sirue desta agua, regando (63) su heredad diez años, estando su dueño en la tierra, e non lo contradiziendo (64), o veynte, seyendo fuera della; e esto fiziesse a buena fe (65), cuydando que auia derecho (66) de lo fazer, e non por fuerça (67), (n) nin por ruego que ouiesse fecho al dueño de la fuente, o del campo por do passaua, ganaria por este tiempo (68) tal seruidumbre. Esto mismo seria, si alguno ouiesse viga metida en pared de su vezino; o abriesse finiestra en ella, por do entrasse lumbre a sus casas; o le contrallasse que non alçasse su casa, porque non le tollesse la lumbre; o si touiesse las alas de sus casas sobre el techo de su vezino, de manera que cayesse (69) y el agua de la lluuia; ca en qualquier destas se-

(n) nin a furto nin por ruego Acad.

(62) Deriva de lo anotado por Azon en la suma C. *de servit.*, col. 5. al fin vers. *item constituuntur servitutes per consuetudinem*, y de la glos. á la l. 14. D. *de servit.*, glos. mag., pudiendo añadirse la l. 2. C. d. tit. y allí los DD., y V. Bart. Cepol. en d. trat. part. 1. vers. 8. *principaliter*, cap. 19. y 20.

(63) Dice esto, porque no podria inducirse la prescripcion ó costumbre, por el hecho de manar ó fluir el agua naturalmente y por sí misma, pues siendo una cosa inanimada, falta en sus movimientos la intencion: y asi es que nada puede adquirirse por medio de semejantes cosas, segun lo anotado por la glos. en el §. *idem juris*, Instit. *per quas person. nob. acquir.*, cuya glos. no se halla en otra parte, segun Bald. cap. 1. §. *si quis de manso*, col. 4. *de controv. invest.* Es necesario, por lo tanto, para que pueda tener lugar la prescripcion, que haya mediado algun acto intencional por parte del que trata de aprovecharse de ella: mas, una vez verificado semejante acto, servirán tambien para continuar la prescripcion los movimientos de las cosas inanimadas, á tenor de la l. 12. D. *quemad. serv. amit.*

(64) Entiéndase esto con tal que lo sepa aquel contra quien se prescribe, segun d. l. 2. C. *de servit.*, y l. 10. D. *si servit. vind.*; y si antes de completarse la prescripcion, se le impide al prescribente ó deja de tolerársele el uso, queda la prescripcion interrumpida, á tenor de d. l. 2. con lo anotado allí, l. 4. §. 27. D. *de usuc.*, y Bart. á la l. 5. col. ult. del mismo tit. vers. *quæro qualiter interrumpatur præscriptio incorporalium*, Ang. á la l. 7. §. 5. C. *de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, pues no se obtiene la cuasi-posesion de las cosas incorporales sino concurriendo la ciencia y paciencia del adversario, l. 15. y l. pen. D. *de servit.*, á menos que se trate de derechos transmitidos por un tercero, en cuyo caso se entenderá estar en cuasi-posesion de los mismos aquel á quien se hubieren transmitido aun ignorándolo el adversario, l. ult. C. *de præscr. long. temp.*, y lo mismo sostiene Paul. de Castro á d. l. 14. vers. 4. *requiritur*: V. allí.

(65) Adóptase tambien aqui la opinion de Azon, lugar antes citado, y de la glos. á la l. ult. D. *quemad. servit. amit.*, y aunque se presuma la buena fe, con todo debe esta alegarse, l. 38. §. 6. D. *de adult.*, y Ang. á la l. 7. §. ult. D. *de Public.*

(66) Añad. l. ult. D. *quemad. servit. amit.*, y tambien se considera estar en la cuasi-posesion, y se presume que usa de su derecho todo el que, con ciencia y paciencia de aquel á quien interesa impedirlo, ejerce actos de tal naturaleza que no se acostumbra tolerarlos voluntaria y gratúitamente, sobre lo cual V. un texto notable, (y allí Abb. 4. notab.) en el cap. *cum ecclesia sutrina*, *de caus. poss. et propr.*: Si, pues, un vasallo ó enfiteuta conduce el agua del torrente ó canal del dueño directo al predio propio, aunque sea por espacio de muy largo tiempo, no podrá fundar en esto una verdadera prescripcion; porque no lo habrá verificado para prescribir aquel derecho, sino por razon del dominio útil, en fuerza del cual podia dirigir el agua de un fundo á otro, segun Bald. á d. §. *si quis de manso*, col. 4. vers. *pone*.

(67) Añad. l. 1. C. *de servit.*

(68) Sin embargo, cuando se prescribe contra la iglesia, se requieren 40. años, aunque la servidumbre tuviese una causa continua: V. Paul. de Castr. á d. l. 14. D. *de servit.*, y Abb. cap. *de quarta*, *de præscript.*, col. 4. y 5.

(69) Pues aunque de hecho no llueve siempre, existe, empero, perennemente la natural posibilidad de que llueva, y esto basta para que pueda calificarse de perpetua la causa de esta servidumbre, l. 28. D. *de servit. urb. præd.*, la que cita Abb. en la cuestion que proponia acerca de si habria conservado ó nó el mero imperio un noble que teniendo el mero y misto imperio y la universal jurisdiccion en un castillo, hubiese tenido en él las horcas levan-

uidumbres, o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra (70) de cada dia, se podria ganar por tanto tiempo, e en aquella manera, que de suso diximos del aguaducho. Mas las otras seruidumbres, de que se ayudan los omes, para aprouechar, e labrar sus heredades, e sus edificios, que non vsan dellas cada dia, mas a las vezes, e con fecho, assi como senda, o carrera, o via, que ouiesse en heredad de su vezino; o en agua (71) que viniesse vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia; tales seruidumbres como estas, e las otras semejantes dellas, non se podrian ganar por el tiempo sobredicho; ante dezimos, que quien las quisiere auer por esta razon, ha menester que haya vsado dellas, ellos, o aquellos de quien las ouieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar (72) los omes, quanto ha que lo co-

tadas por espacio de treinta años, pero sin que en todo ese tiempo hubiese habido ejecucion alguna ni ejercídose el mero imperio por no haberse presentado ocasion; y lo decide por la afirmativa; porque habitualmente se habria mantenido en la disposicion próxima de ejercer aquella potestad.

(70) Y la razon de ello, segun los DD., consiste en que las servidumbres, cuya utilidad proviene de un hecho natural, se dicen tener una causa continua, ó cuasi; empero, si aquella no puede obtenerse sin el hecho de los hombres, se entiende ser la causa de las mismas discontinua; pues el hombre no puede estar siempre *in actu et operatione*, como dice Bald. á la l. 2. col. 2. C. *de servit.*

(71) Añad. Juan de Plat. á la l. 4. C. *de aquæd.*, l. 9. D. del mismo tit., y allí la glos., donde puede verse si procederá esta distincion respecto del agua que se estrae de un acueducto público.

(72) En órden á las circunstancias que deberán concurrir para que se declare no haber memoria de hombres de cuando se verificó un hecho ó empezó á ejercerse un derecho, V. un texto notable que lo decide en la l. 28. D. *de probat.*, [estableciendo que debe probarse para ello no solo la circunstancia de no haber nadie que lo recuerde, sino tambien la de que nadie lo ha visto empezar, ni oido que otros lo vieran ú oyeran decir cuando habia empezado, de donde se infiere la presuncion de haberse ignorado siempre é indefinidamente del mismo modo]; sin embargo, muchos DD. y muy autorizados, pretenden que con haber trascurrido cien años, se dice ser de tiempo inmemorial: asi lo sostiene Cyn. á la l. 2. q. 9. C. *de servit.*, Anton. de Butr. cap. *veniens, de test.*, col. ult., donde defienden lo mismo Inoc. col. 2. vers. *item dicunt quidam*, y Cepol. citando á estos y otros en su trat. part. 1. cap. 19. vers. *quando autem dicatur.* Lo contrario, empero, esto es, que no bastará el transcurso de cien años para que se entienda el tiempo inmemorial, sienta Cardin. cap. *si diligenti*, al fin, *de præscript.*, por la razon que espone allí: siguiendo en esto y citando á Felin. cap. *ad audientiam*, col. ult. d. tit. vers. *limita*, 5., y lo propio parece sostener Francisc. Balb. trat. *præscript.*, fol. 43. col. 1. vers. *et circa præmissa*, donde añade otra razon, á saber, que aun despues de pasados cien años, puede saberse de oidas, ó bien por la fama ú opinion comun, y de consiguiente no puede decirse tiempo inmemorial, segun d. l. 28.: el propio Balb., no obstante, en dicho trat. fol. 16. col. 2. vers. *quod autem*, refiriéndose á Felin. y Cepol. lug. cit., sostiene, aunque tal vez nó decididamente, la opinion de este contra la del primero, esto es, que el transcurso de los cien años forma el tiempo inmemorial: opinion que creeria mas acertada, fundándome en el texto de la l. ult. tit. 13. lib. 3. del Orden. Real, [V. l. 4. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec., y lo dicho en la adicion á la nota 20. tit. 29. de esta Partª]; pues tambien está declarado que no puede prescribirse el mero imperio contra el Príncipe supremo, á no ser que pase tanto tiempo, que ya no haya memoria en contrario, segun manifiestan los DD. y señaladamente Paul de Castr. y Jas. á la l. 3. D. *de jurisd. omn. jud.*; y sin embargo, sé prescribe en cien años el mero imperio contra el Rey, segun d. l. ult., y por esto á tenor de la cit. l. del reino, el simple lapso de estos, se califica ya de tiempo inmemorial; pero aun asi entiendo que no debiera esto admitirse sino con cierta limitacion y con tal que nadie recuerde las personas que vieron y oyeron á los que decian haber presenciado lo contrario; y que no existan por consiguiente testigos que depongan de oidas á otros presenciales, de cuando tuvo principio el hecho cuya antigüedad se pretende probar; lo cual no deja de apoyarse en el texto de d. l. 28., ni dejaria de tener aplicacion en su caso lo que se establece en la citada ley del reino; de suerte, que en el caso de haber transcurrido los cien años, no deberia bastar el que estuviese en contra la fama ó comun opinion, á no ser que haya testigos que depongan á tenor de lo que llevo dicho: de lo contrario nunca se probaria ó siempre seria muy dificil probar la posesion inmemorial, pues por medio de escrituras ú otras pruebas se descubriria alguna época en que no habria existido aun la posesion ó

mençaron a vsar (73).

LEY 18. *Por quanto tiempo pierde ome la Seruidumbre, non vsando della el, o otri por el.*

Pereza (74) auiendo los omes, en non querer ellos vsar, nin otri en nome dellos, de las seruidumbres que ouiessen ganadas, puedenlas perder porende. Pero departimiento ha en esto entre aquellas que pertenescen a los edificios, e las otras que pertenescen a las heredades. Ca si alguno ouiere seruidumbre en casa de otro, que pueda tener viga metida en su pared, o auer finiestra en ella, por do entre la lumbre a su casa; tal seruidumbre como esta, o otra semejante della, se puede perder por diez años, non vsando della aquel a quien pertenesce, estando en la tierra, o veynte, (ñ) seyendo de fuera. E esto se entiende, si aquel que deuia la seruidumbre, tirasse (75) la viga de su pared, o cerrasse la finiestra por do entraua la lumbre, o embar-

(ñ) seyendo fuera. Acad.

el hecho cuya antigüedad se tratase de probar, aunque pasase de mil años ó mas: y nótese bien esto, pues los DD. no lo esplican asi, y añádase á lo dicho Inoc. cap. *veniens*, col. 2. *de verb. signif.*; confirmándose tambien la doctrina que acaba de sentarse por las palabras de que se usa en nuestra ley aqui: *tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes.* — * La l. 1. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec. al hablar de la posesion inmemorial como otro de los medios establecidos para probar la existencia de un mayorazgo, hé aqui como se espresa: «y que los testigos sean de buena fama, y » digan que asi lo vieron ellos pasar por tiem» po de cuarenta años, y asi lo oyeron decir á » sus mayores y ancianos, que ellos siempre » asi lo vieron y oyeron, y nunca vieron ni » oyeron decir lo contrario, y que de ello es » pública voz y fama entre los vecinos y mora» dores de la tierra.»

(73) Deben hacerse, sin embargo, algunas escepciones: á saber, 1ª, cuando uno tuviere y probare tener un título proveniente de un tercero: pues entonces, aunque la causa de la servidumbre fuese discontinua, se adquiriria con el transcurso de largo tiempo, segun la l. ult. al fin C. *de præscript. long. temp.*, y l. 11. §. 1. D. *de Publician.*, lo que es singular, segun Paul. de Castr. á d. l. 14. D. *de servit.*: 2ª, cuando se tratare de servidumbres personales constituidas sobre una cosa á favor de personas determinadas, como son, el usufruto, uso, jurisdiccion y otras semejantes: pues si bien no puede poseérselas sino por medio de actos que verifica el hombre ó la persona que quiere aprovecharse de ellas, por esto, empero, no se entiende que tengan la causa discontinua, pues que puede poseerlas con el solo ánimo ó intencion, que es continuo, segun Paul. de Castr. á d. l. 14.: se necesita, empero, para poder adquirirlas por la prescripcion, que el poseedor haya tenido ó tenga algun título, aunque sea proveniente de uno que no era dueño, por asemejarse tales servidumbres al dominio, segun d. l. ult., y añad. Abb. cap. *cum ecclesia sutrina*, col. 9. *de caus. posses. et propriet.* En tercer lugar, deben esceptuarse los derechos incorporales ó anejos á cosas que lo sean; los cuales prescribirán indistintamente por el espacio de cuarenta años, sin atenderse á si la causa es continua ó discontinua, segun Bald. á d. l. 2. col. 2. C. *de servit.*, y V. Balb. en d. trat. *præscript.*, chart. 47. col. 2., véase sin embargo, Abb. cap. *de quarta*, *de præscript.*, col. 5. vers. 2. *est dubium.* 4º, cuando el poseedor alegare tener á su favor un título concedido por aquel contra quien trata de prescribir: pues si usó de la servidumbre, sabiéndolo y tolerándolo el dueño, se presume constituida la misma en virtud de la propia causa ó título que se pretende haber precedido: asi lo espresa la glos. singular de d. l. 14.: V. Cepol. citando otros casos en d. cap. 19. Esto no obstante, es menester advertir, que para tener lugar lo que acaba de decirse, será menester que el título que se alegue sea probable y nó informal, *formis et non informis*, como dice Bald. cap. *si quis per* 30., col. 2. *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, el mismo Bart. á la l. 6. D. *de usur*, y Ang. al §. 10. Instit. *de usuc.*; y será necesario tambien que la prueba del uso ó posesion sea calificada, es decir, deberá probarse que se empezó á poseer en virtud del título que se alega, segun Salic. á la l. 28. al fin C. *de pact.*, acerca de lo cual V. d. trat. *præscript.*, fol. 10. col. 3., donde pueden verse muchas cosas notables sobre el particular: y véase al propio Bart. en d. trat. fol. 47. col. 4., y Alex. á d. l. 28. al fin, y consil. 108. al fin. vol. 2.

(74) Añad. l. 18. de este tit., ll. 13. y ult. C. *de servit.*, y Azon en la suma de d. tit. col. penult.

(75) Conc. l. 6. D. *de servit. urb. præd.*, y allí V. Ang., quien espresa los cuatro requisitos, que, segun él, son necesarios para que proceda la prescripcion contra las servidumbres urbanas, ó para que se estingan estas y adquieran los predios sirvientes la libertad por el no uso de las mismas.

gasse la seruidumbre en otra manera, a buena fe (76), creyendo que auia derecho de lo fazer. Ca si el non embargasse assi la seruidumbre, maguer el otro non vsasse della en este tiempo sobredicho, non la perderia porende. Mas las seruidumbres, (o) que han los omes en los heredamientos, o en los otros lugares, si son de tal manera, que fiziessen seruicio sin obra de aquel que las recibe, estas atales non se pueden perder, si non desque estuuieren tanto tiempo, que non vsen dellas, que los omes non se puedan ende acordar. E si fuessen de tal natura, que vsassen dellas a las vezes, e non cada dia, segund diximos en la ley ante desta, pierdense, non vsando dellas por tiempo de veynte años (77), quier sea (78) en la tierra, quier non, aquel a quien pertenescen.

LEY 17. *Como se desata la Seruidumbre, quando se ayunta con aquella cosa a que sirue, comprandola alguno dellos.*

Perderse podrian (79) avn las seruidumbres en dos maneras sin aquellas que de suso diximos. La vna es, quitandola (80) el señor de aquella cosa, a quien deuian la seruidumbre, si fuere toda suya; mas si a casa, o heredad de muchos deuiessen la seruidumbre, non la puede el vno quitar tan solamente, sin otorgamiento de los otros. La otra manera por que se pierde, es esta; assi como quando aquel cuya es la cosa que deue la seruidumbre, (81) compra (p) la otra en que la auia ganada. Ca por razon de la compra, que se ayunta la vna cosa con la otra en su señorio, pierdese la seruidumbre. E maguer la enagene despues, o la tenga para si, de alli adelante nunca deue ser demandada, nin es obligada la cosa, que assi es comprada, a aquella seruidumbre. Fueras ende, si despues desso fuesse puesta nueuamente.

LEY 18. *Como el vno de los compañeros puede ganar la Seruidumbre para si, vsando della sin su compañero.*

Comunalmente (82) auiendo algunos omes casa, o heredamiento, a quien deuiesse otro edificio, o heredad, seruidumbre; si partiessen entre si aquella cosa que ouieren de consuno, e despues el vno dellos vsasse de aquella seruidumbre, que auian ante amos, e el otro non vsasse della por tanto tiempo, como diximos en las leyes (83) ante desta, por que pierden los omes las seruidumbres; perderla y a porende. E non se podria aprouechar del tiempo que el otro vsara: (q) porque non era su Personero, nin vsaua de aquella seruidumbre por el: mas si non partiessen la cosa, que era comunal entre ellos, en que auian la seruidumbre, bien ternia pro el vso del vno al otro (84). E esto es, porque ante que sea partida la cosa, es la seruidumbre vna. E usando el vn compañero della, en saluo fincaua al otro (85) su derecho; mas despues que la cosa parten, non es assi. E porende el

(o) que han los unos heredamientos en los otros, si son de tal natura Acad.
(p) compra a quien la debe, o gana el señorio della de otra guisa, o aquel cuya es la cosa a quien debie la servidumbre compra la otra en que la habie ganada; Acad.
(q) porque non es agora su compañero, nin usaba etc. Acad

(76) Procede esto en las servidumbres urbanas, en las que se requiere, para que se estingan por la prescripcion, no solo que haya dejado de usarse de ellas, sino tambien que el dueño del predio dominante haya verificado algun acto, ó hecho alguna innovacion que impida el uso ulterior de la servidumbre; en las rústicas y empero, lo mismo que en las personales; como se atiende tan solo al no uso, para que se pierdan por la prescripcion, no se requeriria la buena fe por parte del dueño del predio sirviente, segun la l. 4. §. 27. D. *de usuc.*; lo que tambien procede por derecho canónico, segun Bart. allí, y V. Ang. á d. l. 6.

(77) Conc. l. 7. y allí la glos. notable D. *quemad. servit. amit.*

(78) V. l. pen. y ult. C. *de servit.*, y Cepol. en su trat. cap. 24. acerca el modo de perderse la servidumbre: pareciendo que por esta ley de Part. se quiso derogar lo dispuesto por derecho comun, pues las servidumbres que tienen una causa continua, se pierden por la prescripcion de largo tiempo, segun dd. ll. 13. y ult., y d. l. 7. y allí todos los DD., y sin embargo, se declara aqui que se requiere para ello el tiempo inmemorial.

(79) V. l. 19. de este tit.

(80) Conc. ll. 32. y 21. D. *de servit. urban. præd.*, y l. 8. D. *quemad. serv. amit.*

(81) Conc. l. 30. D. *de servit. urb. præd.*

(82) Conc. l. 6. §. 1. D. *quemad. serv. amit.*, y véase allí tambien lo que deberá decirse, en el caso de ser el predio serviente el que pertenezca á varios condueños, y de haberse procedido entre estos á la particion del mismo, con otras notables cuestiones que propone Alberic., siguiendo á Jacob. de Raven.

(83) L. 16. de este tit.

(84) Añad. l. 16. vers. *quod si plurium*, D. *quemad. servit. amit.*

(85) Asi, pues, en las cosas que se poseen *pro indiviso*, se verifica que retiene uno ó con-

que non vsa de su parte, assi como dicho es de suso, pierdela.

LEY 19. *Como pierde ome la Seruidumbre que ha vna casa en otra, que non sea mas alta, si la dexa alçar.*

Obligada seyendo a seruidumbre vna casa a otra casa, de manera que non la deuiesse alçar; o solar de algun ome auiendo a recebir las aguas que cayessen del tejado de otro; si aquel señor a cuya casa deuiessen tal seruidumbre, como es alguna destas, otorgasse (86) poder al otro, cuya era la casa, o el suelo que la deuia, qae alçasse la casa mas de como estaua en ante, o que fiziesse alguna lauor en el suelo, (*r*) o cayessen las aguas, pierde porende la seruidumbre que auia en aquel lugar: ca entiendese, que cuando le otorga y poder de fazer lauor, que le quita la seruidumbre que auia en aquel lugar.

(*r*) do caien las aguas Acad.

LEY 20. *De las Seruidumbres que son llamadas vsofruto, e vso tan solamente.*

Complidamente auemos mostrado en las leyes que son ante desta, de las seruidumbres que deue vna casa a otra, o vn edificio a otro, o vna heredad a otra. E agora queremos aqui mostrar de la tercera manera, de que fezimos emiente en la segunda ley deste Titulo; que es de la seruidumbre, que ha vn ome en casa, o en heredad que es de otro, por pro de su persona, e non a pro señaladamente de su heredad. E dezimos, que la persona del ome en tres maneras puede auer tal seruidumbre en las cosas agenas. La primera es, quando vn ome otorga a otro para en toda su vida, o a tiempo cierto, el vsofruto (87) que saliere de algun su heredamiento, o de alguna su casa, o de sus sieruos (88), o sus ganados, o de otras cosas de que pudiesse salir renta (89), o fruto. E tal otorgamiento como

serva por medio de sus condueños los derechos que por sí habria ya perdido, como en el caso de la l. 20. D. *quemad. serv. amit.*, y V. Abb. cap. *de quarta*, *de præscript.*, col. 6., y lo anotado por Bald. á la l. 27. C. *de inofic. testam.*, col. 2., y Bart. á la l. 25. D. *de testam. tutel.*, y V. l. *alterius*, y allí Bart. D. *de admin. tut. et curat.*, y l. 1. y allí Bald. C. *si in commun. eademq. caus. in integr. rest. post.*, y véase sobre el particular lo anotado por Bald. á la autent. *nisi rogati*, col. ult. vers. *item quæro*, C. *ad Trebell.*, y lo que dice él mismo señaladamente en el cap. 1. col. 3. princ. *quib. mod. feud. amit.*, la glos. y Bald. cap. 1. *de duob. fratr. de benefic. invest.*, con lo que se lee en la l. 3. §. 8. D. *de Carbon. edict.*, lo anotado por la glos. y Bart. á la l. 3. D. *de condict. ob turp. caus.*, y acerca la unidad ú homogeneidad entre los individuos de una misma comunion y los efectos de aquella, V. lo que se lee en el cap. 22. y la glos. allí caus. 11. cuest. 3., y V. Franc. Balb. en su trat. *præscript.*, fol. 43. col. 3. vers. *quarto quæro*, Felin. cap. 1. col. 3. *de præscript.*, y acerca de los clérigos que tienen bienes comunes con los legos, V. Specul. tit. *de cleric. conjugat.*, vers. *quid si clericus*, y véase tambien, como digno de notarse, lo que espone Alex. consil. 122. col. 3. vol. 4.; pudiendo encontrarse varias especies de mucha utilidad en los pasages que se dejan citados, y que nó sin largo trabajo se ha logrado reunir.

(86) V. l. 17. de este tit. y lo anotado allí.

(87) ¿Y el simple legado de los frutos de un fundo determinado equivale á la constitucion de un usufruto, de modo que el legatario pueda percibir todos los años y hacer suyos los frutos que dicho fundo produjere, ó se entenderán legados solamente los de un año? Mas bien deberán entenderse legados los frutos de todos los años, y asi un verdadero usufruto [á menos que pudiere probar el heredero haber sido otra la intencion del testador], segun el texto notable de la l. 58. §. ult. D. *de usufr.*, y allí la glos., y Alberic. á la l. 14. hácia el fin D. *de alim. et cib. leg.*

(88) V. §. 2. Instit. *de usufr.*

(89) Entiéndase esto en el sentido en que lo esplican la glos. á la l. 20. D. *de usufr.*, y Bart. á la l. 38. D. *de usufr. leg.*: siendo de notar que la presente ley de Partida confirma indirectamente el que los mayorazgos tan solo puedan fundarse ó constituirse en cosas ó bienes que sean productivos, y nó en caudales ó dinero, segun el §. 2. Instit. *de usufr.*: lo cual, empero, debe entenderse, á menos que se prevenga haberse de invertir los caudales en la compra de predios ó cosas, de que puedan sacarse réditos, segun decide Bart. respecto de un caso análogo á la l. 8. D. *de castrens. pecul.* — * Y aunque no se haya mandado invertir ni de hecho se invierta el dinero en la compra de fincas ó cosas productivas, puede constituirse en él un verdadero usufruto, ó el llamado cuasi-usufruto; el cual ya importa de suyo la prohibicion de consumir la cantidad usufructuada, y la obligacion por parte del usufructuario, de afianzar su devolucion al finir la servidumbre; pudiendo entre tanto utilizarse de ella y emplearla en las negociaciones

este puedese fazer por postura (90), e en testamento. Pero aquel a quien fuere otorgado poder de esquilmar alguna destas cosas sobredichas, deuela esquilmar a buena fe, dando primeramente recabdo (91), que la cosa (92) en que ha el vsofruto, non se pierda, nin se empeore por su culpa, nin por cobdicia quel mueua a esquilmarla mas de lo que conuiene. E que quando el finare, o se cumpliere en otra manera el tiempo a que la deuia esquilmar, que la cosa sea tornada (93) a aquel que otorgo el vsofruto della, o a quien el mandare, o a sus herederos si el fuere finado. E este, a quien es otorgado tal vsofruto, gana todos los frutos (94), e las rentas de la cosa en quel fue otorgado, e puedese aprouechar de los frutos della, e venderlos si quisiere; mas la cosa en que ha el vsofruto, non la puede enagenar, nin empeñar. La segunda manera es, quando vn ome otorga tan solamente en su casa, o en su heredad, o en otras sus cosas, el vso. E de tal otorgamiento como este non se puede aprouechar del tan lleneramente, aquel a quien es fecho, como

productivas que bien le parezca, ó imponerla á censo ó de otra manera: como asi estaba ya reconocido por derecho comun en el citado §. 2. Instit. *sed utilitatis causa Senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui; ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur.*

(90) Conc. l. 6. D. *de usufr.*, y el §. 1. Instit. d. tit.

(91) V. l. 1. y sig. D. *usufr. quemad. cav.*, y nótese, que no es esencial al usufruto el que se preste dicha caucion, sino cuando se la pida por el propietario, segun manifiestan Az. en la suma C. *de usufr.*, la glos. al §. 1. Instit. d. tit., y Bald. á la l. 6. §. 1. C. *de secund. nupt.* Pero no puede dispensar al usufructuario de prestar dicha caucion el testador que le lega el usufruto, l. 7. C. *ut in poss. legat. vel fideicom.*, y por lo que hace á si deberá ponerse la cosa en secuestro en el caso de no poderse prestar la caucion, V. la glos. y DD. á la l. 5. C. *de usufr.*, y Bald. á la l. ult. C. *de ord. cogn.* Está esceptuado ó dispensado de prestarla el usufructuario que lo sea por haber hecho donacion de sus bienes, reservándose sobre ellos el usufruto; acerca de lo cual V. Decio consil. 256. col. ult. Y como la caucion no es de la esencia del usufruto, valdrá el juicio en caso que accione el usufructuario, aunque no haya previamente afianzado; debiendo, empero, en tal caso hacerse la condena bajo condicion de que lo verifique, como dicen Paul. de Castr. á la l. ult. C. *de usufr.*, y Dec. consil. 408. duda 5ª Acerca de si el heredero podrá remitir dicha caucion, V. Bart. á la cit. l. 1. siguiendo la glos. allí, mas nunca podrá hacerlo el testador como se ha dicho; lo cual procede tambien respecto de las cosas muebles, segun Bald. y Salic. á d. l. 1., aunque Cyn. pretende lo contrario: siendo mas acertada la opinion de los primeros, adoptada tambien por Alex. consil. 58. col. 3. vol. 3. Y cuando el usufruto se dejare á favor de alguno para él y para su heredero, ¿tendrá este que prestar nueva caucion? V. Bald. á la l. un. vers. *excepto*, C. *de caduc.* *toll.*, vers. *sed quid si concedo.* Acerca de los demas casos en que no tendrá lugar esta caucion, V. glos. á la l. 9. D. *usufr. quemad. cav.*

(92) ¿Hará, empero, el usufructuario suyos los frutos aun antes de haber prestado la caucion? V. Bart. á la l. 9. C. *de usufr.*, y el texto junto con la glos. y Bart. á la l. 6. §. 1. C. *de secund. nupt.*

(93) Y cuando el testador haya concedido al usufructuario la facultad de vender una parte de los bienes usufructuados hasta cierta y determinada cantidad, ¿tendrá este último ó su heredero obligacion, finido el usufruto, de restituir al propietario el precio ó valor de los bienes que en uso de dicha facultad hubiere enagenado? Hermosa cuestion es esta, que podria resolverse distinguiendo de casos á tenor de lo anotado por Alex. en d. consil. §. 58. col. 3. vol. 3. Y tiene mucha analogía con la otra cuestion de si el poseedor de un mayorazgo á quien el Rey hubiese dado licencia para vender parte de los bienes amayorazgados hasta cierta cantidad, estará tambien obligado á restituir á los sucesores el precio de los bienes vendidos, de modo que no sufra el mayorazgo por dicha venta disminucion alguna.

(94) ¿Aquel, empero, á quien se haya dejado el usufruto de un fundo, podrá usar de los bueyes que sirven para la labranza de este? Asi debe creerse, á tenor de la l. 9. §. 6. D. *de usufr.*, y allí Bald., Ang. y Florian: entendiéndose tambien comprendida en dicho legado la parte de frutos del mismo fundo que se calcule necesaria para la semilla: V. allí. Y en cuanto al prorrateo que deberá hacerse de las pensiones ó frutos civiles, cuando el usufruto hubiere durado poco tiempo ó fallecido el usufructuario antes del vencimiento de aquellas, V. l. 58. D. *de usufr.* ¿Podrá el usufructuario hacer pintar, ó esculpir sus armas en la casa de que tiene el usufruto? Véase el texto notable, el cual está por la afirmativa, de la l. 13. en la palabra *sigilla*, §. 7. D. *de usufr.*, y lo anotado por Ang., Florian y Cepol. tit. *de servit. urb. præd.*, part. 1. cap. 4.

del vsofruto. Porque este que ha el vso (95) tan solamente, non puede esquilmar la cosa, si non en lo que ouiere menester ende para su despensa; assi como si le otorgan vso en alguna huerta, que deue tomar de la fruta, o de la ortaliza, lo que ouiere menester para comer el, e su compaña; mas non para dar ende a otri, nin para vender (96). Esso mismo dezimos que seria, si vn ome otorgasse a otro vso en su prado, o en su viña, o en otra su cosa. Otrosi dezimos, que non puede ome enagenar, nin empeñar la cosa en que ha el vso. E avn dezimos, que deue dar buenos fiadores, que vsara (97) de la cosa a buena fe, assi como buen ome, non faziendo daño en ella, por que se empeorasse, e se perdiesse, por su culpa.

LEY 21. *Como deue ome vsar del vso que le es otorgado en casa agena, o en sieruos, o en bestias.*

Vso tan solamente auiendo algund ome en casa agena, bien puede y morar el, e su muger (98), e sus fijos, e su compaña, e puede y avn recebir huespedes si quisiere. E si por auentura otorgasse vn ome a otro vso en sus sieruos (99), o en sus bestias puede el mismo vsar dellas para sus lauores, o para otro seruicio tan solamente; mas non puede logar (100), nin emprestar a otro los sieruos, nin las bestias. Otrosi dezimos, que si vn ome otorgasse a otro vso en sus ganados (101), que aquel a quien es otorgado, que puede traer aquellos ganados por sus heredades, porque se engruese la tierra, del estiercol que que sale dellos, para dar mejor fruto; e puede tomar de la leche, e del queso, e de la lana, e de los cabritos, lo que ouiere menester para despensa de si, e de su compaña; mas non deue tomar ende, para dar, nin para vender a otri ninguna cosa.

LEY 22. *Que deue fazer el ome en las cosas en que le es otorgado vsofruto: e como las deue guardar, e aliñar, reparar, e labrar.*

Guisada cosa es, e derecha, que qualquier

(95) Sobre esta servidumbre de simple uso, veanse en su totalidad los títulos *de us. et habit.*, del Digesto é Instituciones; y sobre la de uso de una casa y lo que viene comprendido en ella, V. en particular las ll. 1. y 2. D. d. tit., l. 22. §. 1., (en la cual se lee una especie notable) ll. 18. y 17. del mismo tit., y l. 13. §. 7. D. *de usufr.*: acerca del uso de un fundo, V. l. 10. §. 4. y l. 15. D. *de us. et habit.*; sobre el de un esclavo, V. ll. 14. princ., 20. y 16. §. 2. D. *de us. et habit.*; sobre el de un rebaño, V. l. 12. §. 2. D. d. tit.; sobre el de los bueyes, caballos y jumentos, V. d. l. 3. §. 4.; sobre el del agua, V. l. 22. D. *de us. et hab.*, y sobre el del servicio y obras de los esclavos, V. d. l. 12. §. 5. y 6. junto con la l. sig. D. d. tit., y V. l. prox. sig.

(96) A menos que se trate de un bosque situado á larga distancia, del cual seria inútil tener el uso si no pudiese el usuario vender la parte de árboles ó leña que por tal servidumbre le corresponde, segun d. l. 22. princ. D. *de us. et habit.*, por lo demas, empero, puede siempre y por punto general vender el usuario los frutos despues que los haya percibido, segun Alberic. allí, siguiendo á Jacob. de Raven., arg. l. 24. D. *de serv. rust. præd.*

(97) Añad. l. 5. §. 1., y l. 11. D. *usufr. quemad. cav.*

(98) Añad. l. 2. §. 1. y l. 4. §. 1. D. *de us. et hab.*, y §. 2. Instit. d. tit. Y acerca de si podrá la muger á quien su marido hubiere legado el uso de una casa, vivir en ella con su marido de segundo matrimonio, V. Alberic. á d. §. 1., quien, á pesar de decidirse la glos. á d. §. por la afirmativa, pretende, al contrario, que esto estaria en oposicion con la voluntad del testador, la cual, siendo conocida, por ej., si se dedujese de algunas conjeturas, deberia observarse, como manifiesta Socin. consil. 56. vol. 3. princ. *viso testamento Francisci*: y V. Jas. á la l. 2. 1. notab. C. *de indict. viduit. toll.*; pudiendo creerse que la citada glos. entendió hablar mas bien del caso en que se hubiese hecho el legado á una muger, nó por su primer marido, sino por un estraño. Añad. sobre esto mismo lo anotado por Bald. á la l. 1. al fin C. *de legat.* ¿Podrá el heredero ó propietario habitar la casa junto con el usuario, cuando esta sea bastante capaz para la habitacion de entrambos? La glos. de la l. 22. D. *de us. et hab.*, glos. ult., opina por la negativa: V. Alberic. allí §. 1.; espresando, sin embargo, haberse por otros pretendido que podrá habitarla el heredero si en la casa hay suficiente lugar para él y el usuario: opinion que parece aprobarse en la ley prox. sig. al fin.

(99) Conc. l. 12. §. 5. D. *de us. et habit.*

(100) Y si el mismo esclavo hubiere arrendado sus trabajos, ¿percibirá el usuario el precio del arriendo? Alberic. decide que sí, siguiendo á Jacob. de Raven. á la l. 14. D. *de us. et hab.*

(101) Conc. l. 12. §. 2. D. *de us. et hab.*

a quien fuesse otorgado el vsofruto de alguna casa, o de alguna heredad, o en algunos ganados, que assi como quiere auer la pro en que le es otorgado este derecho, que pune quanto pudiere, de la aliñar, e de la guardar, e de la endereçar bien, e lealmente; de manera que si fuere casa (102), que la repare, e la enderece, que non caya (103), nin se empeore por su culpa. E si fuere heredad que la labre bien, e la aliñe. E si fuere viña, o huerta, que faga esso mismo. E si se secaren algunas vides, o arboles, que planten otros (104) en su lugar. E si fueren ganados, e se murieren algunos, que de los fijos ponga, e crie otros (105), en su lugar de aquellos que assi murieren. E si diezmo (106), o otro tributo, o pecho alguno ouiere a salir, de la cosa, en quel otorgaron el vsofruto, el lo deue pagar del fruto que lleuare ende; de manera que la cosa de que sale, finque (s) salua, e segura, e sin embargo, a aquel cuya es. Mas el que ouiesse vso tan solamente (107) en la cosa, segund diximos en la ley ante desta, non es tenudo, nin obligado, a fazer ninguna cosa destas sobredichas, en aquella cosa en que lo ouiere. Fueras ende, si fuesse tan pequeña, que el solo se lleuasse todo el esquilmo, por razon del vso que auia en ella. Ca estonce tenudo seria de la aliñar, e de la guardar, e de pechar por ella, assi como sobredicho es.

LEY 23. *Que gana ome del sieruo, o de la sierua, en que le es otorgado el vsofruto, o las obras del.*

Vso fruto, o las obras auiendo ome en algund sieruo, o sierua de otri, gana por ellas

(s) salva e sin embargo a aquel cuya es Acad.

(102) Conc. l. 7. §. 2. D. *de usufr.*, y entiéndase de los gastos no muy crecidos, pues á los que lo sean no está obligado el usufructuario, segun se declara en la misma ley, y espresa allí la glos. que se debe dejar al arbitrio del juez el decidir si los gastos que ocurran ó hayan ocurrido deben ó nó considerarse de poca monta para el espresado efecto; sin que pueda, empero, decidirlo á su libre albedrío, segun Alberic. allí, sino atendida la calidad de la cosa y de los frutos: Y ¿á quién incumbirá pagar los gastos cuando el usufructuario quiera renunciar al usufruto? V. l. 64. D. *de servit.*: en la cual se declara que deberá en dicho caso pagar el propietario aun los gastos que por su naturaleza hubieran venido á cargo del usufructuario, si este hubiese continuado en el usufruto.

(103) Pues si los edificios se desmoronasen á causa de ser muy antiguos, no estaria obligado el usufructuario á rehacerlos, segun d. l. 7. §. 2., lo que debe entenderse segun Alberic. allí siguiendo á Jacob. de Butri, en el caso de importar la reparacion un gasto muy considerable; pues si no importase mucho, quedaria obligado el usufructuario á costearla.

(104) Conc. ll. 18. y 7. §. 2. D. *de servit.*

(105) Conc. l. 68. D. *de servit.*, y el §. 37. Instit. *de divis. rer.*, vers. *sed si gregis.*

(106) V. l. 7. §. 2. y las interesantes cuestiones que trata allí Alberic., y añádase sobre el particular la l. ult. C. *sine cens. vel reliqu. fund.*, l. 4. C. *de agricol. et censit. et colon.*, con lo anotado allí, l. 2. C. *de jure emphyt.*, y allí Salic. cap. 1. *per quos fiat investitura*, y allí Bald., l. 10. C. *de annon. et tribut.*, y allí Bart. y Juan de Plat., y l. 1. C. del mismo tit. con Bart. y la glos. allí; donde esta última trata del caso en que el arrendatario pague la pension en dinero: acerca de lo cual V. Alex. consil. 4. vol. 5., y Bald. á la l. 6. C. *de fideicom.*, y véase sobre el particular cuanto espone Bart. á la l. 11. §. 5. col. pen. D. *de public.*, y Socin. consil. 119. en su totalidad.

(107) Dice muy bien *tan solamente*, pues lo contrario seria, si se hubiese dejado simplemente el uso de una casa; en cual caso el dueño ó propietario quedaria escluido de la habitacion, segun las ll. 10. princ. y 4. D. *de usu et habit.*, y lo que espone Decio consil. 355. y en los propios términos habla la l. 18. D. *de us. et habit.*, de la cual esta se ha tomado: pues dice: *si domus usus legatus sit sine fructu* etc., y allí la glos. que pretende lo mismo, fundada en el texto de la l. 22. §. 1. D. *de us. et habit.* Adviértase, sin embargo, que segun esta ley y la l. 21. de este tit., deberá decirse lo mismo, aunque se haya dejado simplemente el uso de una casa: de modo que esta palabra *tan solamente* está puesta aqui para denotar el uso por contraposicion al usufruto, asi como en la cit. l. 18.: y parece deducirse de nuestra ley, que si la casa es espaciosa, podrá tambien habitar en ella el propietario, ó percibir utilidad de la misma; lo que tambien se aprueba en d. l. 18., y asi lo espuse al comentar la l. prox. antec.: medítese, empero, acerca de esto. — * Por lo que á nosotros hace, diríamos que en general, ninguna diferencia debe hacerse ni se ha querido hacer en la presente ley de Partida, en cuanto á la estension de los derechos ó facultades que tribuye la servidumbre de uso, segun las palabras con que se le haya constituido; pero sí que deberá atenderse siempre á la calidad

todo quanto que el sieruo, o la sierua ganaren (108) por obra de sus manos, o con dineros, o con cabdal de aquel, a quien es otorgado alguno destos derechos. Mas la ganancia que fiziesse alguno destos sieruos, de cosas que le fuessen dadas, o dexadas en testamento, deuen ser solamente del señor del sieruo, o de la sierua. Fueras ende, si la donacion, o la manda fuesse fecha a los sieruos (t) con tal entencion (109), que la ganassen aquellos que auian el vsofruto, o el vso. Ca estonce ellos lo ganarian, e non el dueño de la cosa. Otrosi dezimos, que si la sierua, de quien fuesse otorgado el vsofruto a otri, ouiesse fijo, o fija (110), maguer naciesse despues en poder del vsofrutuario, non deuen ser del, mas del señor cuya es la sierua; fueras ende, si el señor gelo ouiesse otorgado señaladamente, que lo ouiesse. E esto es por esta razon: porque como quier que todos los frutos, que nacen de las bestias, e de los ganados, deuen ser de aquellos a quien es otorgado el vsofruto dellos; empero en el parto de la sierua non es assi: porque, segund natura, los frutos de todas las cosas fueron dados, e otorgados para seruicio del ome. E porende aquel para cuyo seruicio (111) fueron fallados los frutos de las otras cosas, non seria guisado, nin derecho, que el fuesse contado por vsofruto de otri.

(t) con tal condicion Acad.

LEY 24. *En quantas maneras se puede desatar el vsofruto que ome ha en las cosas agenas.*

Curso natural es, que todas las cosas, que los omes otorgan por palabra, o fazen de fecho, ayan maneras ciertas, por que se pueden desatar, quanto quier que sean firmadas. E porende, pues que en las leyes de suso mostramos, en que manera se establesce el vsofruto, o el vso tan solamente; queremos aqui dezir, como se puede toller, o desatar (112). E dezimos, que si aquel a quien fue otorgado vsofruto en alguna cosa, o vso tan solamente, se muere (113), o lo destierran (114) para siempre en alguna ysla; o si era aforrado, e despues desso lo tornaron con derecho en seruidumbre, por algund yerro que fizo; o seyendo libre, consintiesse el mismo de ser vendido como sieruo; que por qualquier destas razones se pierde, o se desata el vsofruto, o el vso que auia en la cosa, e torna al señor cuya era la propiedad de la cosa.

personal del usuario y á la circunstancia de haberla ó nó sabido y tenido en consideracion el que constituyó la servidumbre para determinar si podrá el primero ó nó hacer de la cosa ciertos usos, como por ej., alquilar los caballos de que se haya legado el uso, si el legatario tiene por oficio el alquilarlos, segun la l. 4. §. 2.

(108) Conc. ll. 21., 22. y 31. D. *de usufr.*, y l. 16. §. 2. y l. 20. D. *de us. et habit.*

(109) En este caso, pues, el instituido por consideracion al usufructuario, aunque no esté gravado con la restitucion, ni haya sido rogado de verificarla, será, empero, obligado por el juez á adir la herencia para restituirla; y es singular, y digna de notarse segun Ang., la glos. á d. l. 21.; tenemos pues, que deberá el que asi fuere instituido, adir y restituir del mismo modo que los herederos que son instituidos con tal gravámen, segun la l. 53. junto con la glos. D. *ad Trebell.*, y l. 5. C. del mismo tit.: lo que debe tenerse presente.

(110) Conc. l. 68. D. *de usufr.*, y §. 37. Instit. *de rer. divis.*, de donde se infiere que en las ventas de las gabelas de los frutos, no vendrá comprendido el usufruto de los hombres que nacen, por los cuales se exige un impuesto en algunas ciudades dominadas por tiranos, segun Ang. á d. l, 68.

(111) Conc. l. 28. D. *de usur.*: por ser el hombre la mas digna de las criaturas, l. 44. D. *de ædilit. edict.*

(112) Conc. §. 3. Instit. *de usufr.*

(113) Lo mismo deberá decirse, si el usufructuario diese en arriendo el usufruto, segun el texto de la l. 10. C. *de usufr.*, y atendida la segunda lectura de la glos. que es la mas notable, y allí Bart. y Bald., y añad. l. 3. tit. 8. Part. 5. Y asi como con la muerte se estingue el usufruto que ya estaba constituido, del propio modo lo queda la esperanza del que iba á constituirse, l. 26. y allí Bart. D. *de usufr. legat.* ¿Y si el usufruto se hubiere legado á algun monge? V. Bald. á la l. 2. C. *de bon. mater. et mat. gen.* ¿Qué dirémos, empero, si aquel á cuyo favor está constituido el usufruto, lo hubiere enagenado á otro, consintiéndolo el propietario? ¿Finirá entonces por la muerte del cedente ó por la del cesionario? V. Bald. á la l. 1. C. *si pign. pig. dat. sit.* — * Parécenos que por la del cesionario; pues, habiendo intervenido, como por necesidad ha debido intervenir el consentimiento del dueño, es lo mismo que si este hubiese constituido un nuevo usufruto á favor de aquel á quien se cedió el primitivo.

(114) V. l. 95. §. 6. D. *de solut. et liber.*, y allí Bart., y l. 16. C. *de usufr.*

Otrosi dezimos, que si aquel a quien fuere otorgado el vsofruto, o el vso en alguna cosa, non vsasse del, nin otro en su nome, por diez años (115), estando en la tierra, o veynte, seyendo en otra parte; que por tanto tiempo se pierde el derecho del vsofruto, o del vso que auia en la cosa, e tornase al señor de la propiedad. Otrosi dezimos, que si aquel a quien fuesse otorgado el vsofruto, o vso en la cosa, otorgasse despues a otro alguno, el derecho (116) que el auia en ella; que se desata porende el vsofruto, o el vso, e tornase porende al señor de la propiedad; e de alli adelante (*u*) non lo deue auer, nin el otro a quien lo el otorgo. Ca como quier que este atal que ha el vsofruto en la cosa, lo podria arrendar a otri, si quisiesse, con todo esso, el derecho que el en ello auia, non lo puede enagenar. Esso mismo dezimos, que si aquel que ouiesse el vsofruto en la cosa, comprasse (117) la propiedad della, que se desata porende el vsofruto, porque se ayunta todo despues en vn señor la propriedad con el vsofructo.

(*u*) non lo debe el haber nin el otro aquien lo el otorgo; Acad.

LEY 25. *Como se desata el vsofructo, quando se quema, o se cae la casa en que es otorgado.*

Quemandose (118) toda la casa, o el edificio, en que fuesse otorgado a algun ome el vsofructo, o el vso tan solamente, (*v*) o derribandose toda, por terremoto, de rayz, o de otra guisa; pierdese porende el vsofructo que auia en ella. E maguer aquel que auia el vsofructo, o el vso, quisiere fazer despues desso la casa, o el edificio en aquel suelo mismo, non ha poder de lo fazer. Fueras ende, si el señor de la propriedad le otorgasse poder de lo fazer.

LEY 26. *Quanto tiempo dura el vsofructo, que es otorgado a Cibdad, o a Villa, si non es señalado el tiempo.*

A Cibdad, o Villa seyendo otorgado vsofructo en algun edificio, o en heredad, o en otra cosa agena; tal otorgamiento deue durar cien años (119), e non mas, si tiempo seña-

(*v*) o derribandose toda por terremoto o de otra guisa, etc. Acad.

(115) Conc. l. pen. C. *de usufr.*, y d. §. 3.

(116) ¿Y si el acreedor que tiene el usufruto en peño, lo vende por razon del crédito? Decídese que podrá, sin que vuelva otra vez tal usufruto á su dominio: V. Bald. á d. l. 1. C. *si pign. pign. dat. sit;* deben, empero, distinguirse tres casos segun Bald. á la l. 17. C. *de jur. dot.*, á saber, el de haber el acreedor vendido la misma cosa en que tenia el usufruto, en cual caso no lo habrá perdido; ó la misma utilidad de los frutos, y tampoco lo habrá perdido; ó bien el mismo derecho de percibirlos, y en este caso perderá el usufruto si hubiere entregado la posesion, mas nó si deja de verificarlo: véase allí: y en caso de duda, mas bien se presumirá haber enagenado la utilidad que el mismo derecho, segun Bald. á la l. 1. C. *si pign. pign. dat. sit*, y lo que manifiesta Socin. citando esta decision en el consil. 66. col. 3. vol. 3.

(117) Conc. l. 27. D. *quib. mod. usufr. vel us. amit.*, y d. §. 3. Instit. *de usufr.*

(118) Conc. l. 5. §. ult. y l. 10. §. 1. D. *quib. mod. usufr. amit.*, pudiendo verse los ejemplos propuestos en esta última ley, donde se trata del usufruto de los campos, bosques etc.: y de los casos en que por la estincion de la cosa deberá considerársele estinguido: debiendo entenderse lo dispuesto en la presente ley, con respecto al usufruto de todos los bienes, en los términos que se declara en la l. 34. §. ult. D. *de usufr.*, y añad. ll. 36. y 44. D. *de usufr.*, por tratarse en ellas de casos notables, y V. Ang. á d. §. ult. al fin.

(119) Conc. l. 56. D. *de usufr.*, donde Angel. advierte, que deberá decirse lo mismo respecto del enfiteusis y feudo, porque uno y otro tribuyen tan solo el dominio útil, y porque se presta un cánon ó pension anual por razon del primero, y servicios personales por el segundo: y segun la glos. allí, lo mismo que se dispone en la presente ley respecto de las ciudades ó villas tendrá lugar tambien respecto de las iglesias. ¿Qué deberia decirse, empero, si al constituirse el usufruto se hubiese espresado que se le constituia *perpetuamente?* ¿Prescribiria tambien en este caso por el transcurso de cien años? Véase allí Alberic., donde refiere varias opiniones: mas yo soy de parecer que subsistirá mas allá de los cien años, y para siempre; como lo opinan tambien Jacob. de Raven. y otros, fundados en la l. pen. y antepen. D. *de ann. legat.* ¿Procederá, empero, esta ley en los legados ánnuos dejados á una ciudad? La glos. no hace mas que tocar esta cuestion á la l. 8. D. *de usu et usufr. legat.*, Alberic. á d. l. 56. dice haber visto comunmente observada la opinion de Rogerio, esto es, que no tendrá lugar dicha prescripcion en los legados ánnuos; y que antes bien

lado non fuere y puesto: e de los cien años en adelante tornase el vsofructo al señor de la heredad, o a sus herederos. E esto es por esta razon: porque el vsofructo que es otorgado señaladamente al Comun de algun lugar, por la muerte de todos se pierde. E asmaron los Sabios (120), que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos, quantos eran nascidos el dia que fuesse otorgado el vsofructo. E aun dezimos, que si aquella Villa, o Lugar, a quien fuesse otorgado tal vsofructo como este sobredicho, se hermasse, de manera que fuesse arado el suelo (121), o fincasse todo el lugar yermo, que se destaja porende el vsofructo. Pero si todos los moradores de aquel Lugar, o alguna partida dellos poblassen despues (122) de so vno en otro lugar; en saluo les fincaria el derecho que auian en aquel vsofructo, maguer desamparassen el suelo de la Villa, do estauan poblados a la sazon que ganaron el vsofructo.

durarán estos mas de los cien años. Y si se concede á la ciudad el uso de un bosque, ¿se entenderá concedido el uso, ó el usufruto? V. l. 22. princ. D. *de us. et habit.*, y Alberic. fundado en d. l. 56., se inclina por el usufruto, por parecer concedida la servidumbre real mas bien que personal, y nó á los ciudadanos, sino á la misma ciudad: y acerca de si se acabará en este caso por la prescripcion de los cien años, se refiere á lo anotado por Guillelm. á la l. 14. C. *de usufr.*: pareciendo que en efecto se estinguirá, trascurridos cien años, segun se manifiesta en esta ley.

(120) V. d. l. 56., novel. 9. y l. ult. C. *de sacros. eccles.*; de donde inferia la glos. á la l. 2. §. 4. D. *quemad. test. aper.*, que en general se presume vivir cada uno hasta cien años; pero esta presuncion deberá entenderse con algunas limitaciones, á saber, 1ª, que pueda alegarla tan solo en falta de prueba el que gestione ó escepcione en calidad de demandado, mas nó el que como demandante fundare su accion en la vida de alguno, arg. l. 15. §. 13. D. *de excus. tut.*, y asi lo entienden Bart. y especialmente Socin. á la l. 8. D. *de reb. dub.* En segundo lugar, debe limitarse dicha presuncion de modo que tan solo pueda aprovechársela para sostener que vive todavía alguno, cuya muerte no se haya hecho constar; mas nó para sostener que vivió hasta la espresada edad de cien años alguno que ya se sepa haber fallecido; pues en tal caso deberá probarlo el que asi lo alegare, V. Bart. á d. l. 8. y allí Socin., siendo estas especies notables y de bastante aplicacion en la práctica: y añad. Alex. consil. 175. vol. 5. col. pen., y el mismo á la l. 34. D. *de acquir. hæred.* Y acerca de si deberá entenderse probado que alguno vive, por haber un testigo que lo declare, dando por razon de ciencia el haberlo visto muchos meses antes, véase allí Socin. donde opina por la negativa.

(121) Conc. l. 21. D. *quib. mod. ususfr. amit.*, y allí la glos., y añad. la glos. á la l. 8. D. *de ann. legat.*

(122) Pues las fortunas ó derechos siguen á las personas que las han obtenido, l. 11. §. 2. D. *de bonor. posses. secund. tab.*, Juan Andr. cap. 1. *de relig. dom. in novella*, y Bald. á la l. 14. C. *de legat.* Y lo dicho es muy conducente á la cuestion que he visto suscitada sobre si teniendo un noble un castillo, y estando obligados á la defensa del mismo los habitantes de las cercanías, estarán ó nó obligados estos últimos á la defensa del nuevo castillo que en otra parte se hubiere construido por haberse dirruido el primero: acerca de lo cual véase Alberic. á d. l. 21., quien dice haberse decidido por la afirmativa: pero cita en contra de lo dicho algunas leyes, que pretende hacen mucha fuerza: y añad. l. 3. prim. respons. D. *de colleg. illic.* Y cuando los ciudadanos se hubieren trasladado á otro lugar, nó juntos, sino cada cual por separado, vendiendo sus posesiones al dueño de la poblacion ó castillo, ó á otro; quedando de consiguiente inhabitado el lugar donde habitaron primero; ¿qué dirémos en este caso acerca del territorio ó términos que asi quedaren desiertos, y que antes habian sido públicos ó destinados para el uso público? Parece podrá decidirse esta cuestion á tenor de lo anotado por Bald. á la l. *ult.* D. *de colleg. illic*, col. pen. vers. *quæro quid fiet de rebus collegii*, *dissoluto collegio*, y la glos. ult. á la l. 1. d. tit., á saber, que si tales términos habian sido comprados ó adquiridos con dinero de los mismos ciudadanos, podrán estos venderlos, y recibir cada uno la parte de precio á proporcion de lo que hubiese invertido para la compra; ó bien la porcion viril, cuando no pudiese constar lo que cada uno habia desembolsado en el acto de la adquisicion. Empero, si dichos términos ó pastos hubiesen sido adquiridos por título lucrativo, ó por donacion del Rey etc., en este caso no podrian venderse por los particulares que emigrasen, sino que pasarian á ser de la universidad que reemplazase á los emigrados, y mientras permaneciese allí un solo ciudadano, estaria en él representado el derecho de toda la universidad, l. 7. D. *quod cujusq. univ. nom.*, la glos. y Abb. al cap. *gratum*, *de postul. prælat.*; mas cuando nadie absolutamente quedase, parece que tales términos y pastos volve-

LEY 27. *Quanto tiempo deue durar, si es otorgada a alguno la morada de alguna casa.*

Habitatio (123) en latin tanto quiere dezir, como morada en romance, e ha lugar tan solamente en las casas, e en los edificios. E dezimos, que si algun ome otorga a otro morada en alguna su casa, o gela dexa en su testamento, si a la sazon que esto faze, non dixesse señaladamente, fasta quanto tiempo deue durar; que se entiende para en toda su vida de aquel a quien la otorga, o la dexa en su manda. E deue vsar della a buena fe, guardandola, e non la empeorando, nin confundiendo por su culpa. Otrosi deue dar buenos fiadores, que tornara la casa a su dueño, o a sus herederos despues de su muerte, o del otro plazo, que fuere puesto entre ellos. E puede morar en ella este a quien otorgaron la morada, con la compaña que touiere. E aun si la quisiere arrendar, o alogar, puedelo fazer. Pero a omes, o a mugeres, que fagan y buena vezindad. E non puede ome perder el derecho que ha ganado en tal morada, fueras ende tan solamente por su muerte, o quitandola sin premia en su vida.

rian otra vez al Rey, bien los hubiese él donado ó nó, por pertenecer al mismo la administracion de las cosas públicas, l. 3. §. 4. D. *quod vi, aut clam*, y por deferirse al fisco los bienes vacantes. Segun manifiesta Socin. á la l. 1. col. 4. D. *de acquir. poss.*, los señores de las cosas públicas y de los dominios fueron quienes los repartieron, y establecieron los términos, por medio de cuya distincion y señalamiento de términos, adquirieron los dueños ó particulares la posesion y el consiguiente dominio, l. 5. D. *de just. et jur.*, d. l. 3. §. 4. D. *quod vi, aut clam*, y l. 2. tit. 1. Part. 2.: de donde se infiere que cuando los pastos públicos ó los términos de la ciudad son abandonados por los ciudadanos, y no consta que pertenezcan á los particulares, se presume que son del señor del territorio, atendida la primera distincion de los dominios. Ademas, asi como los ciudadanos no pueden enagenar sin consentimiento del Príncipe, los pastos, términos y otros bienes públicos de los mismos, como enseñan Bart. y Paul. de Castr. á la l. 137. §. 6. D. *de verb. oblig.*; asi tampoco les es lícito el abandonarlos ó dejarlos *pro derelicto*: pues con semejante abandono se viene á hacer donacion al primer ocupante de las cosas abandonadas, l. 36. y allí Bart. D. *de stipul. serv.*; por esto pretende tambien Abb. en el cap. *recolentes*, *de stat. monach.*, donde espone la distincion de Bart. á d. l. ult. D. *de colleg. illic*, que las cosas públicas abandonadas se hacen del superior. Añádase sobre el particular lo que espresan la glos. y los doctores á d. l. 7., y cierta cédula del rey Enrique, la que se halla impresa en poder de los oidores de la Chancillería Real de Valladolid, en la cual se declara á quien deberán pagarse los tributos impuestos á los ciudadanos ó habitantes de un lugar, cuando este haya quedado desierto: y véase á Gregorio en el lib. 1. de las Epístolas, epist. 8., donde concede al Obispo y á la iglesia Formiense los réditos de cierta iglesia desolada.

(123) Esta se diferencia del uso y del usufruto, segun el §. 5. Instit. *de us. et habit.*, y lo manifestado por Az. en la suma C. *de usufr.*, col. pen. vers. *nunc de habitatione.* Y otra diferencia se colige de esta ley, á saber, la de que el derecho de habitacion no se pierde con la *capitis* diminucion máxima, ó media, sino tan solo con la muerte, l. 10. princ. D. *de us. et habit.*, y l. 11. C. d. tit. Ademas el usuario no puede dar en arriendo, segun el §. ult. Instit. *de us. et habit.*; pero sí el que tiene habitacion, segun esta ley, la l. 13. C. *de us. et habit.*, y d. §. 5., y tambien puede entregar en comodato, l. 1. §. 1. vers. *item commodatum*, D. *commodat.*, y allí los DD., y véase sobre el particular lo que señaladamente dice Cepol. en el trat. *de servit.*, part. 1. cap. 6. en su totalidad. Y á mas de lo dicho allí, nótese que la palabra *habitacion* se toma en tres sentidos, segun lo declara con maestría Bald. consil. 234. que principia, *decretum magnifici*, vol. 1., y Decio consil. 355. col. 2. 1º, por el derecho de servidumbre, que es el de que se trata en esta ley y en el Digesto tit. *de us. et habit.* 2º, por cierta facultad de habitar, segun la l. 27. D. *de donat.* 3º, por el mismo acto corporal de habitar, l. 1. §. 9. D. *de his qui dejec. vel effud.*, y V. señaladamente en dicho consil. de Decio, los efectos de estas diferentes especies de habitacion, y cómo se conocen. Nótese, que si al venderse una casa, se hubiese pactado que debiesen continuar en ella los que la estaban habitando, no se entenderán comprendidos en ese pacto el mismo vendedor, ni aquellos á quienes este hubiese permitido habitarla gratúitamente, sino tan solo los que tenian derecho adquirido á la habitacion, l. antepen. §. 2. D. *de act. empt.*, y allí Bart. á quien puede verse: y por lo que hace al tiempo en que deberá satisfacerse la pension cuando se hubiere legado una cantidad para la habitacion, V. Bart. á la l. 11. D. *de usufr. legat.* ¿Y si aquel á quien se ha legado la habitacion muere den-

TITULO XXXII.

DE LAS LAUORES NUEUAS, COMO SE PUEDEN EMBARGAR QUE SE NON FAGAN; E DE LAS VIEJAS QUE SE QUIEREN CAER, COMO SE HAN DE FAZER, E DE TODAS OTRAS LAUORES.

Nueuas lauores fazen los omes, assi como casas, o Torres, o Castillos, (*a*) o otros edificios semejantes destos, de que se tienen por agrauiados sus vezinos, diziendo que las fazen en lo suyo a tuerto dellos. E porque podrian acaecer grandes contiendas sobre tales razones, queremos fablar, e departir aqui, destas lauores. Onde pues que en las leyes del Titulo ante deste mostramos, como se gana, o se pierde la seruidumbre en las heredades, (*b*) e en las casas; queremos aqui dezir de las lauores que los omes fiziessen nueuamente, como se pueden embargar, o perder, o non. E primeramente diremos, que cosa es Lauor nueua. E quien la puede vedar, o estoruar, que se non faga. E en que manera, e a quien. E que fuerça ha tal vedamiento, despues que es fecho. E que es lo que ha de fazer el Judgador, ante quien viniere este pleyto. E de si mostraremos de las Lauores nueuas, e antiguas, que se quieren caer, como se deuen reparar, o derribar. E todos los edificios de Villas, o de Castillos, (*c*) e de los otros lugares, cada vno como se deue reparar, e mantener.

(*a*) ó cuevas ó otros edificios Acad. ó caños ó otros edificios B. R. 2.

(*b*) et en las casas et en los edificios et en las otras cosas Acad.

(*c*) et de los otros que son de cada uno como se deben reparar et mantener. Acad.

LEY 1. *Que cosa es Lauor nueua, e quien la puede vedar, e en que manera, e a quien.*

Lauor nueua (1) es toda obra que sea fecha, e ayuntada por cimiento nueuamente en suelo de tierra; o que sea començada de nueuo sobre cimiento, o muro, o otro edificio antiguo; por la qual lauor se muda la forma (2), e la facion, de como ante estaua. E esto puede auenir labrando, o edificando ome y mas, o sacando ende algunas cosas, por que este mudamiento contezca en aquella lauor antigua. E puedela vedar o estoruar todo ome (3), que tenga que recibe tuerto por ella. Esso mismo pueden fazer sus fijos (4), o sus sieruos (5), o sus Personeros, o sus Mayordomos (6), o los Guardadores de los huerfanos en nombre dellos, o sus amigos. Pero estos deuen dar recabdo (7) por aquellos en cuyo nombre fazen el vedamiento, que lo auran por firme. E el vedamiento puedese fazer en vna destas tres maneras (8). La primera es por palabra (9), diziendo assi aquel que quiere vedar la lauor nueua: Afruento a vos, Fulan, que mandedes desfazer esta lauor,

tro del año, transmitirá á su heredero el legado ó el derecho de habitar durante el mismo año? V. Bart. allí mismo. Finalmente, cuando la habitacion se legare á un cliente, ó criado, que en vida del testador habitaba en la casa de este en calidad de tal, se entenderá legado el verdader derecho de habitacion ó servidumbre, y como tal deberá prestársela, l. 33. §. 1. D. *de usufr. legat.*, y allí Bart.

(1) Conc. l. 1. §. 11. y sig. D. *de nov. op. nunt.*, y V. l. 21. §. 3. del mismo tit.

(2) Acerca de lo que se entiende por forma, y las tres especies de ella, véase Bald. al cap. 1. *de nova forma fidelit.*, á la l. 6. D. *de just. et jur.*, y á la rúbrica D. *de rer. div.*, col. penult.

(3) Conc. l. 1. §. 19. D. *de nov. op. nunt.*

(4) Añad. l. 3. princ. D. *quod vi, aut clam*, y V. l. 5. §. 1. con la glos. D. *de nov. op. nunt.*

(5) Lo contrario se establecia en el principio de d. l. 5. §. 1. D. de este tit.; pero parece mas acertado lo que dispone nuestra ley, conforme tambien con lo que pretendia la glosa allí.

(6) Téngase esto presente; pues, segun la glos. y los DD. á la l. 1. §. 2. D. de este tit., el *negotiorum gestor* no puede denunciar ó embargar la nueva obra; y asi dirémos que podrá hacerlo el que esté encargado de los negocios por el dueño, á quien se da en la presente ley el nombre de *Mayordomo*.

(7) Conc. l. 5. §. 18. y l. 1. §. 2. D. de este tit., pareciendo establecerse aqui que los *negotiorum gestores*, siervos, amigos, ó hijos, pueden hacer el embargo aun sin mandato, con tal que afiancen sus resultas; bien que lo contrario opinan la glos. y Bart. á d. §. 2., cuyo parecer sostienen comunmente los doctores por derecho comun.

(8) Los mismos tres modos de denunciar ó embargar se hallan establecidos por la l. 5. §. 10. D. *de nov. op. nunt.*

(9) Pues no se requiere escrito alguno, segun Alberic. á d. §. 10., siendo de notar que si se hace el embargo de palabra, se reconoce por el hecho mismo la posesion á favor del que construye la obra embargada, segun d. §. 10. y lo anotado allí por Bart. y los DD.

e que la non fagades (10): e digovos, que es lauor nueua, e que la non fagades en lo mio, o en cosa (11) que es contra mio derecho, porque vos defiendo que de aqui adelante non labredes en ella. La segunda es, tomando alguna piedra en la mano, e echandola en aquella lauor, diziendo todas (12) aquellas palabras, que diximos que deue dezir en el primero vedamiento. La tercera manera es, quando aquel que quiere vedar la lauor nueua, non osa yr, al lugar do la fazen, personalmente, por miedo de aquellos que la mandan fazer, que son omes poderosos. E estonce deue yr al Judgador, e pedirle, que deuiede a quien la manda fazer, e a los que la labran, que la non fagan, porque recibe tuerto en ella. E estonce deue yr el Juez por si mismo, o embiar a algund ome, que diga (13) que non la fagan, fasta que esta contienda se libre por juyzio. E en qualquier destas tres maneras que se faga el vedamiento, deue ser fecho en aquel lugar (14) do fazen la lauor nueua. E si en muchos lugares labraren nueuamente, en cada vno dellos deue ser fecho el vedamiento: e abonda, que se faga al señor de la obra (15), o al ome que esta por el sobre los Obreros, o a los Maestros (16), e a los que labrassen y (17), quando non fallassen y ninguno destos sobredichos.

LEY 2. *Como se puede fazer el vedamiento, quando muchos fazen Lauor nueua de so vno, e quando muchos se tienen por agrauiados della.*

Comiençan a las vegadas muchos omes a fazer alguna obra nueua de so vno, e aquel que se siente agrauiado della, non los puede fallar a todos ayuntados, quando los quiere fallar, e vedarles la lauor que la non fagan.

(10) Se ha tomado esta fórmula de la l. 8. §. 2. D. *de nov. op. nunt.*, y de la glos. á la palabra *possessorem*, en d. §. 10., donde Bart. censura á la glos., diciendo ser mejor que estas palabras se usen impersonalmente: véase Alex. al principio de d. §. 10.; aprobándose en nuestra ley aqui la opinion de la glos. y Az. en la suma D. d. tit. col. 3.

(11) Debe por consiguiente espresarse en el acto del embargo el motivo por qué se le pone; véase Bart. á la l. 1. D. d. tit. col. 3.

(12) Segun esto, pues, es necesario usar de la fórmula continuada en esta nuestra ley, aun cuando el embargo se haga arrojando una piedra: con lo cual quedan resueltas las varias opiniones de que hacen mérito Az. en la suma D. de este tit., y los DD. á d. §. 10., pudiendo verse ademas lo que dice Alex. allí hácia el fin; y apruébase aqui el parecer de Joan., del cual se trata tambien en la glos. á la palabra *manum*, de d. §. 10.

(13) Conc. l. 5. §. 2. y sig., ll. 15. y 20. princ., y l. 8. §. 15. D. de este tit., donde Bart. trata de esta formalidad.

(14) Conc. l. 5. §. 2. D. d. tit.

(15) Esto es, en el lugar mismo en donde se construye la obra; pues si se hiciese la denuncia en otro lugar, procederia lo dispuesto en la l. 5. §. 4. D. del mismo tit., y asi aquel no surtiria ningun efecto, ni serviria de obstáculo al dueño de la misma, segun la comun opinion apoyada en d. §. 4. — * O mas bien debe decirse, que haciéndose la denuncia en otro lugar que en el de la misma obra, no producirá su efecto desde luego, ni el dueño de esta estará inhibido de continuarla sino hasta tanto que se le haya hecho saber el embargo; de manera que no vendrán comprendidas en él las innovaciones que se hubieren practicado con posterioridad á la denuncia y antes de la notificacion, que es lo que se dispone en el §. 4. de la l. 5. citada por el glosador en la presente nota.

(16) Conc. l. 5. §§. 2. y 3. D. d. tit., y aunque tal embargo hecho á los operarios perjudica tambien al dueño aun ignorándolo este, de suerte que se le obliga á la demolicion de todo lo practicado despues de la denuncia, con todo no deberá dicha demolicion realizarse á costas del mismo dueño, sino de los operarios infractores del embargo, quedando aquel obligado solamente á consentir la demolicion, segun se aprueba en la l. 5. D. *de aqu. et aqu. pluv. arc.*, y lo sostienen Bart., Ang. y Alex. á d. §. 2.: y acerca de si compete al dueño la accion y derecho para dirigirse contra los directores de la obra, ó los operarios, en el caso de no haberse estos retirado, y de haber continuado edificando é infringido el embargo, véase Bart. allí, quien opina por la afirmativa. ¿Qué dirémos, empero, en el caso de ser dichos operarios pobres ó insolventes? ¿Estará tambien entonces obligado el dueño de la obra á sufrir que esta se demuela? Véase Alex. y Jas. allí. V. adic. á la nota 44.

(17) Indícase con esto, que para que subsista el embargo, es preciso que se haga saber á los que estan en la obra, y asi no valdria, si nadie se hallase en ella: con todo, la glos. á d. §. 2. glos. 1. sostiene que en este último caso aun procederia, y habria lugar á demolerse la obra hecha despues de haber tenido el dueño noticia de aquel; opinion, que ha prevalecido comunmente, segun Alex. allí, bien

E en tal razon como esta dezimos, que abonda de dezir, e afrontar al vno (18) dellos, en alguna de las maneras (19) que diximos en la ley ante desta; e non ha por que lo dezir a los otros (20) si non quisiere: mas si muchos (21) se sintieren agrauiados por razon de la obra sobredicha, e el vno dellos vedasse en su nombre, que de alli adelante non labrassen; tal vedamiento como este non abondaria, si non por la su parte tan solamente. Pero si lo vedasse el vno en nombre de todos (22) estonce cumpliria; e deuen quedar de labrar, tambien como si cado vno dellos lo vedasse por si, dando recabdo el que lo vedasse, que lo aurian por firme los otros.

LEY 3. *Como cada vn ome puede vedar, que non fagan casa, nin edificio en las plazas, nin en los exidos de la Villa.*

Para si començando algun ome a labrar algund edificio de nueuo en la plaça, o en la calle, o exido comunal de algun lugar, sin otorgamiento del Rey, o del Consejo (23)

que Juan de Imol. en d. lugar pretende ser necesario que haya álguien en la obra, en el acto del embargo; y esta fue tambien la opinion de Hostiens. en la suma §. *cui sit*, y de Alex. á d. §. 2. col. 2., y la misma parece aprobarse en esta ley, siendo esto lo mas equitativo, á fin de que por conducto de los que lo hayan presenciado, pueda el dueño tener noticia del embargo. — * Creemos que, si bien es necesario é indispensable que el dueño de la obra ó sus domésticos, ó los que trabajan en aquella tengan noticia del embargo, para que este pueda surtir algun efecto, puede, empero, embargarse la obra, aunque ninguno de los interesados en ella se halle presente; y haciéndose asi, deberá tenerse el embargo por bien puesto, con tal que llegaren á saberlo aquellos contra quienes se dirige, y podrá instarse la demolicion de todo cuanto se hubiere practicado, desde que haya llegado á noticia del dueño de la obra ó de sus encargados ú operarios.

(18) Conc. l. 5. §. 5. D. *de nov. op. nunt.*

(19) Y asi bastará el embargo dirigido personalmente á uno de los socios, segun la fórmula propuesta en la l. 1., y lo dicho en la nota 17. de este tit.; bien que Ang. á d. §. 5. pretende que será necesario concebir la denuncia impersonalmente y de modo que se entienda no hacérsela respecto de un socio en particular, sino de todos; diciendo, por ej., «protesto, prohibo que se continúe esta obra.» — * Es evidente, empero, que esto no será necesario; por cuanto, si el embargo se tiene por válido, y produce todos sus efectos cuando se hace en la persona de un simple operario ó encargado, mucho mas deberá serlo cuando se le haya hecho en uno de los condueños ó interesados; fuera de que tampoco se debe presumir que el denunciante sepa, ni puede buenamente exigírsele que averigüe á quién pertenece la obra, sino que al ver que esta le causa ó puede causarle perjuicio, le interesa desde luego el conseguir su suspension, bastándole para ello el requirir á los que se encuentren en la misma, que serán naturalmente los interesados, ó sabrán por necesidad el paradero de estos, y estarán de todos modos en disposicion de hacerles saber la denuncia.

(20) Y aun les perjudicará, despues que tuvieren noticia de él, pues tendrá entonces que demolerse la obra á sus espensas, si no hubieren hecho retirar á los operarios; mas si se la hubiese continuado ignorando aquellos la denuncia, tan solo les dañará en cuanto estarán obligados á consentir la demolicion de todo lo que se haya construido despues de haber llegado aquella á noticia del consocio ó de los operarios.

(21) Conc. d. §. 5. vers. *si plurium dominorum.*

(22) Esto es, como procurador, segun decide la glos. en la palabra *unius*, de d. §. 5., donde advierten los DD. que entre los consocios se presume haber mandato recíproco: lo contrario, empero, sostienen allí Ludov., Roman. y Alex., fundados en la l. 3. §. ult. D. *de neg. gest.*, y en otros varios textos, que se esfuerza en contestar Jas. allí col. 1. Mas nuestra ley de Partª parece haber adoptado con cierta modificacion la opinion de la citada glos. declarando que el embargo puesto por un socio en nombre de los demas, valdrá, con tal que el denunciante preste, respecto de estos, la caucion *de rato;* como si dijese que valdrá, nó porque los socios se presuman ser recíprocamente procuradores ó mandatarios unos de otros, sino porque en la misma calidad de consocios debe permitírseles que gestione cada uno en el interes de los demas, mediante la fianza de que estos aprobarán lo que en su nombre se hubiere hecho: todo lo cual es digno de notarse, en cuanto importa una ampliacion á lo dispuesto en la l. 2. C. *de cons. ejusd. lit.*

(23) Nótese bien esta palabra, y lo mismo se espresa en la l. 18. de este tit.; esto es, que bastará la sola licencia de la ciudad para que uno pueda edificar en lugar público: y lo propio parece sostener la glos. á la l. 2. §. 21. sobre la palabra *habuerit*, D. *ne quid in loc.*

en cuyo suelo lo fiziesse, estonce cada vno de aquel Pueblo (24) le puede vedar (25), que dexe de labrar en aquella lauor; fueras ende, si el que gelo vedasse fuesse huerfano (26) menor de catorze años (27), o si fuesse muger (28). Ca estos non lo podrian vedar: como quier que lo puedan fazer, quando alguna lauor nueua fiziessen en lo suyo (29).

LEY 4. *Como aquel que ha el vsofructo en alguna cosa agena, puede vedar, que non fagan alguna cosa en ella.*

Auiendo algun ome el vsofructo en campo, o en huerta, o en otro lugar ageno; si alguno que non fuesse señor de aquella cosa, començasse alguna lauor nueuamente en ella, aquel que deue auer el vsofructo, bien lo puede vedar (30), que non labre y mas. Esso mismo puede fazer el que lo touiesse a peños, o en feudo, o a censo: e como quier que puede fazer este vedamiento al estraño, non lo puede fazer al señor (31) del suelo; pero puedele demandar, que le mejorasse todo el menoscabo que le auino en el vsofructo por razon de aquella lauor que començo y nueuamente, e el es tenudo de lo fazer.

LEY 5. *Como aquel que ouiesse seruidumbre en casas, o en heredades agenas, puede vedar las Lauores nueuas que fiziessen en ella.*

Embarganse a las vegadas las seruidumbres, por las lauores nueuas que los omes fazen a las vezes en aquellos lugares do las han. E porende dezimos, que si aquel a quien deuian

pub., y véase lo anotado por Bart. allí y á la l. 1. princ. del mismo tit., l. 3. §. 4. D. *quod vi aut clam*, y l. 137. §. 6. D. *de verb. oblig.*: ténganse presentes estas leyes de Partª, ya que en todos los textos del derecho comun se suponia necesaria la licencia del Príncipe, ó del Senado, V. l. 23. D. *de aqu. pluv. arc.*, l. 14. §. 2. D. *de servit.*, l. 6. §. 16. D. *ne quid in loc. pub.*, l. 1. §. 41. D. *de aq. quotid. et æstiv.*; y añad. Alberic. á d. l. 3. vers. *illud sciendum*, quien pretende que el delegado del Príncipe (*Potestas*) no puede conceder lo que es del público, sino con autorizacion del concejo municipal, y que asi se observa en Bolonia y en toda la Lombardía: pudiendo tal vez entenderse que nuestras leyes de Partª al indicar que la licencia para edificar en lugar público puede concederse por el concejo, se refiere á las obras ó edificios que se quieran construir para embellecimiento y comodidad de la poblacion, ó á los molinos de los cuales resulte tambien utilidad á los ciudadanos; de modo que tales concesiones sean mas bien consideradas como unos actos de buen régimen y administracion, que nó como unas verdaderas donaciones; pues estas no pueden otorgarlas los concejos ó municipalidades, véase l. 4. D. *de decret. ab ord. fac.*, y lo que sobre el particular espresa Ang. á la l. ult. D. *de cloac.*, y á la cit. l. 3. vers. *sed si permisserit.*

(24) Esta palabra dirime la cuestion propuesta por Bart., Ang., Imol., Paul. y Alex. á la l. 3. §. ult. D. de este tit., acerca de si un forastero puede hacer embargo de nueva obra, cuando esta se verifica en un lugar público; donde Ang. parece opinar por la afirmativa indistintamente, citando la glos. á la l. 2. §. pen. D. *ne quid in loc. pub.*; otros pretenden que solo tendria un forastero semejante facultad cuando la obra nueva se construyese en un camino público: á tenor, empero, de la presente ley de Partª, aun en este último caso, se requiere que el que embarga la obra sea vecino del lugar donde aquella se realiza.

(25) Conc. l. 3. §. ult. y l. sig. D. d. tit.

(26) Conc. l. 5. princ. del mismo tit.

(27) Luego podrá poner el embargo un adulto, con tal que tenga diez y siete años, segun la l. 4. D. *de pop. act.*, como lo sostiene tambien la glos. á la cit. l. 5., aunque Bart. y Ang. defiendan allí lo contrario; y si tuviese curador, se requeriria la autoridad de este, conforme opina Alex. á d. l. 5. §. 6., y está ademas declarado en la misma. Pero á tenor de la presente ley, deberémos decir mas bien que podrá denunciar la nueva obra cualquier adulto, aunque sea menor de 17. años; y asi opinó tambien Raphael á d. l. 5. princ., segun refiere Jas. allí col. 2. y 3.

(28) Conc. l. 6. D. *de pop. act.*

(29) ¿Y qué deberia decirse si se tratase de una obra cuya denuncia interesara juntamente al público y á un pupilo en particular? Véase Bart. al princ. de d. l. 5. D. *de nov. oper. nunt.*

(30) Conc. l. 1. §. ult. D. de este tit., y entiéndase que el usufructuario puede hacer la denuncia en calidad de procurador del dueño ó propietario, como se declara en d. l., porque se presume tener aquel mandato tácito de este último en todo lo concerniente á la custodia de la cosa: véase lo que espresan los DD. en d. lugar.

(31) Conc. l. 2. D. de este tit.

la seruidumbre en casa (32), o en otro edificio, se sintiere agrauiado de la lauor que fagan nueuamente, que le sea a destoruo della, que la puede vedar en alguna de las maneras que de suso diximos: mas si la seruidumbre fuesse atal, que la deuiesse vna heredad a otra, assi como senda, o carrera, o via (33), o aguaducho; estonce aquel a quien deuian esta seruidumbre, non podria vedar la lauor nueua que fiziessen contra ella, en la manera que de suso diximos. Pero bien se podria quexar al Judgador, de aquellos que la mandassen fazer. E si el fallare, que la fazen a tuerto, deuela mandar desfazer; e entregar al otro de los daños e menoscabos què ouiesse recebido por esta razon.

LEY 6. *Como aquel a quien es afrontado que non faga nueua Lauor, nin vaya por ella adelante, si la enagenare, deue fazer saber al que la del comprare, de tal vedamiento como este.*

Nueuamente faziendo ome alguna lauor, si despues que le fuesse vedado, en alguna de las maneras que de suso diximos, enagenasse a otri el lugar en que la fazia; tambien empeceria este vedamiento al comprador (34), como al otro que lo vendio. E porende gelo deue fazer saber (35), (*d*) de como le fue vedado que non labrasse y en ella el vendedor: e si lo non fiziesse, tenudo seria el que la enagenara, de pecharle todos los daños, e los menoscabos que le viniessen por esta razon. Pero si a la sazon que gela vendio, le ouiesse fecho sabidor del vedamiento, e el non dexasse por esso de yr adelante por la obra; si le viniesse algund daño porende, deuele sufrir, porque le viene por su culpa; e non puede demandar pecho, nin emienda a aquel que gela vendio.

(*d*) de como le fue vedado que non labrase: ca si non lo ficiesse asi et despues labrase en ella el comprador tenudo serie el que la enagenara etc. Acad.

(32) Trae orígen lo dispuesto aquí de lo anotado por la glos. á las ll. 2. y 14. D. *de nov. op. nunt.*, cuya opinion se aprueba en esta ley; distinguiéndose aquí, como distingue la citada glos., entre las servidumbres rústicas y urbanas; distincion que impugnaban comunmente la glos. y los DD., y al contrario sostenian Joan. y los DD. antiguos, y la defiende tambien la glos. á la l. 14. D. de este tit.; siendo este punto, por derecho comun, de muy difícil decision, por la contrariedad de las leyes referentes al mismo, y en especial de la l. 47. D. *fam. ercisc.*, * en la cual se declara que pueden hacerse respectivamente por los coherederos y por el interes que tenga cada uno de ellos, las correspondientes denuncias de nueva obra, *si inter eos de jure prædii controversia sit;* con cual palabra *prædii*, parece hacerse referencia á las fincas rústicas, mas bien que á las urbanas. — V. la adic. á la nota próx. sig.

(33) Conc. l. 14. D. de este tit., y la razon de tal diferencia buscáronla inútilmente el glosador Juan, y tambien Azon en la suma D. d. tit., col. 2.: no pudiendo admitirse la que da la glos. á la cit. l. 14., de haberse establecido así en beneficio de los campos; pues al contrario redundaria mas bien en perjuicio de estos: tal vez puede decirse que es por consideracion á los edificios, á favor de los cuales se ha constituido la servidumbre urbana. — * Creemos que esta última razon es poco ó nada satisfactoria para esplicar la disposicion que tomada del derecho comun se ha establecido en la presente ley, distinguiendo entre las servidumbres rústicas y las urbanas, y declarando que por razon de estas últimas y nó de las primeras pueda denunciarse la nueva obra que acaso impida ó estorbe su ejercicio. El haberse querido favorecer á las servidumbres urbanas, nunca seria un motivo para haber denegado á las rústicas ó á sus cuasi-poseedores la facultad de denunciar; ni, de otra parte, puede haber razon alguna para que en este particular se hubiese mirado con mas favor á las unas que á las otras. Asi, mas bien nos inclinaríamos á creer con Voet (en las Pandectas tit. *commun præd. tam urb. quam rust.*) que si se ha declarado no haber lugar á la denuncia de las nuevas obras construidas en perjuicio de las servidumbres rústicas, ha sido por considerar que el ejercicio de estas últimas, si bien puede temporalmente estorbarse ó modificarse, pero no puede absolutamente impedirse por la construccion de alguna nueva obra en el lugar donde se las estaba ejerciendo; antes puede aun entonces ejercérselas y utilizárselas en otro punto del mismo predio sirviente con igual ventaja. Asi, obstruido el paso que se habia empezado á practicar, puede abrirse otro para seguir disfrutando en el mismo predio la servidumbre de senda ó via.

(34) Si pues el nuevo adquisidor edificare ignorando el embargo, tendrá que sufrir que se demuela la obra; mas si lo sabia, estará obligado á satisfacer los gastos del derribo. V. l. ult. D. d. tit., y los DD. allí, y señaladamente Paul. de Castr.

(35) Añad. l. 1. §. 1. D. *de act. empt.*

LEY 7. *Como las Lauores nueuas que alguno faze para adobar, o limpiar los caños, e los tejados, o las otras cosas que son menester a los omes por razon de las casas, que non gelas puede ninguno vedar.*

Reparando (36), o alimpiando algun ome los caños (37), o las acequias, do se acogen las aguas de sus casas (38), o sus heredades; maguer alguno de sus vezinos se tuuiesse por agrauiado de tal lauor como esta, por enojo que recibiesse de mal olor (39); o porque echassen en la calle, o en el suelo de alguno que estuuiesse cerca de los caños, piedra, o ladrillos, o tierra, o alguna otra cosa de las que fuessen menester a aquella lauor; o atrauessasse las calles, en abriendo los caños, con madera, o de otra guisa, fasta que ouiesse acabado la lauor; con todo esto, non le puede vedar ninguno, nin embargar, que se non fagan tales lauores como estas: porque es gran pro, e gran guarda de las casas, e aun aprouecha mucho en salud (40) de los omes, de ser los caños bien reparados, e alimpiados. Ca si de otra guisa estuuiessen, podria acaescer, que se perderian, e se derribarian (41) muchas casas porende. Pero los que ouieren a fazer tales lauores como estas, deuen guardar, que las fagan de manera, que quando fueren acabadas, non embarguen, nin tuelgan a otri en ninguna manera su derecho por razon dellas; e que finque el lugar en la manera que solia estar antiguamente.

LEY 8. *Que fuerça ha el vedamiento que es fecho contra la Lauor nueua.*

Guardado (42) deue ser el vedamiento que es fecho en alguna de las tres maneras que diximos de suso, quier lo fagan al dueño de la obra, o a sus Maestros, o al Obrero; de manera que non deue y labrar despues sin mandado del Judgador de aquel lugar, do se faze la obra nueuamente. Ca tan gran fuerça ha este vedamiento, quier se faga con derecho, o non, que si aquel que faze la lauor fuere rebelde (43), non queriendo dexar de labrar despues que le fuere vedado, que todo lo que adelante labrare, que lo deue el Judgador fazer derribar a costa, e a mission de aquel (44) que mando fazer la obra.

(36) Y si fuese, nó una obra de reparacion ó limpia, sino la nueva construccion de canales, acequias, etc., la que causase esos perjuicios ó incomodidades, V. l. pen. §. pen. D. *de riv.*, y glos. á la l. 5. §. 11. D. de este título.

(37) Conc. §. 11. D. del mismo tit.

(38) Pues se atiende tambien á la comodidad ó utilidad de los particulares, lo mismo que á la del público, al establecer que por razon de ella hayan de desatenderse en algunos casos las denuncias ó embargos que tal vez se intentaren; por mas que se pretenda lo contrario en la glos. 1. á d. §. 15. ¿Y si alguno construyere un molino en un rio, cuyas aguas discurren con violencia en invierno, pero apacibles en verano, haciéndose las obras en esta última estacion, procederá el embargo que se hiciere de las mismas? Ang. sostiene que nó á d. §. 11., lo cual, empero, debe entenderse segun el mismo espresa, y á tenor de lo indicado en la l. 1. §. 6. D. *ne quid in flum. pub.*, limitadamente para el caso en que el denunciante no tuviese grande interes en la denuncia, y al dueño de la obra hubiese de causársele considerable perjuicio con ella.*

(39) Pues es una verdad reconocida en medicina, que es peor el mal olor, que la mala comida, segun Alberic. á la l. 1. §. 29. D. *ne quid in loc. pub.*, y añad. Juan de Plat. á la l. 12. C. *de re milit.*, lib. 12.

(40) Conc. l. 1. §. 1. D. *de cloac.*, y dicho §. 11.

(41) Prescíndese, pues, de las reglas del derecho comun, en aquellos casos en que el retardo podria ocasionar grave daño: véase Alex. y Jas. á d. §. 11., quienes hacen notables observaciones sobre el particular, y señaladamente la l. 6. §. 8. D. *de injust. rupt., irrit. fact. test.*

(42) Conc. ll. 1. princ. y 20. §. 5. D. de este tit., y caps. 1. y 2. *de nov. op. nunt.*

(43) Puede, con todo, denegarse el embargo, cuando el que lo pide carece notoriamente de derecho: véase Bart. á la l. 1. princ. col. 3. D. d. tit., y en órden á los demas casos en que puede tambien desestimarse el embargo, véase la glos. á la l. 1. §. 5. en la palabra *deffinitio*, D. *quod vi aut clam*, y añad. Jas. á d. l. 1. al principio.

(44) Mas, aunque el dueño de la obra estará de todos modos obligado á demoler á sus espensas lo que se hubiese construido despues del embargo, tendrá accion para pedir que los operarios le indemnizen, cuando él hubiese ignorado la denuncia, y estos, á pesar de ella, hubiesen continuado trabajando, segun lo anotado por Bart. á la l. 5. §. 2. D. *de op. nov. nunt.* — * Nótese, que á tenor de lo espresamente establecido por nuestra ley aqui, no tendrá lugar lo que pretende Gregorio Lopez en la nota 16. del presente tit., fundán-

LEY 9. *Que es lo que ha de fazer el Judgador, quando delante el viniere pleyto de vedamiento de Lauor nueua.*

Viedan los omes, e estoruan las labores nueuas que fazen los otros, por algunas de las maneras que de suso diximos, e despues vienen ambas las partes ante el Judgador sobre esta razon. E porende dezimos, que el Judgador deue tomar la jura (45) de aquel que deuieda la lauor que non se faga, jurando, que este vedamiento non lo faze maliciosamente, mas porque cree que ha derecho de lo fazer, porque aquel que faze la lauor nueua, la edifica en lo suyo, o en perjuyzio del. E si esta jura non quisiere fazer, deue el Juez otorgar al otro, que faga su lauor que auia començado, e mandar a este, que non lo embargue. E si jurar quisiere, deue el Judgador recebir la jura del, e oyr a cada vno lo que quisiere dezir, e prouar: entre tanto deue estar queda la lauor fasta tres meses (46). E si por auentura en este plazo non

dose en la l. 5. D. *de aq. et aq. pluv. arc.*, ó sea, que serán el director ó los operarios y nó el dueño de la obra los que estarán obligados á costear su demolicion, cuando aquellos y nó este hubiesen tenido noticia de la denuncia, quedando en tal caso el dueño obligado solamente á permitir que se demuela lo construido con infraccion del embargo. Creemos que lo contrario puede inferirse de lo que para un caso análogo se dispone en la citada l. 5.; y como quiera que sea de esto, tenemos en la presente de Partª terminantemente declarado que siempre y sin distincion de casos deberá *el Judgador fazer derribar á costa de aquel que mando fazer la obra*, esto es, del dueño de ella, todo lo construido por *aquel que faze la lauor, si fuere rebelde non queriendo dexar de labrar despues que le fuere vedado.*

(45) Conc. l. 5. §. 14. D. *de op. nov. nunt.*, y cap. ult. 2. con la glos. y Abb. allí col. 3. d. tit. Asi, pues, no dejará de subsistir el embargo, aunque el juramento de malicia no se haya prestado por el denunciante en el acto mismo de ponerlo.

(46) Conc. l. 1. C. *de op. nov. nunt.*, cap. *significantibus*, 3. y cap. ult. d. tit.: siendo de advertir que estos sesenta dias son continuos, segun Juan Fab. á la cit. l. 1., y correrán desde el dia del embargo, V. d. l. 1.; bien que Juan Fab. allí pretende deber contárselos desde el dia en que se hubiere ofrecido la caucion. Y puede decirse que tendrá lugar lo primero cuando el dueño de la obra hubiere acudido al juez inmediatamente de hecha la denuncia; de lo contrario, empero, correrán los tres meses desde el dia en que se hubiese ofrecido la fianza y no hubiese querido admitirla el denunciante, diciendo que queria entablar desde luego el correspondiente juicio: ó tal vez dichos tres meses deberán empezar á contarse desde el dia en que se haya acudido al juez, ya que se encarga á este último el que prefije el espresado término, lo mismo en nuestra ley aqui, que en dd. l. 1. y cap. ult.: de donde se infiere que si alguno embargase una nueva obra, y en este estado permaneciesen entrambas partes inactivas dejando transcurrir asi un quinquenio sin acudir al juez, no por esto habria caducado el embargo; antes tendria que demolerse la obra construida despues del mismo, aunque lo hubiese sido pasados los cinco años, porque para la duracion del embargo no se fija tiempo determinado, y de consiguiente es perpetuo: á mas de que aquel contra quien se ha proveido el embargo no puede continuar la obra sino despues de levantado aquel ó de prestada la fianza, l. 8. §. 4. D. *de op. nov. nunt.*; luego procede ilegalmente el que lo verifica sin concurrir uno ú otro de aquellos dos requisitos, como lo sostiene Alberic. á d. l. 1. hácia el fin, diciendo haberse declarado asi en la misma ley, previéndose la posibilidad de que esto sucediese. — * Por lo que hace á la cuestion que propone nuestro glosador aqui, sobre si deberán empezar á contarse desde la fecha del embargo ó desde el dia en que despues de proveido hubieren las partes acudido al juez los tres meses dentro de los cuales, no habiendo recaido decision definitiva sobre la legitimidad de la obra, podrá continuarse esta mediante fianza, creemos deber observar que esta cuestion, si verdaderamente lo es, está ya resuelta y definida por la citada ley del Código romano, de la cual ha sido tomada la presente de Partida. Por derecho antiguo habian pretendido algunos que quedaba cancelado todo embargo de nueva obra por el mero hecho de transcurrir un año desde la fecha de su provision, sin que quedase definitivamente cancelado ó ratificado y prohibida la obra comenzada: y para desterrar esa doctrina, que calificó de *inicua*, estableció el emperador Justiano en d. l. 1. que todo el que denunciara en adelante una nueva obra, tuviese obligacion de acudir inmediatamente al juez (*festinare*), y promover y activar el correspondiente juicio de propiedad que habria de quedar terminado dentro de los primeros tres meses, con condicion, empero, de que, no pudiendo esto último conseguirse por lo arduo y

se pudiesse delibrar (47) el pleyto, puede el Juez despues otorgarle poderio (48) de labrar,

complicado del negocio, hubiese de permitirse al dueño de la obra el continuarla mediante fianza. No cabe, pues, la menor duda que el indicado término entendió Justiniano deberia contarse desde el dia de la denuncia: de lo contrario, tendríamos que esa facultad de continuar la obra mediante fianza que se ha establecido en favor del denunciado, quedaria perjudicada precisamente por la incuria ó tardanza del denunciante en cumplir su obligacion de acudir al juez luego despues de proveido el embargo.

(47) Pues si dentro de los tres meses se pronunciase sentencia á favor del denunciante, aunque apelara de ella el dueño de la obra, nó deberia admitírsele la caucion *de demoliendo*, ni concedérsele permiso para continuar edificando, segun Salic. á d. l. 1. C., y como se infiere de la presente de Partª ¿Qué deberia decirse, empero, si dentro de los tres meses hubiese el denunciante probado su accion ó demanda, mas nó el denunciado sus escepciones? Deberia admitirse en tal caso la caucion, á pesar de no proceder el retardo de parte del actor, segun Juan Fabr. á d. l. 1., por ser igual el que la demanda no esté todavía justificada, y el que se hayan opuesto á la misma escepciones que pueden resultar probadas, l. 1. §. 1. vers. *sed si neget*, D. *de tabul. exhib.* Por lo demas, si el no haber probado el actor, ó no estar el negocio decidido fuese efecto de las cavilosidades y apelaciones del convenido, y constase que este ha obrado maliciosamente al oponerlas é intentarlas, no deberia admitírsele la caucion aun despues de pasados los tres meses, l. 39. D. *de min.* Juan Fabr. allí y V. Bart. á la l. 39. D. *de excus. tut.* Bald. á d. l. 39. *de minor.*, 4. notab., y Oldrald. consil. 283. —* Por lo que hace al caso en que dentro de los tres meses haya recaido formal sentencia á favor del denunciante, pero haya apelado de ella el dueño de la obra, no nos parece que deba considerarse en él terminado el negocio y escluida por consiguiente la facultad de continuar edificando mediante la correspondiente fianza, como lo pretende nuestro glosador aqui. Ni puede fundarse semejante doctrina en el texto de la presente ley de Partida, ni hay, en nuestro concepto, razon alguna para negar al convenido despues de la apelacion, el mismo derecho que se le concedia durante la primera instancia y antes de la sentencia: porque la mayor ó menor probabilidad á favor del derecho respectivo de las partes por haber obtenido una ú otra el primer fallo favorable, no varia el verdader estado de las cosas que permanece el mismo hasta despues de proferida una sentencia ejecutoria: y por esto sin duda se ha usado en nuestra ley la espresion general de *si.... en este plazo non se pudiesse delibrar el pleito*, y en la ley romana se dijo: *sin verò aliquod fuerit «quocumque modo ad decisionem» ambiguitatis impedimentum*: para manifestar asi, que nó por el mero hecho de no poderse llegar á proferir una sentencia dentro de los tres meses, sino por el de no poderse decidir definitivamente el negocio, se concedia la facultad de continuar la obra bajo fianza, cuando esto se verificase, y cualquiera que fuese el motivo del retardo (*quocumque modo*), á menos de constar positivamente el haberse empleado ó emplearse medios emulatorios y maliciosos para entorpecer indefinidamente el juicio, como el de promover artículos temerarios y acumular en ellos multiplicadas apelaciones; en cuyo caso convenimos con Gregor. Lopez en que ni aun despues de los tres meses deberia admitirse la fianza ni permitirse la continuacion de la obra embargada, á pesar de que no estuviese definitivamente terminado el pleito principal.

(48) Esceptúase el caso de que hubiese edificado con infraccion del embargo, pues entonces no gozaria del beneficio de esta ley, segun Juan Fabr. á la cit. l. unic., el cap. 2. de d. tit. y l. ult. §. 14. C. *de jur. delib.*; y si la obra denunciada se estaba construyendo en parage público, entonces el dueño de ella, ni aun mediante fianza, podrá continuarla, á menos que manifieste antes el derecho con que construye dicha obra, l. 20. §. 10. y sig. [y especialmente el §. 13.] D. *de nov. op. nunt.*, como lo sostiene la glos. á la l. 5. §. 17. D. d. tit., y Aug. á la cit. l. 20. §. 10., quien dice ser exacta la citada opinion por la razon de que ni aun el Pretor, dice, puede permitir que se edifique en lugar público, l. 3. §. 4. D. *quod vi, aut clam*, y Bart. á d. §. 10.; sin embargo Paul. de Castr. á d. §. 17. sostiene lo contrario, esto es, que en el caso propuesto, mediante la caucion ó promesa, consigue el dueño de la obra denunciada que no se le obligue á demoler como atentatoria la que haya construido despues de haber afianzado, sin perjuicio, empero, de mandar la demolicion despues de fallado el juicio principal, si resultare de él haberse construido la obra sin derecho; opinion que no deja de tener apoyo en el texto de la presente ley de Partida, en la cual se concede el beneficio de continuar mediante caucion, las obras embargadas, sin distinguir entre las que se construyan en lugar público ó privado. Mas, á pe-

e deue tomar buenos fiadores (49), de aquel que faze la lauor, en esta manera: que si pareciesse, que el non podia fazer aquella obra derechamente, porque non auia derecho en el logar do la fiziesse, que la derribaria a su costa: e despues deuele otorgar poder de labrar. Otrosi dezimos, que si tal fiadura como esta le quisiesse dar ante de los tres meses, que non seria tenudo (50) el que destoruasse la lauor, de tomarla. Pero si la tomasse (51) ante que viniesse ante el Juez, o si a menos de la fiadura, otorgasse (52) al otro poderio de labrar despues del vedamiento, bien podria el dueño de la lauor yr a delante en la obra que habia començado.

LEY 10. *Como las Lauores nueuas, o viejas, que se quieren caer, las deuen reparar, o derribar.*

Abrense a las vezes las lauores nueuas, porque se fienden de los cimientos, o porque fueron fechas falsamente, o por flaqueza de la lauor. E otrosi los edificios antiguos fallezen, e quierense derribar, por vejez; e los vezinos que estan cerca dellos, temense de recebir ende daño. Sobre tal razon como esta dezimos, que el Judgador del logar puede,

sar de esto, tengo por mas verdadera la doctrina antes espuesta de la glos. y Ang., fundada en d. l. 20. §. 13., atendido que de los términos en que se espresa nuestra ley aqui se infiere haberse querido hablar en ella de las obras construidas en lugar privado, y nó de las que lo fuesen en lugar público. [Creemos conveniente advertir, que se entenderá la obra construida en lugar público para los efectos aqui espresados, nó precisamente cuando se la construyere en lugar de pública propiedad, sino tambien las que se hagan en terrenos ó edificios de dominio particular, siempre que de ellas pudiere resultar perjuicio al público, y bajo este pretesto se las embargare, como por ejemplo, si se tratare de la fachada ó alineacion de una casa en una poblacion en que haya establecidas reglas de policía urbana para la conformacion esterior de los edificios]. Adviértase tambien que estas palabras de la presente ley (*otorgarle poderio*), dan á entender que es el juez quien debe dar licencia, cuando por derecho comun parecia ser suficiente el que se prestase la caucion, l. 20. §. 5. D. *de nov. op. nunt.*, y l. unic. C. d. tit.; y aunque el que ha puesto el embargo apelare de la providencia en que se hubiere concedido tal permiso, podrá no obstante continuarse la obra pasados los tres meses, con tal que se haya ofrecido ó dado la fianza, y sin que pueda el denunciante oponerse bajo el pretesto de que nada se ha de innovar, pendiente la apelacion, por cuanto el mismo juez superior ó de alzada deberia conceder dicho permiso si se le pidiese, segun lo anotado por Bart. á la l. 5. §. 1. D. *ut leg. nom. cav.* Si el juez despues de haber concedido el referido permiso, profiriere sentencia definitiva contra el dueño de la obra embargada, y este apelare, podrá no obstante continuarla, estando pendiente la apelacion, segun Salic. á la cit. l. unic. C. — * Segun esto, pues, á pesar de opinar Gregor. Lopez en la nota 47. de este tit., que no puede concederse licencia de continuar la obra embargada mediante fianza, al dueño de ella, contra quien se hubiere fallado definitivamente en primera instancia, no cree, empero, que deba retirarse dicha licencia por el hecho de haberse proferido dicho fallo, caso de habérsela antes concedido. V. la adic. á la cit. nota 47.

(49) Por el hecho pues, de haberse promovido el pleito, debe ofrecerse esta caucion al juez; y lo mismo debe decirse, cuando judicialmente se hubiese proveido el embargo; mas si privadamente lo hubiese puesto el mismo interesado y no hubiese llegado á promoverse litigio, á la parte misma habria de ofrecerse la caucion, l. 21. §. 1. y l. 20. §. 5. D. de este tit., y lo sostiene Juan Fabr. á la cit. l. unic. C. del mismo tit. — * Véase confirmado con esto lo que dejamos dicho en la adic. á la nota 46., ó sea que los tres meses concedidos para poderse continuar las obras embargadas mediante fianza, deben contarse desde el dia en que se haya puesto el embargo, y nó desde el en que las partes hayan acudido ante el juez para entrar en juicio de propiedad.

(50) Apruébase aqui la opinion de Az., de que trata la glos. á la cit. l. unic. C. de este tit., que es, segun Juan Fabr., la mas comunmente admitida y conforme con el texto de la cit. ley; y lo mismo se espresa en el cap. pen. y ult. del mismo tit.: con todo esto debe entenderse, cuando el denunciante está pronto á acudir desde luego al juez para que conozca del negocio; pues si no quiere comparecer ante aquel, ni tampoco admitir la caucion, entonces el embargo se tiene por renunciado, como lo pretenden los DD. á la cit. l. 20. §. 6. y Salic. á la cit. l. unic.

(51) Añad. cap. *significantibus*, 3. *de nov. op. nunt.*

(52) Añad. l. unic. C. *de remiss.*

e deue mandar a los señores de aquellos edificios, que los enderecen, o que los derriben. E porque mejor se pueda esto fazer, deue el mismo tomar buenos maestros, e sabidores deste menester, e yr al logar (53) do estan aquellos edificios de que se temen los vezinos; e si el viere, e entendiere, por aquello que le dixeren los Maestros, que estan atan mal parados, que non se pueden adobar, o non lo quieren fazer aquellos cuyos son, e que ligeramente pueden caer, e fazer daño; estonce deue mandarlos derribar. E si por auentura non estouiessen tan mal parados, deuenlos apremiar, que los enderecen, e que den buenos fiadores a los vezinos (54), que non les venga ende daño. E si atal fiadura como esta non quisiesse fazer, o si fuesse rebelde non los queriendo reparar; deuen los vezinos que se querellauan, ser metidos en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer (55), e dargelos por suyos, si el dueño del edificio durare en su rebeldia (56), fasta aquel tiempo (57) en que ellos lo ayan a adobar, o a derribar por mandado del Judgador. Otro si dezimos, que si el dueño del edificio diesse recabdo a los vezinos que se temen del, de les pechar el daño que ende recibiessen; si el edificio se cayesse por flaqueza de si mismo (58), e non por ocasion, estonce seria tenudo de pechar el daño a que se obligara. Mas si el edificio se derribasse por terremoto (59), o por rayo, o por gran viento, o por aguaducho, o por alguna otra ocasion semejante, estonce non seria tenudo de pechar el daño que por el edificio viniesse.

LEY 11. *Como quando edificio de alguno cayesse sobre casa de otro, ante que sea dello dada querella al Judgador del, non es tenudo de refazer el daño que de y viniere.*

Cayendo edificio de algun ome sobre casa de otro, ante que fuesse dada querella (60) dello al Judgador; maguer fiziesse daño, non seria tenudo aquel cuyo era, de lo pechar (61). Pero si el quisiesse lleuar la teja, e la madera, e ladrillo, que cayera sobre la casa, o el suelo de su vezino, e dexasse las ripias, e la tierra, non lo podria fazer. Ca todo lo que cayo deue lleuar a su costa, e a su mision; o todo lo deue dexar, a pro del que recibio el daño.

LEY 12. *Como se pueden fazer derribar las paredes, e los arboles, de que algunos se temen de recebir daño, si cayessen sobre sus paredes.*

Paredes flacas (62), e arboles grandes mal raygados, son a las vegadas cerca de heredades, o de casas agenas, que se temen los vezinos que si cayeren, que les faran daño. Onde dezimos, que si tal querella como esta viniere delante del Judgador, que deue tomar algunos omes buenos, que sean sabidores destas cosas atales, e ver, si estan tan mal paradas,

(53) Conc. l. 46. D. *de damn. infect.*, y l. 7. D. *de off. præs.*, y añad. Juan de Plat. á la l. 2. C. *de cond. in pub. horr.*, Angel. á la cit. l. 46. y Cepol. en el tratado de *servit. urb. præd.*, cap. 59. *de refectione.*

(54) Conc. l. 13. §. 3. D. *de damn. infect.*

(55) Lo mismo estaba declarado en la l. 15. §. 11. D. *de damn. infect.*

(56) Añad. l. 15. §. 11. citada antes.

(57) Y no debe el juez precipitarse á dar el segundo decreto, sino que ha de mediar algun intervalo de tiempo entre aquel y el segundo, l. 15. §. 21. D. *de damn. infect.*: siendo por lo demas arbitrario al mismo juez el diferirlo mas ó menos segun las circunstancias, glos. allí, y l. 20. D. d. tit.

(58) V. l. 24. §§. 1. y 2. vers. *vitium*, D. d. tit.

(59) Añad. l. 24. §§. 3. y 4. D. *de damn. infect.*

(60) ¿Qué deberia, empero, decirse, si acaeciese el desplome despues de intentada la querella [y antes de habérsela decretado]? V. Bart. á la l. 15. §. 28. D. *de damn. infect.*

(61) Conc. l. 6. D. *de damn. infect.*, y sobre el particular V. l. 7. §. ult., y ll. 8. y 9. princ. D. d. tit., y allí Bart., Paul. de Castr. y Alex. Indícase en nuestra ley aqui, que aun queriendo el dueño de la casa ruinosa quitar los escombros, no está obligado á indemnizar: lo contrario de lo que sostenian Bart. y los DD. al cit. §. ult., aun en el caso de haber habido negligencia, ó de no haberse pedido oportunamente la caucion por parte del que fuere perjudicado. Con todo, Alberic. á tenor de la distincion que hace en d. lug., parece defender lo mismo que se establece en nuestra ley en el caso de haber mediado dicha negligencia ú omision, lo cual no deja de ser bastante justo: mas en el caso de no haber sido negligente el perjudicado, mas bien deberia seguirse la distincion de Bart. y los DD., y asi deberá entenderse esta ley.

(62) Añad. ll. 1. y 2. D. *de arb. cæd.*, y l. 46. D. *de damn. infect.*

que puedan ayna caer, e fazer daño; e si lo fallaren assi, deuelos fazer cortar, e derribar.

LEY 13. *Como se pueden derribar las canales que los omes fazen nueuamente en sus casas para entrar las aguas, quando resciben daño dellas sus vezinos; otrosi los valladares, por que estoruassen las aguas de yr por los lugares por do suelen venir a las heredades.*

Fuertes (63) lauores fazen a las vezes los omes, labrando en lo suyo; e como quier que sean atales, que non se teman los vezinos que se derriben, pero puede venir de otra manera daño, o estoruo dellas. Esto seria, como si alguno fiziesse Torre, (*e*) o otro edificio, e acogiesse y el agua de las lluuias (64) por canales, sacandolas tanto a fuera, que cayesse el agua (*f*) sobre las paredes de los tejados (65) de sus vezinos. E porende mandamos, que quando ante el Judgador viniesse tal querella, o otra semejante, que el que lo faga endereçar, e emendar, de guisa que non reciban daño aquellos que la querella fizieren. Otrosi dezimos, que si alguno alçasse pared, o fiziesse estacada, o valladar, o otra lauor, en su heredad, de guisa que el agua non pudiesse correr por el lugar por do solia, por que se ouiesse y de fazer estanque, (*g*) de que viniesse daño a las heredades que son de sus vezinos. O si por auentura alçasse alguna lauor en el lugar por do solia el agua venir, e por aquel alçamiento se mudasse el curso della, e cayesse de tan alto (66), que fiziesse (*h*) foyas, o caños en heredad de su vezino, o la embargasse, o detuuiesse el agua, de guisa que los otros que la solian auer, non pudiessen regar sus heredades della assi cómo solian. Ca qualquier destas lauores sobredichas, o otras semejantes dellas, que alguno fiziesse nueuamente, de que viniesse daño a las heredades de sus vezinos, deue ser derribada a su costa (67), e a su mision, e tornar al primero estado: e demas deue pechar, el que fizo la lauor, todo el daño, e el menoscabo que viniesse a sus vezinos por razon della. Ca segund que dixeron los Sabios antiguos, maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere; pero deuelo fazer de manera, que non faga daño (68), nin tuerto a otro.

LEY 14. *Por que razones, maguer resciben daño las unas heredades de las otras, non son tenudos de lo pechar a aquellos cuyas son.*

Tres maneras (69) son en que podrian los omes recebir daño de las heredades de los otros, que lo aurian de sufrir, e non se quexar con derecho, de aquellos cuyas fuessen. E destas la primera es natural (70), assi como quando vn

(*e*) ó otro edificio alto Acad.
(*f*) sobre las paredes et los tejados Acad.
(*g*) de que viniese daño á las heredades que son vecinas; ó si por aventura alzase etc. Acad.

(*h*) foyas ó cavas Acad.

(63) Trátase en esta ley lo concerniente al tit. del D. *de aqu. pluv. arc.*, sobre lo que véase lo anotado por Cepol. en el trat. *servit. rust. præd.*, tit. *de aqu. pluv. arc.*, y tit. *de aquæd.*, fol. 64. y sig.

(64) Conc. el tit. D. *de aqu. et aqu. pluv. arc.*, y principalmente la l. 1. §. 13. del mismo tit.

(65) Pues aun cuando el estilicidio se considera ser una servidumbre pública, segun la costumbre comun, no obstante debe efectuárselo sin perjuicio de la casa vecina, conforme se lee en esta ley, y lo manifiesta Cepol. en su trat. *serv. urb. præd.*, cap. 41. *de stillicid.*, vers. *quæro circa prædicta*.

(66) Conc. l. 1. §. 22. D. *de aqu. pluv. arc.*

(67) Añad. l. 1. §§. 1. y 2. y l. 6. §. pen. y ult. D. *de aqu. pluv. arc.*; con todo, si alguno por medio de una obra hecha de mano rechazase de su predio el agua pluvial, para que no le causase daño, con tal que no existiese de otra parte alguna servidumbre particular que le obligase á recibirla, ni lo previniesen asi los estatutos municipales del lugar, obraria lícitamente, y no le obligaria lo prevenido en esta ley, aun cuando causase con ello algun perjuicio al vecino, l. 2. §. pen. D. d. tit., y Paul. de Castr. allí.

(68) Añad. l. 1. §. 10. D. *de aq. pluv. arc.*, y allí Paul. de Castr., l. 61. D. *de reg. jur.*, y V. l. 24. §. ult. D. *de damn. infect.*, junto con la glos. allí, l. 8. §. 5. D. *si serv. vind.*, y V. Bald. á la l. 3. col. 2. D. *de rer. div.*

(69) Conc. l. 1. §. ult., y 2. princ. D. *de aqu. pluv. arc.*

(70) Conc. l. 1. §. 13. y sig. D. *de aqu. pluv. arc.*, y añad. Bald. á la l. 6. col. 2. C. *de cond. insert.* ¿Qué dirémos si el agua que discurre naturalmente por un campo perjudica de un modo escesivo al campo vecino y situado en la parte inferior? Véase Paul. de Castr. á la l. 2. princ. y §. ult. D. *de aqu. pluv. arc.*, quien pretende que en este caso puede accionarse para hacer apartar el agua,

ome ha su heredad de yuso de la del otro. Ca maguer corra el agua de la heredad que esta mas alta en la que esta mas baxa, o desciendan piedras, o tierra, por mouimiento de las aguas, o en otra manera, que non sea fecho maliciosamente por mano de omes, e fagan y daño, non es culpado aquel cuya es la heredad que esta mas alta, nin es tenudo de lo pechar. La segunda es, por obra que fue fecha antiguamente. Ca maguer reciba daño en alguna manera aquel que ha la heredad de yuso, de la otra en que es la obra antigua, si diez años (71) son passados que es fecha aquella obra, seyendo en el lugar aquel cuya es la heredad que recibe el daño, e non lo contradiziendo, o veynte, seyendo fuera en otra parte, deuelo sufrir, e non se puede despues querellar del. La tercera es, por razon de seruidumbre (72) que han las vnas heredades en las otras. Ca maguer reciba daño en la heredad por razon de la seruidumbre a que es tenuda, non se puede porende querellar de aquel cuya es la heredad, que rescibe el seruicio.

LEY 15. *Que deue fazer aquel en cuya heredad el agua se detiene, por piedra, o por fustes, o por arena que y aduxesse el agua.*

Corriendo agua por heredad de muchos, maguer ninguno dellos non fiziesse lauor por que la estancasse, si el agua por si naturalmente lo fiziesse, allegando fustes, o cieno, o piedras, o otra cosa qualquier, poco a poco, de manera que destajasse el agua, e la sacasse del lugar por do solia correr, si por este destajamiento se sintiesse algun vezino por agrauiado, o por perdidoso, puede apremiar a aquel en cuya heredad fizo el agua el estanco, que faga de dos cosas la vna (73); o que lo alimpie, e abra aquel lugar por do solia correr el agua, e la faga yr por do solia, o que lo dexe a el fazer. E aquel cuya fuere la heredad, tenudo es de fazer la vna destas dos cosas, maguer non quiera. Pero si aquel lugar do se destajasse el agua, fuesse acequia que perteneciesse a muchos, cada vno (74) en la frontera de su heredamiento es tenudo de yr ayudar a endereçarla, de manera que vaya el agua por do solia, e se puedan ayudar della.

LEY 16. *Como se deue fazer derribar la lauor que fue fecha a daño de otro, maguer la heredad en que la fizieron, o la otra que rescibiesse el daño, fuesse despues enagenada.*

Labrando nueuamente algund ome en su heredad, obra por que se destajasse, o se estancasse el agua que solia correr por ella, e viniendo de aquesta lauor daño, o perdida a otro alguno, que ouiesse heredad acerca de

y lo mismo defendió tambien antes que él Oldrald., interpretando asi latamente el cit. §. ult., donde espresa Alberic., que á la verdad parece cosa dura: porque cuando por pacto se haya constituido la servidumbre de haber de sufrir el curso de las aguas artificial, no es estraño que el dueño del predio sirviente pueda pretenderse no obligado á soportar dichas aguas si le dañan de un modo estraordinario y escesivo, l. 9. D. *de serv.*, pero cuando no hay otra obligacion que la natural, no debe tenerse consideracion alguna por los perjuicios que una causa tambien natural pueda ocasionar. Pero digno es este punto de mas detenida reflexion; y parece en efecto que en este último caso habrá de soportarse el daño, aunque sea enorme; pudiendo no obstante, entonces el dueño del campo inferior levantar en el superior terraplenes, ó rehacer los que hubiese en el mismo, á fin de que el agua cause menor perjuicio, l. 5. §. 12. D. *de aq. pluv. arc.*, lo que debe entenderse en la conformidad espuesta por Paul. de Castr. á la l. 2. §. 5. D. d. tit.

(71) Añad. glos. á d. l. 1. §. ult. D. *de aq. pluv. arc.*

(72) Añad. l. 2. §. ult. D. *de aq. pluv. arc.*

(73) Conc. l. 2. §. 1. D. d. tit., entiéndase, empero, que esta alternativa solo tiene lugar, cuando aquel en cuya heredad se ha estancado el agua, pudiera percibir alguna utilidad de la limpia, por ej., la de abandonar su tierra, de cuyo abono no puede privársele, si quiere aprovecharlo; mas en otro caso tan solo puede obligársele á tolerar que se proceda á la limpia ó recomposicion de la acequia ó álveo por donde solia correr el agua, y no á que lo verifique él mismo: asi lo declara Bart. á la l. 2. §. 4. D. *de aqu. pluv. arc.*

(74) Pues siendo esta obra de interes comun, debe hacerse á espensas de cuantos han de aprovecharse de ella, l. 4. §. 3. D. *fin. reg.*, l. 39. D. *fam. erc.*, y añádase lo anotado por Cepol. en el trat. *servit.*, tit. *de servit. aquæd.*, que se halla despues del tit. *de serv. rust. præd.*, fol. 66. col. 3. vers. *superest alia quæstio*, *quis teneatur manutenere rivos.* Téngase presente lo dispuesto en nuestra ley aqui; pues con ello se decide la cuestion, de si aprovechándose dos molinos de una misma esclusa, vulgarmente llamada *presa*, estará obligado el dueño del molino inferior á contribuir á los gastos y desembolsos que hubiese hecho el del superior para recomponer la es-

aquella; si aquel que recibiesse el daño vendiesse aquella heredad, en que lo recibe, a otro ome, ante que demandasse (75) que fuesse derribada aquella lauor; dezimos, que puede aquel que la compra (76), demandar en juyzio, qué aquella lauor sea derribada. Fueras ende, si aquel que la fizo la gano por tiempo. Otrosi dezimos, que si aquel que auia fecho tal lauor, vendiesse la heredad en que la fiziera, ante que le demandassen (77) en juyzio que la desfiziesse; que pueden apremiar al comprador (78), que la dexe derribar a aquellos que reciben el daño della, o que la derribe el: e non se puede escusar que lo non faga, maguer diga, que non es en culpa porque el non lo fizo. Pero la mission que fuere fecha de los bienes del comprador (79) en derribar la obra, puedenla despues demandar al vendedor, e es tenudo de gela pechar, maguer non quiera.

LEY 17. *Como quando muchos fiziessen alguna lauor nueua, que fiziesse daño a otro, la pueden demandar a cada vno en todo que la desfaga.*

Si muchos omes fiziessen alguna lauor nueua, por que se destajasse, o se perdiesse el agua de que un ome ouiesse derecho de se aprouechar; (*i*) a cada vno de ellos por si, e a todos en vno, qual mas quisiere, puede demandar, que desfagan aquella lauor (80) que fizieron: como quier que la emienda del menoscabo, e del daño que le vino por aquella lauor, non puede demandar a cada vno dellos en todo; mas segun que perteneciesse a cada vno por su parte (81). Otrosi dezimos, que si lauor fuese fecha en daño de muchos (82), que cada vno por todos puede demandar, que sea desfecha. Pero emienda del daño, nin del menoscabo, non la puede demandar cada vno sin carta de personeria de los otros, si non por su parte tan solamente.

LEY 18. *Como se puede fazer un molino cerca de otro, non le tolliendo el agua, nin embargandogela.*

Molino auiendo algun ome, en que se fiziesse farina, o aceña para pisar paños; si alguno quisiesse fazer otro molino, o aceña en aquella misma agua acerca de aquel, puedelo fazer en su heredad (83), o en suelo que sea de termino del Rey con otorgamiento del, o de los del Comun del Concejo (84) cuyo es el logar do lo quisiesse fazer. Pero deue esto ser

(*i*) á cada uno dellos porsi en todo qual mas quisiere, ó á todos en uno puede etc. Acad.

clusa: sobre lo cual V. Bart. en la repet. l. 2. D. *de flum.*, cuest. 17., Aug. á la l. 13. col. 2. D. *de serv. urb. præd.*, y Cepol. en el trat. *de serv. urb. præd.*, cap. 59. *de refectione.*

(75) Porque si se verificase la venta despues de la demanda, tendria lugar lo dispuesto en la l. 16. princ. D. *de aqu. et aqu. pluv. arc.* — * esto es, podria entonces persistir el vendedor en la demanda propuesta, debiendo, empero, restituir al comprador lo que tal vez consiguiese por via de resarcimiento de daños y perjuicios.

(76) Por ser esta accion de las llamadas *in rem scriptæ*, segun la l. 12. D. *de aqu. pluv. arc.*, y lo anotado por Az. en el final de la l. 2. D. d. tit., y conc. con la presente ley la l. 6. §. 4. D. d. tit.

(77) Pues si se enagenase despues de instaurado el juicio, procederia lo dispuesto en la l. 4. §. 1. D. d. tit. donde puede verse Bart. en el vers. *quæro lata sententia* etc., — * esto es, deberia seguirse adelante en el juicio ya empezado, y fallarse en él lo mismo que se hubiera fallado á no haberse hecho la enagenacion, comprendiéndose en su caso en la condena de daños y perjuicios hasta los ocasionados despues de enagenado el predio.

(78) Conc. l. 12. y sig. D. d. tit.

(79) Y lo mismo seria si el derribo se hubiese hecho á costas del actor, segun la l. 12. y sig., y l. 16. D. d. tit.

(80) Conc. l. 11. §. 1. D. d. tit.

(81) Conc. l. 6. §. 1. D. d. tit., y véase señaladamente la glos. á d. l. 11. §. 1. en la palabra *æstimatio*, del mismo tit.

(82) Conc. d. l. 11. §. 1. y l. 6. §. 1. D. d. título.

(83) ¿Y si la heredad es comun? V. Bald. á la l. 3. col. 3. D. *de rer. div.*, y nótese que por derecho de gentes cualquiera está facultado para hacer venir el agua de un rio público, l. 2. D. *de flum.*, y V. Bart. allí, q. 1. — * V. adic. á la nota 86.

(84) ¿Qué dirémos, sin embargo, si el rio es navegable? Véase Bald. al final de la l. 1. col. 3. D. *de rer. div.*, donde se espresa de diverso modo que en la rúbrica, y añad. d. l. 3. D. *de rer. div.*, con lo anotado allí: y añad. tocante á la presente ley Bart. á d. l. 2. cuest. 1. D. *de flum.*, Bald. á la l. 7. C. *de serv.*, junto con la glos., Bald. á la l. 6. col. 2. C. *de cond. insert.*, y el cap. 1. §. *si quis de manso*, *de controv. invest.*, col. 3. — * V. adic. á la nota 86.

fecho de manera, que el corrimiento del agua non se embargue al otro; mas que la aya libremente segun que era ante (85) acostumbrada a correr: e faziendolo desta guisa, non lo puede el otro defender, nin embargar que lo non faga; maguer diga que el su molino valdria menos de renta (86), por razon desto que fiziessen nueuamente. Esso mismo deuen fazer del forno que fiziessen nueuamente.

LEY 19. *Como puede ome fazer de nuevo pozo, o fuente, en su heredad.*

Fuente, o pozo de agua auiendo algun ome en su casa, si algun su vezino quisiesse fazer otro en la suya, para auer agua, e para aprouecharse del, puedelo fazer (87), e non gelo puede el otro deuedar; como quier que menguasse porende el agua de la fuente, o del su pozo. Fueras ende, si este que lo quisiesse fazer, non lo ouiesse menester; mas se mouiesse maliciosamente (88), por fazer mal, o engaño al otro, con intencion de destajar, o de menguar las venas, por do viene el agua a su pozo, o a su fuente. Ca entonce bien lo podria vedar que lo non fiziesse; e si lo ouiese fecho, podriangelo fazer derribar, e cerrar. Ca dixeron los Sabios (89), que a las maldades de los omes non las deuen las Leyes, nin los Reyes sofrir, nin dar passada; ante deuen siempre yr contra ellas.

LEY 20. *Como los Castillos, e los muros de las Villas, e las otras Fortalezas, con las calçadas, e las fuentes, e los caños, se deuen mantener, e reparar.*

Apostura, e nobleza del Reyno es, man-

(85) V. l. 1. §. 8. D. *ne quid in flum. pub.*, y l. 1. §. 5. D. *de flum.*, junto con la glos.; sin que deba tomarse en consideracion todo lo que proceda de casualidad, V. Bald. á la l. 3. col. 4. D. *de rer. div.*, y véase allí lo que se entiende por el curso ordinario ó acostumbrado de las aguas, pudiendo añadirse Dec. consil. 244. — * V. adic. á la nota sig.

(86) Añad. Bart. en la repet. de la cit. l. 2. D. *de flum.*, cuest. 1. y 11. — * Acerca la libre facultad de construir molinos, de que se habla en la presente ley, conviene advertir que con posterioridad á la promulgacion de las Partidas se habian otorgado á varios particulares y corporaciones, y se habia arrogado el Real patrimonio en distintos puntos de la monarquía el privilegio esclusivo, privativo y prohibitivo de construir dichos molinos con facultad de prohibir que los demas los construyesen, á menos de obtener para ello especial permiso que se les otorgaba por medio de establecimientos ó enfiteusis, y con todas las cargas y sujeciones propias de esta especie de contratos: hasta que en 1835. por Real decreto de 10. de noviembre del mismo año se permitió á los habitantes de las provincias de Cataluña, Valencia y Mallorca, la libre facultad de construir molinos de harina, papel y aceite, sin otra sujecion que á las reglas de derecho comun: y con el decreto de Córtes de 29. de enero de 1837. se restableció el de 19. de julio de 1813., por el cual se hizo estensivo á todas las provincias del reino lo resuelto en el decreto de 6. de agosto de 1811. acerca la abolicion de privilegios privativos y prohibitivos; y en consecuencia se declaró que todos los habitantes sin distincion pudiesen edificar hornos y molinos libremente, y sin necesidad de obtener establecimiento ó permiso, con amplia facultad para enagenarlos á su arbitrio como cosa de dominio particular, quedando abolido el dominio directo que se reservaba el Real patrimonio, los derechos de laudemio y fadiga, y demas pensiones y gravámenes impuestos por el mismo, hasta con respecto á los molinos que estuviesen edificados al promulgarse dicha ley: de suerte que desde entonces y en la actualidad, puede decirse que la presente ley de Partida forma el derecho comun, único que está vigente y debe observarse en esta materia.

(87) Conc. l. 1. §. 12. y l. 21. D. *de aqu. pluv. arc.*, l. 24. §. ult. y l. 26. D. *de damn. infect.*, y véase lo anotado por Paul. de Castr. á la l. 8. vers. ult. á mas de la glos. C. *de servit.*

(88) Lo que se presume asi, siempre que no le ha de resultar utilidad alguna de practicar ó abrir el pozo, al que lo verifica; Paul. de Castr. á d. l. 8. C. *de serv.*, y á la l. 9. D. *de serv. urb. præd.*, y V. Juan de Plat. á la l. pen. C. *de metall.*

(89) V. l. 1. §. 12. D. *de aqu. pluv. arc.*, l. 3. D. *de op. pub.*, y l. 2. §. pen. D. *de aq. pluv. arc.*, y añad. la l. 1. del tit. prox. anterior.

tener los Castillos (90), e los muros (91) de las Villas, e las otras Fortalezas, e las calçadas, e las puentes (92), e los caños (93) de las Villas, de manera que non se derriben, nin se desfagan: e como quier que el pro desto pertenezca a todos, pero señaladamente la guarda, e la femencia destas lauores, pertenesce al Rey (94). E porende deue y poner omes señalados (95), e entendidos en estas cosas, e acuciosos, que fagan lealmente el reparamiento, que fuere menester, a las cosas que de suso diximos. Otrosi dezimos, que deue dar a estos omes, lo que ouieren menester para complimiento de la lauor. Pero si en las Ciudades, o en las Villas han menester de fazer algunas destas lauores, si han

(90) Estos deben repararse, ya que sirven para la defensa del Rey ó reino, l. 1. tit. 18. Part. 2., y véase lo que dije allí y á la l. 15. del mismo tit. y Part., con lo anotado á d. l. 1., donde se ha dicho, citando á Bald., que el Rey puede en tiempo de guerra poner guarnicion en los castillos; y nada tiene de estraño, ya que hasta los legos pueden guarnecer y fortificar las torres de las iglesias para la defensa del Estado, segun Inoc. en el cap. *cum ecclesia*, *de immun. eccles.*, y Bald. á la l. 2. C. *de summ. Trinit. et fid. cath.*, y es de notar lo espuesto por el mismo Bald. consil. 158. vol. 3., que empieza, *proponitur*, *quod quidam locus* etc.; ó sea, que puede el señor mandar á los habitantes del pais en que se hallan los castillos, que los fortifiquen y los tengan en estado de defensa, de modo que por su descuido no pueda correr peligro el territorio: y decide tambien allí, que en caso de necesidad puede encastillar las torres de las iglesias y sus fuertes sitos en su territorio; bien que esto debe entenderse limitadamente para el caso en que haya mora ó negligencia por parte del posesor, pues debe precaverse que con semejantes pretestos no se busque ocasion para quitar á los señores sus castillos: véase señaladamente lo que espresa en dicho lugar. — * Nada dirémos sobre lo dispuesto en la presente ley de Partida, y lo anotado á la misma por el glosador, por ser concerniente al derecho público y administrativo de que no nos ocupamos por el presente.

(91) Acerca de cuáles fuesen los fondos que debian destinarse á la reparacion de las murallas, por derecho comun, V. l. 3. C. *de div. præd. urb.*, y en órden á lo que se entendia por murallas, y cómo deba hacerse la reparacion, y de muchas otras cosas tocantes á la materia, V. Luc. de Pen. á la l. 3. C. *de quib. mun. nem. lic. se exc.*, donde se trata tambien de si pueden construirse murallas en el predio de algun particular contra la voluntad de este, lo cual decide por la afirmativa, pero de modo que la indemnizacion se verifique desde luego, si es posible, ó cuando la universidad llegue á mayor fortuna. — * V. l. 3. tit. 5. Partª 5ª con lo anotado allí, y la adic. á la nota prox. anteced.

(92) ¿Y cuáles serán los vecinos obligados á contribuir para la construccion ó rehabilitacion de los puentes? Puede colegirse de lo anotado por Juan Andr. adic. al Specul. en la rubr. *de injur.*, y por Alberic. á la l. 3. §. 7. D. *de incend. ruin. nauf.*, donde advierten, que la vecindad se hace estensiva para los efectos de dicha ley á todos aquellos á cuyas casas hubiese podido temerse verosímilmente que se estendiese el incendio; cuya determinacion se deja al arbitrio del juez, recibiéndose al efecto declaracion á algunos, l. 96. D. *de verb. signif.* Y de lo que se espresa en dicho lugar sobre el incendio, puede colegirse lo que deberá hacerse respecto de los puentes, atendida su clase, necesidad y comodidad que de su construccion y conservacion tengan ó reporten los vecinos en particular. — * V. adic. á la nota 90.

(93) Acerca la reparacion de los acueductos públicos, V. ll. 1. y 7. C. *de aquæd.*, y lo anotado en la l. 4. del tit. prox. antec. — * V. adic. á la nota 90. de este mismo tit.

(94) Hace al caso la l. 3. D. *de off. præf. vig.*, y aunque el cuidado de estas cosas pertenezca al Rey, puede con todo la ciudad por sí misma, sin previa anuencia de aquel, reparar sus muros, segun se colige de la presente ley, y l. 10. tit. 28. de esta Partida, y lo sostienen la glos. y Bart. á la l. 3. D. *de op. pub.*, y Bald. *de pace Constant.*, princip. num. 28.; y acerca lo espuesto por la glos. y Juan de Plat. á d. l. 3. C. *de div. præd. urb.*, véase Luc. de Pen. á la l. ult. C. *de quib. mun. nem. lic. se exc.*, vers. 7. *quæritur*. — * V. adic. á la nota 90.

(95) Tenemos, pues, que compete al Rey y al Real consejo la eleccion de los que han de dirigir las obras públicas, y téngase presente: pues aun cuando sean de atribucion de los *curadores* de la república [ciertos magistrados especiales que los romanos habian instituido para la conservacion de ciertas obras ú otros objetos, como los *curatores ludorum*, *cloacarum*, *frumenti populo dividundi*, etc.], l. 46. D. *de damn. infect.*, con todo, en caso de necesidad, podria el Rey ó sus consejeros destinar á algunos á dicho objeto, á tenor de esta ley. En el dia, segun los capítulos de la instruccion de los corregidores, incumbe á estos y tambien á los jueces de las ciudades; y

rentas apartadas de Comun (96), deuen y ser primeramente despendidas. E si non complieren, o non fuesse y alguna cosa comunal, estonce deuen los moradores de aquel lugar pechar comunalmente, cada vno por lo que ouiere (97), fasta que ayunten tanta quantia, de que se pueda cumplir la lauor: e desto non se pueden escusar Caualleros (98), nin

V. l. ult. C. *de op. pub.*, l. unic. C. *de palat. et dom. domin.*, y Juan de Plat. allí y en la l. 2. C. *de cond. in pub. horr.*, y véase l. 7. §. 1. D. *de off. proc.* — * Por las mismas razones indicadas en la adicion á la nota 90. nos abstenemos aqui de hacer mencion especial de las leyes recopiladas que podian considerarse derogatorias de la presente de Partida y á las cuales hace referencia nuestro glosador aqui, citando la instruccion de corregidores.

(96) Añad. l. 10. tit. 28. de esta Partida y lo anotado allí, y la cit. l. 7. C. *de aquæd.*, entendiéndose que aqui se trata de los castillos y fortalezas que son propios de las ciudades y para su defensa; mas nó de los que pertenecen al Rey y se hallan en las fronteras del reino, ll. 1. y 6. tit. 7. lib. 4. del Ordenam. Real. — * V. adic. á la nota prox. anteced.

(97) Conc. l. 2. C. *de immun. nem. conc.*, y Juan de Plat. allí y á la l. 12. C. *de op. pub.*, pues, al hacer una derrama, debe señalarse á cada uno y exigirse la cuota en proporcion á sus haberes ó facultades, V. glos. y lo anotado por Bald. á la l. 6. C. *de adv. div. jud.*, y á la l. 2. C. *ne fil. pro patr.*, y l. 5. C. *qui bon. ced. poss.*, y V. Bart. á la l. 1. C. *de mul.*, *et in quo loc.*, y la misma proporcion debe guardarse entre una ciudad y su distrito cuando se les haya de epartir algun impuesto; pudiendo añadirse señaladamente acerca el particular lo espuesto por Luc. de Pen. á la l. ult. C. *de quib. mun. nem. lic. se exc.*, cuest. 9. y sig. Y si por estatuto ó costumbre de la ciudad tuviese esta que aprontar tan solo una tercera parte y el distrito las dos restantes, ¿podria en lo sucesivo reclamar la parte que por ello se sintiese agraviada? Véase muy particularmente lo que espresa Dec. consil. 335., y añádase acerca de lo dicho, Bart. á la l. 4. §. 1. D. *de re jud.* Y si alguno de los vecinos renuncia al uso del agua ó de la fuente para lo sucesivo, ¿tendrá no obstante que contribuir á la reparacion de la misma? Decídase como lo hace Luc. de Pen. á la l. 7. C. *de aquæd.*, donde distingue el caso de que el acueducto ó fuente se haya inutilizado por el hecho de algun hombre, pues entonces este por sí solo está obligado á la reparacion; ó por culpa del que hizo la obra, en cual caso, cuando conste positivamente la mala construccion, estará el constructor obligado destruyéndose antes de 30. años; mas, si no estuviese bien averiguada la culpa del mismo, entonces solo estaria obligado inutilizándose la obra dentro de 15. años, l. 8. C. *de op. pub.*, y l. 21. prox. sig. de este tit. y Part.; y cuando acaeciere la ruina, nó por vicio de construccion, sino por otra causa, como por terremoto, avenida ú otros accidentes semejantes, entonces si se trata de aguas que sirviesen para el riego de los campos ó heredades, podrá cualquier vecino eximirse del impuesto para la reparacion, si hace abandono de las propiedades que beneficiase con dicho riego, l. 7. §. ult. D. *de damn. infect.*, l. 48. D. *de usufr.*, y l. 6. §§. 2. y 3. D. *si serv. vend.*; mas si se tratase de aguas potables, y no fuese fácil proveerse de ellas en otra parte, no debe ser atendido el que diga renunciar á ellas, y tampoco aunque hubiese proporcion de procurárselas de otro parage, á menos que el renunciante fuese pobre; y aun esto tendrá lugar, con tal que la fuente ó acueducto no se hubiese inutilizado con el uso de los que han ido á sacar el agua ó utilizarla para el riego; pues en tal caso, como estarian obligados á contribuir por razon de hechos pasados, no deberia oírseles, aunque estuviesen dispuestos á renunciar su derecho para lo sucesivo. De todos modos, empero, podrá siempre el juez aplicar en estas materias su prudente arbitrio, atendida la calidad de las personas, de los tiempos y de las cosas, como puede verse mas latamente en el mismo Luc. de Pen. en el lugar cit. — * V. adic. á las notas 90. y 95.

(98) V. glos. y Juan de Plat. á la l. 1. C. *de vac. pub. mun.*, l. 7. C. *de op. pub.*, y l. 15. tit. 4. lib. 4. del Orden. ¿Y si la corporacion del lugar en que viven algunos caballeros, tiene pleito acerca de algunos términos ó territorio, del que debiesen tambien gozar aquellos, en caso de obtenerse un fallo favorable, estarán obligados los mismos á contribuir á los gastos del pleito? Parece que lo estarán, pero despues de ganado el litigio, por la utilidad que de esto deberá resultarles, pero nada podrá exigírseles pendiente el pleito, y antes de la sentencia, segun lo anotado por Bart. á la l. 5. §. 5. D. *de jud. solv.*, porque fundándose esta ley, al obligar á los caballeros, en la participacion por parte de estos de la utilidad comun, y, no existiendo esta ni constando si existirá, mientras el pleito no esté fallado, no deben aquellos ser compelidos al pago; y hace al caso la glos. á la Clement. 1. en la palabra *publice*, *de vit. et honest. cleric.*; pudiendo verse acerca de esto mismo lo anotado por Bald. tit. *de pac. Constant.*, en la

Clerigos (99), nin biudas, nin huerfanos, nin ningun otro qualquier, por preuillejo que tenga. Ca pues que la pro destas lauores pertenesce comunalmente a todos, guisado, e derecho es, que cada vno faga y aquella ayuda que pudiere.

LEY 21. *Que pena merecen aquellos que son puestos sobre las Lauores, quando fazen y alguna falsedad.*

Lealmente, e con gran femencia deuen mandar fazer las lauores, aquellos que son puestos sobre ellas; de manera que por su culpa, nin por su pereza non sea y fecha alguna falsedad: e si assi non lo fiziessen, a los cuerpos, e a quanto que ouiessen, se deue tornar el Rey por ello. E si por auentura, la lauor que fuesse fecha de nueuo, se derribasse, o se mouiesse ante que se acabasse, o quinze años (100) despues que fuesse fecha, sospecharon los Sabios antiguos, que por mengua, o culpa, o por falsedad de aquellos que eran puestos para fazerlas, aconteciera aquel fallecimiento. E porende ellos, e sus herederos son tenudos de refazerlas a su costa, e mission; fueras ende, si las lauores se derribassen por ocasion, assi como por terremoto, o por rayo, o por grandes auenidas de rios, o de aguaduchos, o por otras grandes ocasiones semejantes destas.

LEY 22. *Como non deuen fazer casa, nin edificio, cerca los muros de las Villas, e Castillos.*

Desembargadas, e libres deuen ser las carreras, que son acerca de los muros de las Villas, e de las Ciudades, e de los Castillos; de manera que non deuen y fazer casa, nin otro edificio que los embargue, nin se arrime a ellos. E si por auentura alguno quisiesse y fazer casa de nueuo, deue dexar espacio de quince pies (101) entre el edificio que faze, e el muro de la Villa, o del Castillo. E esto tuuieron por bien los Sabios antiguos, por dos razones. La vna. porque desembargadamente puedan los omes acorrer, e guardar los muros de la Villa en tiempo de guerra. La otra, porque de la allegança de las casas non viniesse a la Villa, o al Castillo, daño, nin traycion (102).

LEY 23. *Como non deuen fazer casa, nin edificio en las plazas, nin en los caminos, nin en los exidos de las Villas.*

En las plaças, nin en los exidos, nin en los caminos que son comunales de las Ciudades, e de las Villas, e de los otros lugares, non deue ningun ome fazer casa, nin otro edificio. nin otra lauor. Ca estos lugares ata-

parte *in nomine Christi.* Lo contrario, empero, puede inferirse de lo que ingeniosamente decide Alberic. á la l. 3. vers. *sed quid si major pars*, D. *quod cuj. univ. nom.*, donde con poderosas razones establece que si la mayor parte de los vecinos ó individuos de una universidad hubieren nombrado un síndico, por mas que algunos se hubiesen opuesto á ello y protestado que ellos no querian litigar, porque creian injusta la pretension, ni en consecuencia concurrir á los gastos del pleito, aun cuando resultare despues dictada sentencia contra la universidad, estarán obligados los opositores á contribuir á los gastos, como pretende tambien Spec., por la razon de que, habiéndolo hecho la mayor parte, se entiende que lo hicieron todos. Podria tal vez decirse, que si la universidad que litiga, lo hace como convenida y estando en posesion, estarán obligados hasta los caballeros á contribuir á los gastos pendiente el pleito, pues entretanto se aprovechan de la cosa ó derecho poseido, y en tal caso verdaderamente se litiga en defensa de la utilidad comun; mas si la universidad fuese la actora, y los caballeros aveciudados se opusiesen al seguimiento del pleito, no quedarian obligados sino despues de obtenida victoria; y al contrario, si no lo contradijesen y litigasen de mancomun, en cual caso estarian tenidos como los demas aun antes de vencer ó fallarse el pleito á favor de la universidad. —* V. adic. á las notas 90. y 95.

(99) Véase lo anotado á la l. 54. tit. 6. Part. 1., y añad. l. 7. C. *de sacros. eccles.*, y l. 1. tit. 3. lib. 1. del Orden. Real. —* V. adic. á las notas 90. y 95.

(100) Conc. l. 8. C. *de op. pub.*, y V. l. 16. tit. 8. Part. 5.

(101) Conc. ll. 11. y 9. C. *de ædif. priv.*, y V. Ang. allí, y añad. Cepol. en el trat. *servit. urb. præd.*, cap. 56. *de menian.*, l. 14. C. *de op. pub.*, y Bart. á la l. 3. D. *de oper. pub.*; y decide Cepol. en el lug. cit., que sobre el particular debe atenderse la costumbre, segun la l. 1. y 3. C. *de ædif. priv.*

(102) Porque desde la casa contigua á la muralla, pudiera practicarse una abertura en esta, y facilitarse la entrada á los enemigos, conforme observa Ang. á la cit. l. 9. C. *de ædif. priv.* —* V. adic. á las notas 90. y 95.

les, que fueron dexados para postura, o por pro comuual (*j*) de todos los que y vienen, non los deue ninguno tomar nin labrar para pro de si mismo. E si alguno contra esto fiziere, deuenle derribar (103), e destruir aquello que y fiziere. E si acordare el Comun de aquel lugar do acaesciesse, de lo retener para si, que lo non quiera derribar (104), puedenlo fazer; e la renta que sacaren dende, deuen vsar della assi como de las otras rentas comunales que ouieren. E aun dezimos, que ningun ome, que la lauor fiziere en tal lugar como sobredicho es, que non se puede, nin deue defender, razonando que lo ha ganado por tiempo (105).

LEY 24. *Como non deuen fazer casas, nin Torres, nin otros edificios cerca de la Eglesia.*

Aprouechanse los omes todos comunalmente de las Eglesias, rogando en ellas a Dios, que perdone sus pecados: e porende, bien assi como a los muros de los Castillos, e de las Villas, non deuen arrimar casas (106), nin tiendas, nin fazer otro edificio ninguno; otrosi, porque la Eglesia es Casa Santa de Dios, al derredor della (107) non se deuen y fazer tiendas de mercadurias (108), nin de otras cosas, si non de aquellas que pertenecen a obras de piedad, e de merced. E si por auentura fuere y alguna cosa fecha, deue ser ende tollida. Otrosi dezimos, que aquellos que han de guardar las Eglesias, que las han de mantener, e reparar (109), de guisa que non se desfagan, nin se derriben.

LEY 25. *Como todo ome es tenudo de reparar, e de mantener su casa, o otro edificio qualquier: mas de nueuo non es tenudo, si non en cosas señaladas.*

Casa, o Torre, o otro edificio qualquier auiendo algun ome en Villa, o en otro Lu-

(*j*) de todos los que hi viven, Acad.

(103) Conc. l. 2. §§. 17. y 35. D. *ne quid in loc. pub.*

(104) Esto es, si se acuerda no derribar la obra, por ser tal, que no sirve de obstáculo al uso público, segun d. l. 2. §. 17., y la l. 1. C. *de div. præd. urb.*, ó bien, segun la interpretacion de Juan de Plat., por haberse el edificio levantado en un solar que es propiedad del público, pero de aquellos que estan en el comercio y pueden venderse, por no estar destinados al uso público, l. 6. D. *de contr. empt.*, y l. 17. D. *de verb. signif.*, con la glos. allí; semejante interpretacion, empero, y tambien el principio en que se funda, parece no podrán sostenerse á tenor de la presente ley; pues tampoco las plazas estan en el comercio ni pueden venderse, y con todo si alguno edifica en ellas, y el edificio no perjudica al uso público, se impone un censo sobre él, pero no se le destruye: y aun parece establecerse mas por esta misma ley, pues aunque el edificio obste al uso público, con todo si la universidad no quiere derribarlo, lo podrá destinar para utilidad de la misma, siempre que esté construido en solar de la poblacion: y lo mismo se aprueba en la l. 5. §. 1. D. *de op. pub.* Deberémos pues, decir, que competen á la universidad tres remedios contra los que edifican ó construyen nuevas obras en terreno público, á saber, el de derribar el edificio, ó imponer un censo, ó apropiárselo y aplicarlo á sus usos y comodidades, si esto le reporta mayor utilidad, que el dejarlo á disposicion del que lo ha construido bajo cierta pension anual: podria creerse tambien que por esta nuestra ley no se reprueba la interpretacion de Odofredo y Juan de Plat., quienes hablan del caso en que la cosa se deja en poder del que la ha edificado, mediante la imposicion de un censo; lo que no podrá tener lugar, cuando el solar en que se hubiere edificado sea de los que estan destinados al uso público, aunque en este caso la ciudad estará facultada para apropiarse el edificio, y destinarlo á su comodidad, segun la presente ley, y la cit. l. 5. D. *de op. pub.* Empero, no tengo aun por acertada la opinion de los mismos; antes bien opino, que aunque el edificio se haya construido en terreno de uso público, con tal que este no haya quedado del todo impedido, podrá tambien cedérsele al edificante mediante la imposicion de un censo, conforme se aprueba en el cit. §. 17. de la l. 2. D. *ne quid in loc. pub.*

(105) Conc. l. 6. C. *de op. pub.*, y l. 7. tit. 29. de esta Part.

(106) V. l. 22. de este tit. y Part.

(107) Añad. cap. *nulla*, 12. cuest. 1., asi como el palacio del Príncipe debe estar tambien aislado de las casas de los particulares, l. 17. C. *de op. pub.*, á fin de que no puedan escudriñarse sus secretos ó los de su consejo, segun lo refiere allí Aug.

(108) *Nolite facere domum Patris mei domum negotiationis*, Joan. cap. 2. vers. 16.

(109) Por derecho comun está destinada para obras del edificio de la iglesia la cuarta parte de los diezmos y demas ofrendas que se

gar poblado, deuelo mantener, e labrar (110), de guisa que non se derribe por culpa, o por pereza del; mas de nueuo (111) non es tenudo de lo fazer, si non quisiere: fueras ende, si el se otorgasse, o fiziesse pleyto, o postura de fazer casa, o Torre en algund logar; o si heredasse bienes de alguno, que gelo mandara fazer. Ca estonce es tenudo de cumplir la postura que fizo, o el mandamiento del testador. Otrosi dezimos, que casa, o Torre queriendo alguno fazer de nueuo en lo suyo, puedelo fazer, dexando tanto espacio de tierra (*k*) fazia la carrera, quanto acostumbraron (112) los otros sus vezinos de aquel logar; e puedela alçar quanto se quisiere, guardandose todavia, que non descubra mucho (113) las casas de sus vezinos.

(*k*) fasta la carrera Acad.

LEY 26. *Como deue cobrar las missiones, o ganar la parte de los otros, el que reparo la casa, o el edificio, que auia con otros de comun.*

Torre, ó casa, o otro edificio qualquier, auiendo muchos aparceros de so vno, si es-

hacen á la misma, cap. *quatuor*, cap. *cognovimus*, y cap. *de redditibus*, 12. cuest. 2.; en el dia, empero, se ha variado esto por la costumbre, debiendo observarse lo que por esta se ha introducido, como dice Abb. en el cap. 1. *de eccles. ædif.* ¿Y los legos estarán obligados á reparar la iglesia? V. glos. en el cit. cap. *quatuor*; Abb. en d. cap. 1., donde puede verse quienes estan obligados á ello y en qué terminos, y añad. lo que decide Domin., siguiendo á Juan Andr. en el cap *si propter tua debita*, *de rescript.*, lib. 6. col. 2., y la glos. al cap. *decernimus*, 10. cuest. 1. y cap. *si monachus*, 16. cuest. 1. Y lo recaudado para la fábrica de la iglesia, no puede invertirse para ornamentos de la misma: véase Abb. al cap. ult. *de testam.* — * V. las adics. á las notas 90. y 95.

(110) Conc. ll. 8. C. *de ædif. priv.*, y l. 46. D. *de damn. infect.*, y véase allí Ang., y señaladamente Cepol. en el trat. *de serv. urb. præd.*, cap. 39. *de refectione*, col. 1. y 2. ¿Qué deberá decirse, empero, cuando el dueño de un edificio no tenga los medios suficientes para repararlo? V. Specul. tit. *de satisdat.*, §. *est quoque*, y Cepol. en el lug. cit.

(111) Tampoco estaria obligado á renovar la casa, si estuviese enteramente destruida, de modo que no quedase mas que el solar; pues esto seria lo mismo que obligarle á construirla de nuevo, l. 1. §. 13. D. *de nov. op. nunt.*, y l. 83. §. 5. D. *de verb. oblig.*, y asi lo defiende Cepol. en el lug. cit.; donde propone tambien los casos en que puede obligarse á uno á edificar de nuevo; otro de los cuales será, segun la presente ley, cuando alguno lo haya prometido por convenio, ó asi le haya sido prescrito por la voluntad del testador transmitente: con otros que pueden verse en las ll. 8. y 33. D. *de serv. urb. præd.* Cuando, empero, se haya procedido á la particion de una casa que era comun á varios, ¿podrá cada uno pedir que se construya en ella una pared divisoria que prive la comunicacion entre los condueños, aun cuando se opongan los demas? V. Luc. de Pen. á la l. 2. C. *de metat. et epid.*, quien pretende que podrá obligarse efectivamente á la construccion de la pared comun.

(112) No recuerdo que por derecho comun hubiese una disposicion tan espresa; pues solo se hallaba previsto ese caso en la l. ult. D. *fin. reg.*; debiendo observarse lo dispuesto en ella, no solo respecto de los predios rústicos, sino tambien respecto de los urbanos, conforme lo declaran Az. en la suma C. *de ædific. priv.*, y Cepol. en el trat. *de serv. urb. præd.*, cap. 40. *de pariete*, y cap. 61. *de menianis*: pero en d. l. ult. nada se decia, como en la presente de Partida, para el caso de construirse un edificio inmediato al camino público; y se referia tan solo aquella al caso de edificarse junto á la casa de otro, no mediando el camino público: asi pues cuando se edifica junto á este, debe observarse la costumbre, conforme á la presente ley, y dejarse el espacio suficiente para que pueda transitar un carruage, l. unic. §. 3. D. *de via publ.*, y acerca de la necesidad de guardarse sobre el particular la costumbre establecida, añad. las ll. 1. y 3. C. *de ædif. priv.* ¿Podrá, empero, el dueño de la casa ó solar, sobre el cual cae el estilicidio de la mia, levantarla á mayor altura, ó bien edificar en dicho solar si no estuviere edificado? V. l. 2. §. 3. y sig. D. *de serv. urb. præd.*, cuyos textos parece que envuelven contradiccion; pudiendo verse el modo con que los interpreta y concilia Cepol. en el trat. C. *de serv. stillicid.*, que se halla en el cap. 28. trat. *de serv. urb. præd.*, cuest. 7., 8. y 9.

(113) Laudable disposicion es esta, ya que por derecho comun podia levantarse un edificio cuanto se quisiese, por la razon de ser libre el solar hasta el cielo, l. 8. C. *de servit.*, l. *ædibus*, y l. ult. D. *de serv.*, [en todo el tit. citado aqui, ni en otro alguno del Código, ni del Digesto se encuentra ley alguna que em-

touiere mal parada (114); de guisa que se quiera caer, e alguno de los aparceros la manda labrar, e reparar de lo suyo en nome del, e de sus compañeros, faziendogelo saber (115) primeramente; tenudos son todos los otros, cada vno por su parte, de tornarle las missiones que despendio a pro de aquel lugar. Esto deue ser cumplido fasta quatro meses, del dia que fuere acabada la lauor, e les fue demandado (116) que gelo pagassen. E si assi non lo fiziessen, pierden las partes que auian en aquellas cosas do fizieron la lauor, e fincan libres, e quitas (117) aquel que las reparo de lo suyo. Pero si este que faze la lauor, la ouiesse fecho a mala fe, non lo faziendo saber a sus compañeros; mas reparando, o labrando el logar que auia con los otros, o faziendo y alguna cosa de nueuo en su nome, assi como si toda fuesse suya (118); deue perder estonce las missiones (119) que fizo en la lauor; e lo que es y labrado de nueuo, deue fincar comunalmente a todos los compañeros.

piece por la palabra *ædibus*, por lo cual no nos es posible determinar á que texto se refiere el glosador con esta cita] y la glos. á la l. 11. D. *de serv. urb. præd.*, á no ser que por estatuto ó costumbre estuviese limitada la elevacion que podia darse á los edificios, l. 1. C. *de ædif. priv.*; y tambien esceptúa muchos otros casos Cepol., á quien puede verse en el trat. *de serv. urb. præd.*, cap. 39. donde trata muy notablemente lo relativo al área ó solar, y véase Paul. á la cit. l. 8. De todos modos deberá tenerse presente esta nuestra ley de Partª, en cuanto dispone que aun en el caso de no estar un predio gravado con servidumbre alguna, ni haber estatuto ni costumbre que impida al dueño el edificar á la altura que le acomode, deberá no obstante, abstenerse de dominar demasiado los predios ó casas vecinas, por no ser conveniente que puedan sorprenderse los secretos interiores de las familias.

(114) V. Paul. de Castr. á la l. 8. D. *de serv. urb. præd.*, l. 5. tit. 4. lib. 3. del Fuero de las leyes, y Alex. consil. 168. hácia el fin, vol. 2.

(115) No considero que esto sea necesario; con tal que conste de otra parte, que se realiza la obra en nombre comun; asi lo interpreta Ang. á la l. 4. C. *de ædif. priv.*, de la cual se ha tomado la presente: y asi deberá considerarse ser un mero y prudente consejo lo que se espresa aqui, de hacer saber á los demas socios antes de empezarla, la obra de reparacion que trate de realizar alguno de ellos, á fin de que se sepa que no se edifica con intencion de usurpar para sí lo que se posee en comunion: en cual concepto prevenia tambien Ang. que, al emprenderse semejantes obras, no dejase de protestarse que se las iba á hacer en nombre de todos los demas. ¿Qué dirémos, empero, cuando no se hubiere hecho semejante protesta, y ocurriere despues la duda, de si el que hizo la obra la hizo en nombre propio ó en el suyo y en el de los demas condueños? Todavía deberá presumirse esto último, ya que todos estaban en dicho caso igualmente interesados en la obra practicada, l. 5. §. 1. y l. ult. D. *quand. ex fact. tut.*; de lo contrario deberia entenderse que el que ha procedido á la reparacion quiso hacer de su cuenta particular los gastos de la misma; y esto no se presume, sino cuando no puede conjeturarse otra cosa, l. 25. princ. D. *de prob.*, y l. 50. D. *de sol.*; ó bien deberia atribuírsele la intencion de usurpar la parte de los consocios; lo que tampoco se presume en caso de duda, l. 51. D. *pro soc.* Asi lo sostiene Alex. consil. 168. vol. 2.; y véase la glos. á la l. 52. §. 10. D. *pro soc.*, en la palabra *consequuntur*, la que decide que si uno edificó en su nombre, se supone que condona la parte de gastos correspondiente á los demas: mas si no constare que haya hecho las obras únicamente en su nombre, en este caso debe seguirse lo que se ha dicho antes.

(116) Téngase esto presente; pues en la cit. l. 4. C. *de ædif. priv.*, no se declara desde cuándo principian á correr los cuatro meses.

(117) Y el dominio queda transmitido *ipso jure*, l. 52. §. 10. D. *pro soc.*, y la glos. allí, mas nó la posesion, ni civil, ni natural, segun lo defienden en d. Ing. la glos. y Abb.

(118) Esto es, con intencion de apropiarse la parte de los otros, l. 5. C. *de ædif. priv.*, de la que deriva la presente.

(119) Si se hallare, empero, en posesion del edificio, ¿podrá permitirle el juez por equidad que detraiga las mejoras ó gastos útiles que en el mismo hubiere hecho? V. Salic. á la l. 5. C. *de rei vind.*, y á la cit. l. 5. C. *de ædif. priv.*

FIN DE LA PARTIDA TERCERA.

TABLA

DE LOS TÍTULOS Y LEYES DE LA TERCERA PARTIDA.

La tercera Partida, que fabla de la Justicia, como se ha de facer ordenadamente en cada lugar por palabra de juicio, e por obra de fecho; la cual contiene XXXII *Titulos.*

Item DXLIII *Leyes.*

TÍTULO III.

TÍTULO V.

TÍTULO VI.

TÍTULO VII.

TÍTULO VIII.

TÍTULO XIII.

TÍTULO XIV.

TÍTULO XV.

TÍTULO XVI.

TITULO XVII.

TITULO XVIII.

TÍTULO XIX.

TÍTULO XX.

TÍTULO XXI.

De los Consejeros. alli.

TÍTULO XXII.

De los Juyzios, que dan fin, e acabamiento a los pleytos. 511

TÍTULO XXIII.

De las Alçadas que fazen las partes, quando se tienen por agrauiadas de los Juyzios que dan contra ellos. 566

TÍTULO XXIV.

TÍTULO XXV.

TITULO XXIX.

TÍTULO XXX.

TÍTULO XXXI.

TITULO XXXII.

AQUI COMIENZA

LA QUARTA PARTIDA,

Que fabla (*a*) de los Desposorios, e de los Casamientos.

Honrras señaladas (1) dio nuestro Señor Dios al ome, sobre todas las otras criaturas quel fizo. Primeramente, en fazerlo a su ymagen (2), e a su semejança, segund el mismo dixo (3) ante que lo fiziesse, en darle entendimiento de conoscer a el (4), e a todas las otras cosas; e saber *b*) entender (5), e departir la manera dellas, cada vna segund (*c*) conuiene. Otrosi honrro mucho al ome, en que todas las criaturas, que el auia fecho, le dio para su seruicio (6). E sin todo esto, ouole fecho muy grand honrra; que fizo muger (7), que le diesse por compañera, en que fiziesse linaje; e establescio el casamiento dellos ambos en el Parayso; e puso ley (*d*) ordenadamente entre ellos, que assi como eran de cuerpos departidos segund natura, que fuessen vno quanto en amor (8), de manera, que non se

(*a*) de las desposajas Tol. 2.
(*b*) et entender Acad.
(*c*) es. Acad.

(*d*) naturalmiente ordenada entre ellos, Acad.

(1) Hablando de la escelencia de la humana naturaleza dice S. Gregorio *lib.* 9 *moral. cap.* 36; que aunque todo haya sido creado por el verbo coeterno del Padre, sin embargo en la misma historia de la creacion se manifiesta la preferencia del hombre sobre todos los animales y sobre los mismos cuerpos celestes. Para todas las cosas bastó la sola palabra de Dios y quedaron hechas: mas cuando resuelve crear al hombre, como disponiéndose á ello dijo (lo que debe pensarse con reverencia), hagamos al hombre á nuestra imágen y semejanza: no se halla escrito del hombre como de las demas cosas; hágase y quedó hecho; ni le produjo la tierra como á las aves del cielo; sino que antes de su creacion, hagamos al hombre se dice; para manifestar con esto que ya que se creaba una naturaleza racional, debia preceder á la obra la reflexion ó consejo: sobre esto véas. tambien á S. Ambrosio *lib. de dignit. condit. human. cap.* 1.

(2) Véas. á S. Ambrosio en el cit. *lib. de dignit. condit. human. cap.* 2.

(3) *Genes. cap.* 1 *vers.* 26.

(4) Asi se dice en el cap. 1 de la epíst. de S. Pablo á los romanos; que por la grandeza de las criaturas puede venirse en conocimiento de su creador: *Sapient. cap.* 13 *vers.* 5; véas. á S. Gregor. *lib.* 5 *moral. cap.* 20 *al fin* y *lib.* 26 *cap.* 28; y por esto es que el hombre por ser tal, debe conocer á su autor, segun el mismo S. Gregorio prefac. del *lib. moral. cap.* 3; añad. el sumario del tit. 2 Part. 2 y l. 1 y 2 tit. 12 de la misma Part.

(5) Concedió Dios al hombre el cerebro para sentir y entender segun Bald. en la *l.* 1 §. 4. D. *de just. et jur.*; y asi es que no será hombre quien carezca de razon, cap. *si homo* 27 *quæst.* 1. El entendimiento segun Aristót. 6 *ethicor.* es un hábito del ánimo por el que conocemos los principios á que alcanza la naturaleza.

(6) *Genes. cap.* 1 *vers.* 28 *l.* 28 D. *de usur. Instit.* §. 37, *de rer. divis. l.* 23 *tit. penult. Part.* 3.

(7) *Genes. cap.* 2 *vers.* 22.

(8) Examina Sto. Tomás 2. 2. *quæst.* 26 *art.* 11 si debemos estimar mas á la consorte

pudiessen departir, guardando lealtad vno a otro; e otrosi, que de aquella amistad saliesse linaje, de que el mundo fuesse poblado, e el loado, e seruido. Onde, porque esta orden del Matrimonio establescio Dios mismo por si, por esso es vno (9) de los mas nobles, e mas honrrados (10) de los siete Sacramentos de la Sancta Eglesia. E porende deue ser honrrado, e guardado, como aquel que es el primero, e que fue fecho, e ordenado por Dios mismo en el Parayso (11), que es como su casa señalada. E otrosi, como aquel que es mantenimiento del mundo (12), e que faze a los omes beuir vida (e) ordenada naturalmente, e sin pecado (13), e sin el qual los otros seys Sacramentos non podrian ser mantenidos, nin guardados. E por esso lo pusimos en medio de las siete Partidas deste libro; assi como el coraçon es puesto en medio (14) del cuerpo, do es el spiritu del ome, onde va la vida (15) a todos los miembros. E otrosi como el Sol que alumbra todas las cosas, e es puesto en medio de los siete Cielos, do son las siete estrellas, que son llamadas Planetas. E segund aqueste, pusimos la Partida que fabla del Casamiento, en medio de las otras seys Partidas deste libro. Porque assi la primera, que habla de (f) todas las cosas que pertenescen a la Fe Catholica, que faze al ome conoscer a Dios por creencia, e tambien la Ley de nuestro Señor Jesu Christo, que es la espada spiritual que taja los pecados encubiertos. Como la segunda, que fabla de los grandes Señores, que es la temporal, que taja poderosamente los males manifiestos (16), e (g) deuedados. Como la tercera, que muestra la justicia, que

(e) ordenadamente et sin pecado, Acad.

(f) de la ley de nuestro señor Jesu Cristo, que es la espada Acad.

(g) denodados; Acad.

que á los padres? y resuelve que considerada la bondad que es objeto del amor, mas deben estimarse los padres que la muger, porque es mas eminente el bien que nos escita á estimar á aquellos; pero considerada la union, mas afecto se debe á la muger porque forma un mismo cuerpo con el hombre, segun lo que se lee en S. Mat. *cap.* 19 *vers.* 6 hablando de los esposos que no son dos sino una misma carne; y por esto es que se debe á la consorte amor mas intenso, pero á los padres mayor reverencia.

(9) Anton. de But. en el cap. *quanto*, *de divort.*, 4 not. resuelve que por el sacramento del matrimonio se imprime carácter.—* Véas. can. 9 ses. 7 Conc. trid., y añad. que las segundas bodas estan aprobadas por la Iglesia.

(10) El matrimonio se llama sacramento grande en el *cap.* 5 *vers.* 32 de la carta de S. Pablo á los de Efes.; véas. el cap. *ad abolendam*, 9 *de hæret.*

(11) Véas. el *cap.* 2 *vers.* 8 *Genes.*

(12) El matrimonio conserva la humana especie, segun se dice en la autent. *de nupt.*, al princ.

(13) Véas. *l.* 9 *tit.* 2 de esta Part.

(14) El continente y el contenido deben guardar proporcion entre sí; y sirve esto para probar que el Rey que es el corazon y el alma de su pueblo segun se dice en la l. 5 tit. 1 Part. 2, debe tener su morada y tribunal en medio del reino; y por esto Jesucristo Rey de reyes dijo en S. Luc. *cap.* 22 *vers.* 27, yo estoy en medio de vosotros como para serviros. Los vasallos no deben buscar al Rey fuera del reino para los negocios que ocurran, segun la l. 35 §. 2 vers. *cæterum*, D. *de procurat.*, como lo dice tambien Andr. de Isern. *de prohib. feudi alien. per Freder.*, al princ. col. 6 vers. *satis videtur;* y por esto el Señor para manifestar que estaba en medio de su pueblo como lo profetizó Joel cap. 2., obró nuestra redencion en medio de la tierra; salm. 73. vers. 12.

(15) Segun Aristóteles lib. 3. *de partib. animal.*, el corazon es fuente de todos los sentidos, de la vida y de la sangre.

(16) No es el juez terreno sino el celestial quien castiga los delitos ocultos, porque él es el que conoce y juzga las cosas secretas segun el cap. *erubescant*, dist. 32. donde lo nota Doming.; asi pues, la Iglesia no juzga los delitos secretos como se dice allí y en el cap. *christiana*, 32. cuest. 5., en el cap. *consuluisti* 2., cuest. 5., y en el cap. *non omnia*, 6. cuest. 1.: pues no deben publicarse las cosas ocultas imposibles de probar, segun la glos. en el cap. *scripturis*, dist. 96.; y dice Abb. en el cap. *novit*, *de judic.*, que sobre delitos ocultos conocidos solamente del denunciador, no puede el juez formar diligencia alguna judicial; ni puede negar los sacramentos á aquel contra quien recayó la denuncia; ni tampoco comprenderle en una escomunion general; conformándose con esta doctrina Andr. Sicul. col. 77. allí. Se dice oculto lo que no puede demostrarse, como nota el abad en el cap. *ex litterarum*, *de tempor. ordinat.*, y en el cap. *vestras*, *de cohabit. cleric. et mulier.* Doming. y Alexandrin. en el cit. cap. *erubescant*. La glos. por el texto del cap. *inquisitionis*, §. *tertiæ*, *de accus.*, dice que no deben formarse pesquisas ni admitirse juramentos sobre hechos ocultos; pues antes de

es dada por juyzio a los omes, para meter amor, e paz entre ellos. E avn la quinta, que fabla de todas las cosas que los omes ponen entre si, a plazer de ambas partes, de que nasce despues enxeco, que se a de librar por derecho. E otrosi como la sesta, que fabla de las Herencias, que los omes heredan por linaje, o por manda de testamento. E avn la setena, que muestra como se deuen escarmentar todos los males, que los omes fazen por voluntad de la vna parte, e a pesar de la otra, ninguna destas non se podria complir derechamente, si non por el linaje, que sale del casamiento, que se cumple por ayuntança de ome, e de muger. E por esso lo pusimos en la quarta Partida deste libro, que es en medio de las siete; assi como puso nuestro Señor el Sol en el quarto Cielo, que alumbra todas las estrellas, segund cuenta la su Ley. Onde, pues que en la tercera Partida deste libro auemos fablado de la Justicia que se faze ordenadamente por seso, e por sabiduria, faziendo los omes beuir en paz, e dando a cada vno su derecho por premia de juyzio: queremos dezir en esta quarta Partida, de la justicia, que deue ser mantenida, e guardada en los casamientos, que ayuntan los omes unos con otros (*h*) con auenencia de amos. E mostraremos de los Desposorios. E de los Casamientos. E de las condiciones que ponen los omes por razon dellos. E de los embargos que en ellos nascen por parentesco, o por cuñadez, o por compadradgo, o por fijamiento, e por otra manera qualquier. E de si fablaremos de las acusaciones, e del departimiento de los casamientos. E de las arras. E de las dotes. E de las donaciones que los omes fazen por razon dellos. E de los fijos legitimos. E de los otros, de qual (*i*) natura quier que sean. E del poderio que los padres han sobre ellos. E del debdo que es entre los criados, e los que los crian. E entre los sieruos, e sus dueños. E entre los Señores, e los vasallos. E sobre todo mostraremos, del debdo que los omes han entre si por naturaleza, o por amistad.

(*h*) por avenencia de amor: Acad.

(*i*) manera Acad.

TITULO I.

DE LOS DESPOSORIOS.

Desposorio es la primera postura, que los omes acostumbran de poner entre si por razon de casamiento (1). E porende, pues que en el comienço desta Partida, fezimos emiente de los desposorios, queremos dezir en este Titulo dellos. E mostrar, que cosa es Desposorio, e onde tomo este nombre. E quantas maneras son dellos. E como deuen ser fechos, e de que hedad deuen ser los que se desposan. E quien ha poder de apremiar a los desposados, que cumplan el casamiento. E en que manera les deue ser fecha esta premia. E por que razon se pueden desfazer los desposorios. E que cu-

aquellas debe aparecer menoscabada la fama del denunciado: añad. á este propósito lo que se lee en la carta 1. á Timot. cap. 5. vers. 19., á saber; que no debe recibirse acusacion contra un presbítero á no venir confirmada con dos ó tres testigos; pues lo que no puede probarse no debe publicarse, segun la glosa en el cap. *hinc etenim*, dist. 49.; y la misma glos. notablemente en el cap. *si quis Papa*, dist. 79. dijo; que aunque por el delito de lesa magestad debe ser castigado el que sabe la traicion y no la revela segun la l. 4. al fin C. *ad leg. Jul. majest.*, y allí los DD. y Bart. en la l. 6. D. *ad leg. Pomp. de parric.*; sin embargo si el denunciante no pudiese probar su denuncia, será escusable su silencio: añad. ademas la glos. notable en el cap. *quisquis*, 2. cuest. 1., y en el cap. *plerumque*, 2. cuest. 7., y lo que dice el abad en el cap. *si sacerdos*, col. 1. *de offic. ordin.* La iglesia militante tiene poder de atar los delitos ocultos, aunque no los juzga nominalmente el tribunal eclesiástico: véase la glos. notable en la clement. 1. §. penúlt. *de hæret.*; y á favor de esta doctrina obra el texto de la misma clement. segun el abad en el cit. cap. *si sacerdos*.

(1) De esta manera se distinguen los esponsales y el matrimonio, y por esto las leyes ó estatutos que señalan penas contra los matrimonios clandestinos ó celebrados en dia determinado, no comprenden los esponsales; y aunque estos sean de presente, indican sin embargo el matrimonio futuro como lo dice Bald. en la l. 1. lect. 2. C. *de sponsal.*; pues no es lo mismo ser ya alguna cosa, ó esperar que sea, segun la l. 15. al princ. D. *de pignor.* Esto mismo tendria lugar aun cuando el esposo consumase los esponsales con la cópula como dice Card. en el cap. *is qui fidem*, *de sponsal.*, y sirve al intento lo que nota Bald. en la l. 20. al fin C. *de furtis*, vers. *quæro numquid*, donde espresa que el derecho comun no se estiende á los delitos que por ficcion señalase algun estatuto, porque menor fuerza tiene aquella que la verdad, l. 3. §. 6. D. *de negot. gest.*; añad. á lo dicho el texto

ñadia nasce a los omes dellos, que (a) embarga los casamientos.

LEY 1. *Que cosa es Desposorio, e onde tomo este nombre.*

Llamado es Desposorio, el prometimiento (2) que fazen los omes por palabra, quando quieren (b) casar. E tomo este nome, de vna palabra que es llamada en latin spondeo, que quiere tanto dezir en romance, como prometer. E esto es, porque los Antiguos (3) ouieron por costumbre, de prometer cada vno a la muger con quien se queria ayuntar, que casaria con ella. E tal prometimiento, como este de desposorio se faze tambien, non seyendo delante (4), aquellos que se desposan, como si lo fuessen, e non se repentiendo aquel que embio el mandadero, o el Personero, ante que el otro a quien lo embia aya consentido. E esto ha lugar señaladamente en los Desposorios, e en los Casamientos. Mas en otros pleytos (c) de promessa, que algun ome fiziesso (a que llaman en latin stipulacion) en lugar de otro, que non estouiesse delante, non valdria. Ca comunalmente, ninguno non puede (d) obligarse a otro (5), que non estouiesse delante; por su prometimiento, en la manera que sobredicha es; si non fuere de aquellas personas, que manda el Derecho.

LEY 2. *Quantas maneras son de Desposorios, e como deuen ser fechos.*

Desposorios se fazen en dos maneras. La vna dellas se faze por palabras, que muestra el tiempo que es por venir. La otra por palabras, que demuestra el tiempo que es presente. La que demuestra el tiempo que es por venir, se puede fazer en cinco maneras (6). La

(a) les embarga Acad.
(b) casarse: Acad.

(c) promesa que Acad.
(d) obligar á otro Acad.

notable de la l. 10. D. *de his qui not. infam.*, en vista del cual dicen Bald. y Ang. que no pierde la madre la tutela de su hijo por haber contraido esponsales, citando al intento á Specul. tit. *de tutor.*, §. *nunc videndum*, y allí dice tambien Ang. que la madre no quedará sujeta á las penas que señala la autent. *eisdem*, C. *de secund. nupt.* Sobre el particular véas. lo que dice el abad en el cap. *ex publico, de convers. conjug.*, en la rub. *de sponsal.*, en el cap. *si inter virum*, del mismo tit. en el cap. 2. *de spons. duor.*, y en el cap. 1. col. penúlt. *de postul. prælat.*; véas. tambien á Bald. en la l. 5. C. *de bonis quæ liber.*, y en la l. 56. C. *de episcop. et cleric.*, col. 3., donde se hace distincion entre materias odiosas y favorables, y cuando el matrimonio es prohibido perpetua ó temporalmente, l. 16. D. *de sponsal.* Asi pues, la l. 2. tit. 15. lib. 8. *ord. real.*, que sujeta á la pena de adulterio á la esposa, debe entenderse segun sus palabras de la esposa de presente, como se lee tambien en la l. 81. *de Toro*, que es la 4. tit. 28. lib. 12. *Nov. Rec.*, lo que no tendria lugar en la esposa de futuro; ni á lo dicho sirve de obstáculo la l. 13. §. 3. D. *de adulter.*, cuyo sentido no es que la cópula de que allí se habla pueda acusarse como verdadero adulterio; sino mas bien que el esposo puede intentar la accion de injurias por la muy grave que sufrió, atendida la esperanza del matrimonio, como lo enseña Diego de Covarrubias varon muy sabio *trat. matrim.*, cap. 1. part. 1. vers. 2. *ex his patet.*

(2) Concuerd. l. 1. y las dos sigs. D. *de sponsal.*; añad. cap. *nostrates*, 30. cuest. 15. Si alguno dijere: «prometo desposarme contigo,» no se entenderá con esto haber celebrado esponsales de futuro, sino haber empeñado una sola promesa para contraerlos, segun Juan Andr. despues de Vicente en el cap. *si inter virum*, *de sponsal.*

(3) Son palabras de la cit. l. 1. D. *de sponsal.*, y como dice la glos. allí, puede muy bien contraerse matrimonio aunque no hubiesen precedido esponsales.

(4) Concuerd. l. 4. glos. ult. y l. ult. D. *de sponsal.* Entiéndase la doctrina de esta ley, mediando siempre la promesa recíproca, como se ve aqui y en la ley sig. y en la 5. D. *de sponsal.*, pues si prometiendo el uno no lo hiciese igualmente el otro, ni manifestase su asentimiento; no habria esponsales; como tampoco hubiera matrimonio con esta discordancia de voluntades segun el cit. cap. *si inter virum*, *de sponsal.*, y allí Juan Andr.; véas. el Abad en el cap. *dilectus*, del mismo tit., á Jas. en la l. 35. D. *de verborum oblig.*, y al Doctor de Palac. Rub. en la repet. del cap. *per vestras*, col. 236. *in formis minoribus.* Tambien el matrimonio puede celebrarse entre ausentes por medio de procurador, cap. ult. *de procurator.*, lib. 6.

(5) Añad. l. 13. tit. 11. Part. 5. con lo que allí se dirá.

(6) Añad. á Host. Juan Andr. y el Abad en el cap. 1. *de spons. duor.* — * Adviértase que segun lo mandado en la l. 18. tit. 2. lib. 10. *Novis. Rec.*, en ningun tribunal eclesiástico ni secular de los dominios de España, se pueden

primera (7) es, como si dixesse el ome a la muger: Yo prometo que te recibire por mi muger; e ella dixesse: Yo te recibire por mi marido. La segunda es, quando dize: Fagote pleyto (8), que casare contigo; e la muger dize a el esso mesmo. La tercera es, quando juran (9), el vno al otro, que se casaran en vno, como si dixiesse: Yo juro sobre estos Euangelios, o sobre esta Cruz, o sobre otra cosa que casare contigo. La quarta es, si le da alguna cosa, diziendo assi: Yo te do estas arras (10), e prometo, que casare contigo. La quinta es, quando le mete algun anillo (11) en el dedo, diziendo assi (12): Yo te do este anillo, en señal que casare contigo. La segunda destas dos maneras, que dize en el començamiento desta ley, que es por palabras que demuestran el tiempo que es presente, se faze desta guisa (13), como quando dize el ome: Yo te rescibo por mi muger; e ella dize: Yo te rescibo por mi marido; o otras palabras semejantes destas, assi como si dixiesse; Yo consiento en ti como en mi muger, e prometo (14), que de aqui adelante te aure por mi muger; e te

admitir demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraerlos, y prometidos por escritura pública; y en este caso debe procederse en ellas, nó como asuntos criminales ó mistos, sino puramente civiles.

(7) Esta fórmula y la segunda parecen ser iguales, pudiendo solo considerarse una diferencia en cuanto en la primera se celebran los esponsales por medio de estipulacion, y en la segunda por simple pacto, pues es sabido que los esponsales pueden celebrarse mediante estipulacion como se indica aqui y lo nota la glos. 1. en la cit. l. 1. D. *de sponsal.*, y Az. en la suma C. del mismo tit. ¿Si la muger que prometió contraer matrimonio se retractase despues, qué accion competará al esposo atendida la estipulacion precedente? La glosa en la cit. l. 1. dice que podrá demandar el interese; y lo mismo sostiene en la l. 134. D. *de verbor. oblig.*, aunque lo contrario sostiene la otra glos. en la l. 35. D. del mismo tit. diciendo Din. para concordar estas sentencias encontradas, que la primera habla de los daños ocasionados por la estipulacion, como si hubiese gastado para convites ó hubiese hecho otras impensas, que podrán repetirse; al paso que la segunda se refiere á las ganancias que el esposo debia reportar del matrimonio, cuales no podrá reclamar; y esta distincion es justa y verdadera segun Bald. en la cit. l. 1., aunque las glosas citadas hablasen igualmente de las ganancias.

(8) O con simple promesa ó firmando pleito homenage, como sucede entre los nobles, sin comprenderse en las palabras de la ley la prestacion de la fe, segun el cap. 2. y 30. *de sponsal.*, porque este caso se comprende en la prestacion del juramento de que se habla en el núm. que sigue.

(9) Véas. caps. 5. 10. y 15. *de sponsal.*, y cap. 3. *de condit. apposit.*, observándose esto cuando la Iglesia puede hacer coaccion á los que faltaren al juramento; y lo propio tendria lugar cuando los esposos se hubiesen dado su palabra segun el cap. 2. *de fidejussor.*, como lo nota Abb. en el cap. 2. *de sponsal.*

(10) L. 13. C. *de sponsal.*

(11) Véas. cap. 11. *de despons. impub.*

(12) El acto de poner el anillo, no importaria obligacion alguna, á menos que las palabras que le precedieron ó subsiguieron, manifestasen la intencion de contraer matrimonio ó esponsales, segun Juan Andr. y Abb. en el citado cap. ult. *de despons. impub.*, y el texto, la glos. y DD. en el cap. *illud*, *de præsump.*

(13) Hé aqui las palabras con las que se contrae matrimonio ó esponsales de presente; añad. el cap. 31 *de sponsal.* Si las palabras con que se espresó el consentimiento fuesen ambiguas, en este caso véas. lo que dicen Host., Juan Andr., Anton. y el Abad en el cap. *ex litteris*, *de sponsal.*, y Spec. en el mismo tit. al princip. col. 2.—* Los esponsales de presente, que con propiedad solo debieran llamarse matrimonios, despues de abolidos los clandestinos por el Conc. trid. cap. 1. *ref. matrim.*, ses. 24., deberán celebrarse con los requisitos que el mismo concilio prescribe en el lug. cit.

(14) De lo que dice aqui la ley parece desprenderse que con las palabras *prometo que de aqui adelante te aure por mi muger*, no se contrae matrimonio de presente, á no añadirse las palabras puestas anteriormente; *yo consiento en ti como en mi muger.* Mas á pesar de esto se prueba la doctrina contraria en el cap. 9. *de sponsal.*, y asi lo defiende la glos. en el cap. *si quis divinis*, 30. cuest. 5.; y aun pasa mas allá esta glos. pretendiendo que hay verdadero matrimonio de presente, aun cuando falten las palabras *prometo que de aqui adelante* etc.; sosteniendo esta misma opinion el abad en el cit. cap. 9. y siguiéndola tambien los DD. sobre aquel cap.; porque no puede ser considerada muger alguna como consorte legítima, á no preceder el matrimonio, y por esto es que quien quiere lo consiguiente se entiende haber querido asimismo el precedente necesario; l. 77. D. *de acquirend. hæredit.* Contra lo que acabamos de decir obra

guardare lealtad; e respondiesse ella en essa misma manera. E esta manera atal mas es de casamiento, que de desposajas (15), como quier que los omes vsan a llamarla Desposorio.

LEY 3. *De los Desposorios que se fazen por palabras de presente; por que razones son Desposajas, e non Casamiento.*

Palabras, dizen los omes, de presente en sus desposajas, que como quier que semejan de matrimonio, non son si non (e) desposajas. E esto seria, como si dixiesse el varon: Yo te rescibo por mi muger, si pluguiere a mi padre (16); e esso mismo seria, si la muger lo dixiesse al varon. E por esta razon es desposajas, e non casamiento, porque quando alguno pone su (f) casamiento en aluedrio de otro, non valdria el pleyto que fiziesse, si el otro non lo otorga. E otro tal seria, si el pusiesse en el desposorio alguna condicion (17), que non seria matrimonio, a menos de la cumplir. Otrosi, quando acaesciesse, que algunos non ouiessen hedad complida para casar, e ouiessen siete años (18), o dende arriba; si se desposassen por palabras de presente, segund que dize en la ley ante desta, non seria porende casamiento, mas desposorios (19). Ca en tal razon como esta, non han tanto de catar la fuerça de las palabras, como lo que manda el Derecho guardar. Pero si estos atales durassen en esta voluntad fasta que ouiessen hedad complida, non lo contradiziendo alguno dellos,

(e) de Acad.

(f) consentimiento en Acad.

el texto de la autent. *quibus mod. natur. effic. legit.*, §. *quoniam autem*, col. 6., si bien allí el futuro *habituros*, que es verdadero futuro, en el cit. cap. 9., parece indicar mas bien un acto de presente: asi pues, si las palabras que manifiestan la ejecucion se añadiesen á una promesa de futuro, como si se dijere «prometo que me casaré contigo y que te tendré por mi legítima esposa,» en este caso las palabras primeras vienen limitadas por las segundas, entendiéndose unas y otras para cuando el matrimonio quedará celebrado; l. ult. §. 1. D. *de vin., tritic. et oleo leg.*, y asi lo esplican Juan Andr., el abad y los DD. en el cit. cap. 9., y lo enseña tambien Alex. concil. 153. col. 2. vol. 5. Si alguno dijere «juro y prometo que jamas tendré otra muger que tú» en este caso Specul. tit. *de sponsal.*, al princ. dice que no se contrae matrimonio de presente por las palabras citadas, y véas. tambien á Alex. consil. 152. col. 2. vol. 5., y añad. lo que notan Bart. y DD. en la l. 4. C. *de transact.*, donde véas. á Jas.: por el contrario si se dijese «no quiero á nadie mas que á tí por esposa mia,» en este caso segun Specul. lug. cit. col. 2. pareceria celebrarse matrimonio de presente, porque de presente dice que quiere por su esposa á la muger; sin embargo Abb. sobre el cit. cap. 9. al fin, pretende tambien que se contrae matrimonio de presente por las palabras «no tendré otra muger etc.» Por lo que á nosotros toca creemos mas probable la opinion de Specul. que tambien sigue Anton. en el predicho cap. 9., á no ser que de otras circunstancias pudiese colegirse la intencion de contraer matrimonio de presente, lo que es conforme tambien con la opinion de Ang. lug. cit.

(15) Con respecto al vínculo del matrimonio, se llaman impropiamente esponsales ó desposajas; pero respecto á la consumacion de aquel como ambos contrayentes miran á lo futuro, pueden llamarse verdaderamente esponsales: asi lo sostiene el Abad en el cap. *si inter, de sponsal.*, arguyendo de esta doctrina, que los estatutos odiosos que hacen mérito de la consorte, no comprenden á la esposa de presente.

(16) Añad. cap. 5. y 6. *de condit. apposit.*

(17) Con tal que fuese honesta, segun el cap. 3. y 5. *de condit. apposit.*

(18) Antes de llegar á los 7 años no pueden celebrarse esponsales segun el cap. 1. al princ. *de desponsat. impuber.*, lib. 6., y por esto aunque al llegar á la pubertad se diesen señales de acquiescencia, no se presumiria haber matrimonio de presente como enseña Juan Andr. en el cap. ult. *de desponsat. impuber.*, salvo si hubiese mediado cópula entre los supuestos esposos, segun esplica el mismo Juan Andr. en el cit. cap. vers. *sed quid dices*, al fin col. 1. *de desponsat. impuber.*, lib. 6. Contra esta opinion dice allí Archid. que si antes de los siete años hubiesen contraido esponsales por palabras de presente, dando señales de consentimiento tácito llegados á la pubertad aun sin mediar cópula, se presumiria matrimonio de presente. Como quiera parece mas cierta la opinion de Juan Andr. como se desprende de una decision de la Rota que comienza, *dubitatur si duo infantes*, 464. *in novis.*; mas á pesar de esto la opinion de Archid. sostenida tambien por Doming. Franc., es la comun y parece aprobarse en la presente ley.

(19) Concuerda cap. *unicum* §. *idem quoque*, *de desponsat. impub.* lib. 6 y cap. *ult. de desponsat. impub.*

non seria tan solamente desposajas, mas matrimonio; quier consentiessen manifiestamente, o callando. E callando se entiende que consentirian, quando morassen (20) de so vno, o quando rescibiessen dones (21) el vno del otro, o se acostumbrassen de se veer (22) el vno al otro en sus casas, o si yogiesse con ella (23)

(20) Segun esto pues, si bien por lo comun celebrados esponsales de futuro, cuando de las palabras é intencion de los contrayentes, y atendidas las disposiciones del derecho, no pasen aquellos á ser verdadero matrimonio por haber llegado los esposos á la pubertad, por mas que hubiesen intervenido cualesquiera señales manifestativas de un consentimiento tácito, segun lo dice Abb. en el cap. *ul. de Sponsal. vers. sed quæro*, citando el cap. *últ. de matrim. contract. contra interdict. eccles.*, y lo defiende Inoc. en el cit. cap. 1; á pesar de esto cuando los esponsales se hubiesen celebrado con palabras de presente, aunque fuesen realmente de futuro segun disposicion del derecho, como cuando los impúberes celebran tales sponsales; entonces llegados á la pubertad los esposos, mediando señales manifestativas de un consentimiento tácito, pasan aquellos á ser matrimonio de presente, por mas que no hubiere mediado cópula; y esto mismo se prueba en el citado cap. 1, vers. *idem quoquè*, donde veas. la glos. en la palabra *modum*, y allí lo sostiene Doming. y el Abad en el cit. cap. *ult.* y Franc. de Aret. Consil. 142. *ex facto proponitur*, y latamente Decis. Consil. 368. — * Veas. cap. 1, ses. 24, ref. matrim. concil. trid.

(21) Es conforme esta doctrina con lo que defendia el antiguo Abad y Pedro, segun refiere Juan Andr. en el cap. *últ. de desponsat. impub.*

(22) Adviértase que las señales de consentimiento tácito que indica la ley, no vienen continuadas en el cit. cap. *unic. de desponsat. impub.* lib. 6, donde en general se requiere que constase con evidencia el consentimiento: así pues, entiéndase la presente ley de aquellas señales que solo acostumbran tener lugar legítimamente y sin vituperio con las consortes ó esposas de presente, y así parece entenderse comunmente entre los teólogos 4 *sentent. dist.* 28. Mas si fuesen tales las demostraciones que por costumbre se hagan tambien á las esposas de futuro, no se presumirá por ellas el matrimonio, porque aun con estas puede no haber matrimonio, *l.* 10, *C. de probat.*; y así parece defenderlo Anton. en el cap. *attestationes*, *de desponsat. impub.* y lo defiende tambien Silvest. quien puede verse en la suma part. *matrimon.* 5, vers. 8 *quæritur*.

(23) Añad. cap. *veniens*, y cap. *is qui fidem*, *de sponsal.*, pues por la cópula pasan á ser matrimonio los esponsales de presente segun presuncion canónica, decretándose en virtud de ella, como se practica, que no se admite prueba en contrario, aunque se tome de la confesion de aquel que estaba interesado en el matrimonio; así el Abad, y DD. comunmente en el cap. cit. En el foro interno el que manifestase no haberse acercado á su esposa con ánimo marital, debe ser creido segun el propio Abad y DD. lug. cit. y Socin. consil. 18, vol. 1, afirmando Silvest. en la suma part. *matrimonium*, *cuest.* 15, que esta opinion es generalmente admitida por teólogos y canonistas, viniendo aprobada en el cap. *tua nos*, *de sponsal.* Si alguno en confesion dijere estar en duda de la intencion con que conoció á su esposa; en tal caso parece que si despues hubiese contraido verdadero matrimonio con otra muger, no debiera mandársele que se apartase de esta; antes por el contrario es lo mas seguro atenerse á la validez del segundo matrimonio, segun el cap. *juvenis*, 3 *de sponsal.* y el cap. 2, §. *item si*, *de pœnitent.* dist. 7; pues donde es necesario elegir, y amenaza un pecado en la mala eleccion, debe estarse siempre á lo mas seguro, como lo nota el Archid. de Florencia *part.* 1, *tit.* 3, *cap.* 10, §. 10; bien que tal vez debiera aconsejarse al que se hallase en este caso, que no exigiese el débito á su consorte pagándolo si fuera requerido. Si empero el que tal hizo no contrajo matrimonio con otra muger, se presumirá en el foro interno lo mismo que en el exterior, mandándose al esposo que case con la esposa que ya conoció. ¿Cuando el esposo puesto en peligro de muerte conociese á su esposa; estos esponsales se presumirán matrimonio de presente? Hostiens. en el cap. *is qui fidem*, sostiene la afirmativa, diciendo que la muger pudiera alegar violencia que no puede alegar el varon; añadiendo á este propósito Juan Andr. que la fuerza en este caso no será escusa legítima, porque ya habian precedido los esponsales celebrados espontáneamente, y lo propio sostiene el mismo autor en el cap. *sacris*, cuest. 2. *de his quæ vi metusve causa fiunt*, donde habiendo distinguido en la cuestion 1. la violencia absoluta de la condicional, añade en la segunda que la coaccion absoluta ó la verdadera violencia puede sufrirla la muger nó el varon, como se dice tambien en el citado cap. *is qui fidem*; y así aunque no habiendo mediado esponsales celebrados con libertad y sin miedo, este aun siendo condicional anula el matrimonio porque impidió el libre consenti-

como varon con muger (24).

LEY 4. *Quel matrimonio que se faze por palabras de presente, es valedero, tambien como el que es fecho por ayuntamiento del marido, e de la muger: e que departimiento ay entre ellos.*

Differencia, nin departimiento ninguno non ha, para ser el matrimonio valedero, entre aquel que se faze por palabras de presente, e el otro que es acabado, ayuntandose carnalmente el marido con la muger. E esto es, porque el consentimiento (25) tan solamente, que se faze por palabras de presente, abonda para valer el casamiento. Pero el vn matrimonio es acabado de palabra, e de fecho, e el otro de palabra tan solamente. E como quier que el casamiento sea verdadero, que es fecho en qualquier (*g*) destas maneras que

(*g*) parte destas maneras, Acad.

miento, segun el cap. *cum locum*, 14 *de sponsal.* y lo que nota Abb. en el cap. *consultationi*, del mismo tit. al fin; esto no obstante precediendo los esponsales se presume haber sufrido el varon violencia condicional, ó haberse acercado á su esposa con afecto marital y nó con apetito fornicario, puesto que no debe suponerse este delito en el esposo yá que debe cualquiera preferir la muerte antes que cometer un delito: y esta es la doctrina que debe seguirse por mas que Prepósito en el cit. cap. *is qui fidem*, col. 4, diga ser contraria á la de Hóstien. la comun opinion. Si el esposo en presencia de su esposa y consintiendo esta en la cópula, protesta no intentar contraer matrimonio de presente; en tal caso se reputa tambien matrimonio entendiendo que los esposos se apartaron de aquella protesta por la misma cópula, como lo defendió la glos. y DD. en el cap. *per tuas*, *de condit. apposit.*, y Abb. y Felin. en el cap. *cum M.*, *de constit.* ¿Los esponsales de futuro pasan á ser verdadero matrimonio por el hecho de ser llevada la esposa á la casa del esposo? Juan Andr. en el cap. *ult. de sponsal.* sostiene la afirmativa fundado en la l. 9. *D. de sponsal.*; igual doctrina defiende Bald. en la l. 6. *C. de donat. ante nupt.*, y la misma parece seguir Bart. en la l. 15. *D. de condit. et demonstrat.*; pero á pesar de esto, está en contrario la comun opinion segun afirma el Preposit. en el cap. *ült.*, y tambien Bald. el jóven trat. de dot. fol. 59. col. 2. vers. *prima combinatio*, donde sostiene que la predicha l. 9. prueba contra lo que se ha querido citar, y realmente es asi. Si precedieron esponsales de futuro por presumirlos tales la ley á pesar de haberse celebrado con palabras de presente; entonces se inferiria el matrimonio del hecho de que estamos hablando; teniendo lugar esto mismo cuando se dudase si fueron de presente ó de futuro los esponsales celebrados; procediendo en este concepto la doctrina de Bald. fundado en la cit. l. 6. *C. de donat. ante nupt.* y finalmente lo propio tendrá lugar cuando la esposa fuese llevada á la casa de su esposo con las solemnidades con que suelen serlo las verdaderas consortes: asi lo dice Abbas en el cap. *ex parte*, *de restit. spoliat.* col. *penult.* fundado en el cap. *vidua*, 4 *de regular*, é interpretando en este sentido la. l. 5. *D. de rit. nupt.*

(24) Segun la disposicion de esta ley debe la cópula ser consumada, no bastando el conato para tenerla; pero en el caso que la misma señala, basta este último aunque no haya habido la consumacion, como lo sostienen generalmente los DD. en el cap. *attestationes*, *de despons. impub.*; y la razon es porque habian precedido palabras que indicaban matrimonio de presente, por mas que el derecho las interpretase de futuro, atendida la falta de edad de los contrayentes: asi pues llegados estos á la pubertad el conato de cópula convertiria los esponsales en matrimonio, porque tal acto solo se hace inculpablemente con la consorte legítima; sirviendo á este propósito lo lo que se lee en el cap. *unic.* § 1. *de despons. impub.* lib. 6. Si tal conato tuviere efecto poco antes de llegar á la pubertad mediando solo esponsales de futuro por interpretacion de la ley segun lo que se propone aqui y en el cit. cap. 1. §. 1; entonces dice el Prepósito en el cit. cap. *attestationes*, que los esponsales pasan á ser matrimonio perfecto, lo que sin embargo no se prueba por el texto referido; deduciéndose mas bien lo contrario del sobredicho cap. 1. §. 1.; pues si realmente no hubiera bastado el consentimiento espreso antes de cumplir los catorce años segun lo nota el Abad, sobre el cap. *attestationes* glos 1.; mucho menos bastaria el consentimiento presunto derivado del conato en cuestion: y en este sentido con mayor fundamento dirémos que no basta el consentimiento presunto derivado de otros cualesquiera hechos y señales que acaecieron antes de la pubertad; y asi lo defiende Inoc. en el cit. cap. *attestationes*, y Franc. de Aret. Consil. 142. col. 5.— * Véas. adic. á la nota 87. de este tit.

(25) Concuerd. cap. *sufficiat*, *cuest.* 2. y *l.* 30. *D. de regul. jus.*: véas. la glos. en el cap. *ex publico*, palabra *consummatum*, *de convers. conjug.*

de suso son dichas; pero departimiento ay en ellos en tres cosas. La primera es, como si alguna muger virgen se desposasse con alguno por palabras de presente, e se muriesse el, en ante que se ayuntasse a ella carnalmente; si despues se casasse ella con otro, como quier que el matrimonio verdadero seria, tambien con el vno como con el otro, non seria por esso bigamo (26) este postrimero que casasse con ella; que quiere tanto dezir, como ome que ha auido dos mugeres. Mas si el primero la vuiesse conoscido ayuntandose a ella, segun que es sobredicho, seria el otro, que despues casasse con ella, bigamo. E maguer este atal non ouiesse auido dos mugeres, seria bigamo, por esta razon; porque aquella con quien casasse desta manera, non la auria virgen: mas para non ser bigamo, ha menester, que el varon non aya auido otra muger, con quien fuesse casado ayuntandose a ella carnalmente; nin otrosi la muger, que non aya auido otro marido (27), e que sea virgen (28). La segunda cosa es, la cuñadia (29), que nasce de los matrimonios acabados, e non de los otros, entre el marido, e los parientes de su muger; e entre la muger e los parientes de su marido. Ca de tal cuñadia viene embargo, porque el marido non puede despues casar con ninguna de las parientas de su muger fastal quarto grado (30); nin otrosi ella non puede casar con ninguno de los parientes de su marido fasta en esse mesmo grado: e si casassen, deue ser desfecho el casamiento. Mas del otro casamiento que se faze por palabras de presente, o por alguna de las otras maneras que dize en la ley ante desta, como quier que non nasce del cuñadia, auiene (*h*) otro embargo (31), para non poder casar, segun que de suso dize en esta ley. E este embargo es llamado en latin, publicæ honestatis justitia; que quier dezir tanto, como derecho que deue ser guardado por honestidad de la Eglesia, e del pueblo. Onde tal casamiento, como este, embarga para non poder casar ninguno dellos con los parientes del otro, tambien como el casamiento acabado, segund que es sobredicho. La ter-

(*h*) del otro Acad.

(26) Concuerda cap. *debitum*, 5., *de bigamis*, y cap. *Valentino*, dist. 34.

(27) O si habiéndolo tenido, no tuvo cópula con él.

(28) Pues si no fuese vírgen aun cuando la hubiese conocido alguno fuera de matrimonio, el que casó con ella es bigamo ora la creyese vírgen ó nó, segun el cap. *præcipimus*, y el cap. *si cujus*, y *sig. dist.* 34, cap. *maritum*, *dist.* 33. *cap. Valentino*, *dist.* 34, la glos. en el cap. *uno*, *de cleric. conjug.* cap. *nemo*, *dist.* 32, con la glos. allí y la otra glos. en el cap. *super eo*, *de bigamis*: cuál sea la razon de diferencia entre el varon y la muger, sobre la materia de que tratamos, lo dice la glos. en el cap. *debitum*, *de sponsal.* y Sto. Tomás 4 *sentent. dist.* 27, y añad. cap. *qualis*, 30. *cuest.* 5., con la glos. allí. La glos. en el cap. *super*, *de sponsal.* señala muchas especies de bigamia, y trata allí mismo si el papa puede dispensar con los bigamos; véas. á Anchars. Consil. 124, y á Juan de Anan. en el cap. *si vir*, *de adulter.*

(29) Añad. *caus.* 35. *cap* 2. *y* 3., y véas. allí en el cap. *extraordinaria*, cual cópula sea necesaria para producir afinidad.

(30) Segun el cap. *non debet*, 8. *de consang. et affin.*

(31) Este es el impedimento de pública honestidad que espresa luego, y se continúa tambien en el cap. *sponsam*, 8. *de sponsal.*; y adviértase que este impedimento no está introducido por derecho civil, ni por derecho natural, sino tan solo por derecho eclesiástico, segun Bald. en la l. 1. C. *de sponsal.* El mismo autor en la *l. penúlt.* C. *de incest. nupt.* cita á Hostiens. que dice haberse dispuesto que á pesar del impedimento referido era permitido el matrimonio fuera del segundo grado; y esta doctrina se halla mas estensamente tratada por Juan Andr. en el cap. *non debet*, *de consang. et affin.*; añadiendo ademas que en el Concilio lugdunense en tiempo de Gregor. 10. se trató de quitar semejante impedimento, opinando algunos por la simple supresion del mismo, y siendo otros de parecer que sin quitarlo se concediese á los obispos facultad para dispensar en él. Tambien pensaron algunos prelados que el impedimento en cuestion debia quedar limitado á los dos primeros grados aboliéndose en los dos restantes; y aunque se deliberó sobre el particular, no pudo obtenerse por entonces el cambio que se pretendia. (Segun el cap. 3. sesion 24. de ref. matrim. Conc. trident. el impedimento de pública honestidad quedó subsistente tan solo en virtud de esponsales válidos, y aun entonces no traspasa el primer grado.) De este impedimento tratan el Abad y DD. en el cap. *sponsam.* y en el cap. *ad audientiam*, *de sponsal.* en el cap. *continebatur*, *de desponsat. impub.* en el cap. únic. del mismo tít. lib. 6. y en la l. últ. de este tít. y Part. — * Sobre el impedimento de pública honestidad, véase el cap. 3. *de ref. matr.* Conc. trid. ses. 24.

cera cosa (32), en que ha departimiento en los matrimonios, es en esta manera: que si alguno de los que son casados por palabras de presente, quier entrar en Orden, bien lo puede fazer (33), maguer lo contradiga el otro; mas si el casamiento fuesse acabado (34), non lo puede fazer sin consentimiento del otro.

LEY 5. *Como en el Matrimonio ha tres Sacramentos.*

Verdadero es el casamiento que se faze por palabras de presente, e el otro que se faze por palabras, e se cumple de fecho, segund dize en la ley ante desta; e ha en (i) el la significança de tres Sacramentos (35). El primero es, en el casamiento que se faze por palabras de presente: ca por el entiende Santa Eglesia, que se allega el alma del fiel Christiano a Dios, por amor, e por bienquerencia, assi como se ayuntan las voluntades de aquellos que casan, consintiendo el vno en el otro. E sobre esta razon dixo el Apostol Sant Pablo (36), que el que se allega á Dios, que vn spiritu es con el. E el segundo Sacramento, es el otro casamiento que se faze por palabra, e por fecho, a que llaman acabado. E por este se entiende el ayuntamiento de la Persona del Fijo de Dios a la natura del ome, tomando carne de la Virgen Santa Maria. E a esto dize el Apostol Sant Juan (37), que la palabra de Dios se fiziera carne, tomando forma de ome. El tercero Sacramento es, en este mismo matrimonio acabado. Ca, si (j) el que casa con vna muger virgen, (k) guarda siempre el casamiento, non casando con otra, son amos como vna carne. Otrosi, por tal casamiento como este se entiende la vnidad de la Eglesia, que es allegada de todas las gentes del mundo, e ayuntada a nuestro Señor Jesu Christo. E bien assi como el casamiento que desta guisa es guardado, siempre finca en unidad, e nunca se departe; otrosi la Eglesia nunca se departe de Jesu Christo, desque fue ayuntada a el, nin el della.

(i) ellos por significança tres sacramentos: Acad.

(j) como el que Acad.
(k) si guarda Acad.

LEY 6. *De que hedad deuen ser los que se desposan.*

Desposar se pueden, tambien los varones como las mugeres, desque ouieren siete años (38), porque estonce comiençan a auer entendimiento, e son de hedad, que les plaze las desposajas. E si ante desta edad se desposas-

(32) Podria añadirse la cuarta diferencia, á saber, cuando segun el espíritu de la ley, ó el comun modo de hablar ó por otra razon semejante se conociese que el legislador se referia al matrimonio consumado, segun opinan Baldo y Salic. en la *l.* 5. *C. de bon. quæ liber.* Felin. en la rub. *de spons.* Dec. Consil. 540. Cassan. *consuet. Burgun.* rub. 4. §. 6.

(33) Concuerd. cap. *ex publico*, 7. *de convers. conjug.* cap. *commissum*, 16. *de sponsal.* cap. *desponsatam*, 27. cap. *decreta*, 28. y la glos. allí *caus.* 27. *cuest.* 2., y mas abajo en la *l.* 8. de este tít. y Part. — *Añad. can. 6. de matrim. ses. 24. Conc. trid.

(34) ¿Y si el esposo tuvo acceso violento con su esposa, podrá entrar en religion? Esta cuestion trata la glos. en el cap. *ult. dist.* 55., y en ella hay opiniones encontradas que recuerda Juan Andr. en el *Mercurial.* cap. *quæ contra, de regul. jur.* lib. 6., y sigue el mismo la de Bart. Brixiens, que dijo que la esposa en el caso dado puede entrar en religion á pesar de su esposo; y este parecer relata conformándose con él el Abad en el cap. *verum, de convers. conjug.* donde lo dice tambien Juan Andr.: véas. á este intento al Prepos. Alexand. en el cit. cap. *ult.*, donde refiere la doctrina de Juan Andr. en la regla antedicha con la distincion que allí hace. Sin embargo, la doctrina enunciada solo tendrá lugar cuando fuese absoluta la violencia cometida y pretendiere la esposa retirarse al monasterio antes de los dos meses de que se habla en el cap. *ex publico*, 7. *de convers. conjug.*; pues fuera de estos casos exigirá el esposo lo que de derecho se le debe, porque se supone haber mediado el consentimiento por parte de la esposa, y en este sentido quedar celebrado el matrimonio: asi lo defiende Silvestr. en la suma part. *debitum*, §. 5. donde puede verse.

(35) Se deriva esta doctrina del cap. *debitum*, 5. *de bigam.* y de lo que enseña la glos. allí.

(36) Lo que aqui se dice con la distincion establecida en esta misma ley, deriva de la glos. part. *conjunctio Instit. de patr. potest.* §. 1.

(37) Asi se lee en S. Juan cap. 1. vers. 14. que el verbo se hizo carne etc.

(38) Añad. cap. *litteras*, 4. cap. *duo pueri*, 12. cap. *attestationes*, 10. *de despons. impub.* *l.* 14. *D. de sponsal.* y *l. ult.* de este tit. y Part. Segun esta ley deben ser cumplidos los siete años y lo mismo sostiene el Abad, en el cap. *juvenis, de sponsal.*; sin embargo la glos. allí sostiene opinion contraria pretendiendo que la

sen algunos, o fiziessen el desposorio sus parientes en nome dellos, (l) seyendo amos, o uno dellos menor de siete años (39), non valdria ninguna cosa lo que fiziessen, fueras ende, si desque passassen esta hedad, les pluguiesse (40), lo que auien fecho, e lo consintiessen: ca estonce valdria. E demas seria tal embargo deste desposorio, si se partiesse en vida, o muriesse alguno dellos, que ninguno dellos non podria casar con los parientes del otro, segun dize en la ley segunda ante desta. Mas para casamiento fazer, ha menester que el varon sea de hedad de catorze años (41), e la muger de doze. E si ante deste tiempo se casassen algunos, non seria casamiento, mas desposajas (42); fueras ende, si fuessen tan cercanos a esta hedad, que fuessen ya guisados para poderse ayuntar carnalmente. Ca la sabiduria (43), e el poder, que han para esto fazer, cumple la mengua de la hedad.

LEY 7. *Quien ha poder de apremiar los desposados, que cumplan el Casamiento: e en que manera deue ser fecha esta premia.*

Apremiar pueden los Obispos, o aquellos que tienen sus logares, a los desposados, que cumplan el casamiento. E esto seria, quando el vno de los desposados quiere departir el casamiento, e el otro lo quisiesse cumplir. Ca estonce deuen apremiar (44) aquel que quiere el departimiento, que cumpla el matrimonio. Ca los que prometen que casaran vno con otro, tenudos son de lo complir; fueras ende, si alguno dellos pusiesse ante si escusacion (45) alguna derecha, atal que de-

(l) non valdria Acad.

discrecion puede suplir la falta de edad, lo que defiende tambien Juan Andr. y otros con Santo Tomás 4. *sentent. dist.* 27. de modo que segun estos AA. debe atenderse principalmente la aptitud de los contrayentes, porque en algunos despunta el uso de razon antes que en otros; y esto parece indicar tambien la presente ley cuando dice «*porque estonce* etc.:» si pues antes de los siete años estaban ya en uso de razon los que contrajeron esponsales, fueran estos válidos; y sobre el particular véas. la l. últ. de este tit. y Part.

(39) Concuerd. cap. *únic. de desponsat. impub.* lib. 6. al principio y al fin.

(40) Añad. cap. *duo pueri*, 12. *de desponsat. impub.* donde lo nota el Abad, y el cap. *unic.* al princ. del mismo tit. lib. 6.

(41) Concuerd. cap. *puberes* 3. cap. *ex litteris*, 11. y cap. *continebatur*, 6. *de despons. impub.* l. 5. *D. de ritu nupt.* y §. 1. *Instit. de nupt.*

(42) Segun interpretacion de la ley á tenor de lo prevenido en el cit. cap. *unic.* §. *idem quoque*, *de despons. impub.* lib. 6.

(43) Añad. el cit. cap. *puberes* 3. y el cap. *de illis*. 9. *de desponsat. impub.* refiriendo San Gregorio en sus diálogos que un niño de nueve años habia puesto embarazada á su nodriza, lo que nota la glos. en la suma *caus.* 20. *cuest.* 1.: lo propio dice tambien San Gerónimo en su carta á Vital, de un niño de diez años, y de Salomon se cuenta que tuvo un hijo á los once años de su edad: estos casos los refiere Juan Andr. en el cap. ult. *de eo qui cognov. consanguin. uxor. suæ.* Como quiera decidir la aptitud generativa en cualquier caso dado, queda al arbitrio del juez, segun el Abad y Prepos. en el cit. cap. *continebatur*, *de desponsat. impub.* y asi parece tambien indicarse en esta ley. —* Veas. adic. á la not. 87. de este tit. y á Berardi *in jus eccles. univ.* tom. 3. dis. 4. cap. 2.

(44) Añad. cap. *ex litteris*, 10. y cap. *requisivit*, 17 *de sponsal.*; y nótese que habla la presente ley indistintamente, ora hubiese intervenido ó nó juramento en los esponsales, si bien por derecho eclesiástico no se considera la obligacion tan estrecha á no mediar el juramento, segun el Abad en el citado cap. *ex litteris*. — * Veas. adic. á la not. 87. de este tit.

(45) Estas escusas pueden ser de muchas maneras, como por haberse librado los esposos del cumplimiento de su promesa, segun el cap. 2. *de sponsal.*; y por haber entrado en religion alguno de ellos aunque no haya profesado, cap. *veniens*, 5. *qui cleric. vel vovent.* segun opinion de algunos; ó si hubiese contraido matrimonio por palabras de presente, ó tambien por palabras de futuro, subsiguiendo cópula, cap. *si inter virum*, 31. *de sponsal.* cap. 1. *de sponsa duor.*; ó si alguno de los esposos partiese á un pais lejano sin la esperanza de una próxima vuelta, l. 2. *C. de sponsal.* con la glos. allí. l. 2. *C. de repud.* cap. *de illis*, 5. *de sponsal.* y allí el Abad: si hubiese pasado el término señalado para celebrar el matrimonio, en cuyo caso queda libre aquel que no dilata por su culpa el cumplimiento de la promesa segun enseña el Abad en el cit. cap. *de illis*: si alguno de los esposos fuese leproso ó paralítico ó perdiese la vista ó la nariz, cap. *litteras* 3. *de conjug. lepros.* cap. *quemadmodum*, 25 *de jurejur.*: si alguno se hiciese reo de fornicacion carnal ó espiritual, segun el cit. cap. *quemadmodum*, donde lo notan la glos.

uiesse valer. E si tal escusa non ouiesse, puedenlo apremiar (46) por sentencia de Santa Eglesia, fasta que lo cumpla. E qualquier dellos, que contra esto fiziesse, que non quisiesse complir el casamiento, si se desposasse otra vez (47), deue ser apremiado, que torne a complir el desposorio primero. E esto se entiende de los que son de hedad, quando se desposan: e esta premia deue ser fecha por sentencia de Santa Eglesia.

LEY 8. *Por quantas razones se pueden embargar, o desfazer los Desposorios, que se non cumplan.*

Contrastar, e embargar se pueden los desposorios, para non complirse, por nueue razones. La primera es, si alguno de los desposados entra en Orden (48) de Religion; lo que bien puede fazer, maguer el otro lo contradixesse. E esto se entiende que lo puede fazer, ante que se ayuntassen carnalmente. E el otro que non entra en Orden, puede demandar, quel den licencia que (*ll*) casasse, e deuengela dar. La segunda, quando alguno dellos se va a otra tierra, e non lo pueden fallar (49), nin saber do es. Ca por tal razon deue el otro esperar fasta tres años (50), e si non viniere estonce; puede demandar licencia para casar, e deuengela otorgar. Pero deue fazer penitencia, de la jura, e del prometimiento que fizo, que casaria con el; si por su culpa finco, que se non cumplio el casamiento. La tercera es, si alguno dellos se faze gafo, o contrecho, o cegasse, o perdiesse las narizes, o le auiniesse alguna otra cosa, mas desaguisada que alguna destas sobredichas. La quarta es, si ante que ouiessen (*m*)

(*ll*) case, Acad.
(*m*) que veer en uno Acad,

y Juan And.: si sobrevienen enemistades capitales entre los esposos, segun Hostiens. en la suma *de sponsal.* cap. 2. y cap. *requisivit* del mismo título: si la esposa no entrega el dote ofrecido, cap. *de illis*, 3 *de condit. appos.*: si sobreviniere el parentesco de afinidad, cap. *si quis sponsam*, 32. *caus.* 27. *cuest.* 2: si de pública fama mediase entre los esposos algun impedimento canónico, cap. *cum in tua*, 27. *de sponsal.* cap. 2. *de consanguinit. et affinit.*: si los esponsales se hubiesen celebrado antes de la pubertad y al llegar á esta rehusase cumplir su promesa cualquiera de los esposos, como puede hacerlo, sin motivo alguno, cap. *de illis*, 7 *de despons. impub.*: si el esposo recibió órden sagrada, segun Juan Andr. en la rub. *de despons. impub.*; si el esposo indicaba tratar con crueldad á su esposa, segun el cap. 5. *qui cleric. vel vovent.*: si cualquiera de los esposos hubiese hecho voto de castidad, cit. cap. *veniens*; y por último si sobreviniese cualquier otra causa racional, sobre lo cual véas. la ley siguiente.

(46) A veces con justa causa se omiten las medidas coactivas, segun el cap. *requisivit* 17. *de sponsal.* donde dice el Abad que en esta parte debe dejarse todo al arbitrio del juez, quien debe procurar que no se incurra en mal mas grave, segun se enseña en el texto notable del cap. citado, cuando puede presumirse fundadamente que sucederá. — * Cuando alguno de los esposos se resiste tenazmente á cumplir la palabra dada, no se le acostumbra forzar con penas eclesiásticas á que se case; pero se autoriza al inocente para que pueda impedir nuevo matrimonio de su esposo, hasta quedar disueltos los esponsales, lo que se llama *embargar el sello.*

(47) Añad. cap. *sicut ex litteris*, 22. *de sponsal.* limitándose la disposicion de esta ley á tenor de lo prevenido allí, y en el cap. *si inter virum*, 31. del mismo tit. á saber; si los segundos esponsales lo fuesen de presente, segun se ha dicho y se enseña ademas en la ley próxima.

(48) Añad. l. 4. al fin de este título con lo dicho allí. — * Sobre los modos de disolver los esponsales, veas. adic. á la not. 87 de este tit.

(49) Nótense estas palabras que no se encuentran en el cit. cap. *de illis* 5. *de sponsal.*; pues si se supiese el paradero del ausente, fuera necesario distinguir la ausencia voluntaria de la forzosa, segun la l. 17. *D. de sponsal.* y segun lo enseñan Cin. y Salicet. en la l. 2. *C. del mismo tit.*

(50) Añad. l. 2. *C. de repud.* y la glos. sobre el cit. cap. *de illis*, notándose que la doctrina de esta ley es conforme á lo que opinaban Juan Andr. y Hostiense sobre el cap. recordado, á saber; que por este no se entienden corregidas las leyes civiles, por mas que parezca indicar lo contrario la palabra *liberum* que en él se lee; y en este sentido opinó tambien el Abad allí diciendo que el cap. en cuestion no es correctorio de las ll. 2. *C. de repud.* y 2. *C. de sponsal.*: digamos pues que estas leyes no quedan derogadas, toda vez que asi lo espresa la presente ley y asi lo dicen tambien comunmente los autores de derecho canónico. Pero á pesar de esto cuando mediase causa justa, por ejemplo el peligro de fornicacion ú otra, entonces el juez podrá abreviar el plazo, no perdiendo las arras el contrayente, ya que medió la correspondiente autoridad.

de ser en vno, acaesciesse cuñadia (51) entrellos; de manera que alguno dellos se ayuntasse carnalmente con pariente, o con parienta del otro. La quinta es, si los que son desposados se desauiniessen (52) e consienten amos para departirse. La sesta es, quando alguno dellos faze fornicio (53), por que se puede departir el (n) casamiento. Ca si el ome puede dexar su muger, faziendo adulterio, mucho mas lo puede fazer, de non rescebir (54) aquella con quien es desposado, quando tal yerro faze. La setena (55) razon es, si alguno se desposasse por palabras que demuestran el tiempo que es por venir; e despues desso se desposasse alguno dellos con otro, o con otra, por palabras de presente: ca desfazense las primeras desposajas, e valen las segundas. Esso mismo seria, si alguno fuesse desposado con vna por palabras de futuro, e despues se desposasse con otra en essa misma manera. Ca si ouiesse que veer con la que se desposo a postremas, desfazerse y a el desposorio primero, e valdria el segundo (56). E esto es, porque mas fuerça ha, e mas liga el casamiento que se faze despues, que las desposajas que fueron fechas primeramente. Pero qualquier de los que esto fiziessen, deue fazer penitencia del yerro que fizo, porque fallescio lo que prometiera en el primero desposorio. Mas si algunos se desposassen simplemente sin jura ninguna por palabras del tiempo que es por venir; e despues desto alguno dellos se desposasse en essa misma manera con otro, o con otra, e le jurasse que lo cumpliria; como quier que algunos cuydarian, que el segundo desposorio deuia valer, por la jura que le fue fecha en el, demas que en el primero, non es assi: ca seyendo fecho desta guisa, el primero deue valer, e non el segundo (57); e puedenlo apremiar, que lo cumpla. E esto es, porque la jura que el ome faze sin derecho, non liga (58) de manera que sea tenido de la guardar. Pero el que esto fiziere, deue fazer penitencia del perjuro en que cayo, por la jura que fizo en el segundo desposorio, e non la pudo guardar, porque ouo de tornar al primero. La octaua razon por que se desfaze el desposorio es, quando lieuan (ñ) robada (59) esposa de alguno, e yazen con ella: ca non es tenudo de casar con ella, si non quisiere. La nouena razon es, quando algunos se desposan, ante que sean de hedad (60). Ca qualquier dellos que sea menor de dias, desque fuere de hedad, si non quisiere cumplir el casamiento, estonce puede demandar licencia, que pueda casar con otro, o con otra; e deuengela otorgar, e quitar el desposorio que ouiesse fecho assi. Mas si quando se desposassen, el vno fuesse de hedad complida, e el otro non, el mayor deue esperar al menor, fasta que sea de hedad (o). E si el menor quisiesse consentir en el matrimonio despues que fuesse de edad, deuenlo apremiar al otro, que cumpla (61)

(n) desposorio, Acad.

(ñ) sabida esposa Acad.
(o) complida; Acad.

(51) Añad. cap. *si quis sponsam*, 27. *cuest*. 2.

(52) Añad. cap. 2. *de sponsal.* y tambien lo que se lee en el cap. *sicut* 22. del mismo tit.

(53) Añad. cap. *quemadmodum*, 25 *de jurejur*; pues se sobreentiende siempre en los esponsales la condicion tácita, si no se peca contra la ley del matrimonio; puesto que todos los contratos se entienden celebrados perseverando las cosas en el mismo estado; l. 8. *D. de condict. causa data*; la glos. en el cit. cap. *quemadmodum* y en el cap. *Beatus*, 22. *cuest*. 2. l. 1. *D. si ex noxal. caus. agat.* y veas. lo que nota Inoc. en el cap. *eam te*, al fin *de rescriptis*.

(54) Mas fácil es no admitir que despedir el huésped despues de recibido, como dice Ovid. *de tristib.* y se espresa tambien en el cit. cap. *quemadmodum*.

(55) Añad. cap. *si inter virum*, 31 *de sponsal.*

(56) Por la cópula se presume contraido matrimonio de presente, cap. *veniens*, 15 *de sponsal.* y cap. *is qui fidem*, 30, no olvidándose la disposicion de la presente ley que no se halla tan esplícita en el derecho comun, y conforme con ella opina Anton. y Prepos. col. 3. sobre el cit. cap. *is qui fidem*, *de sponsal.* y el mismo Prepos. en el cap. *de illis*, col. pen. del mismo tit.

(57) Esto mismo se dispone en el cap. *sicut ex litteris*, 22. donde veas. á Inoc., al Abad y á Juan Andr.

(58) Veas. la caus. 22. cuest. 4. en especial el cap. *in malis promissis*, 5. y el cap. *si ad peccatum*, 20. y allí la glos., y veas. tambien el Abad en el cap. *veniens*, *de jurejur.*

(59) En el caso de cópula violenta, el esposo no debe casar con la estuprada, como se dice aqui aprobando la opinion de la glos. sobre la palabra *oculos*, en el cit. cap. *quemadmodum*, *de jurejur.*

(60) Añad. cap. *de illis*, 7. *de desponsat. impub.* y allí el Abad.

(61) Se arguye de esta ley que el vínculo

el casamiento, porque consentio seyendo de edad; fueras ende, si este mayor se ouiesse desposado (p) (62) con otra por palabras de presente, o entras e en Orden. En las dos destas nueue razones por que se desfazen los desposorios; que es la vna, quando alguno dellos entra en Orden de Religion; e la otra, quando alguno se casa por palabras de presente, (q) o de futuro, e se ayuntan carnalmente, segun dize en las leyes ante desta; en ninguna destas (r) maneras, non ha por que demandar licencia para desfazer el desposorio. E esto es, porque tan solamente por el fecho solo se desfaze el desposorio. Mas en todas las otras maneras (63) deuen ser desfechos los desposorios por juyzio de Santa Eglesia.

LEY 9. *Quales Desposajas deuen valer, si dos omes se desposassen con vna muger, o vn ome con dos mugeres.*

Desposandose dos omes con vna muger, el vno primeramente por palabras de futuro, e despues el otro por palabras de presente; vale el desposorio que es fecho por palabras de presente, e non el otro, maguer fuesse fecho con jura (64). Pero este tal es tenudo de fazer penitencia del prometimiento, e de la jura que fizo, porque non lo guardo. Esso mismo seria, si algun ome se desposasse desta manera con dos mugeres (65); fueras ende, si se ayuntasse carnalmente a la primera con quien era desposado por palabras de futuro, antes que desposasse con la otra por palabras de presente: e si alguno casasse con dos mugeres por palabras de presente, valdria el primero casamiento, e non el segundo, maguer que ouiesse (66) que ver con aquella, con quien se (s) desposo, por palabras de presente, a postremas. Otrosi, si alguno se desposo con dos mugeres (67) en vno, por palabras del tiempo que es por venir, diziendo assi, que prometia, que casaria con alguna dellas, en su escogencia (68) es, de casar con qual dellas quisiere; fueras ende

(p) despues con otra Acad.
(q) ó se ayuntan carnalmiente Acad.
(r) dos maneras Acad.

(s) desposase a postremas Acad.

del matrimonio no se forma por el solo consentimiento del menor prestado cuando llegare á la pubertad: sino que en virtud del espresado consentimiento, el púber queda obligado por accion personal á contraer matrimonio; veas. la glos. en el cap. *si quis ingenuus*, 29. cuest. 2. y la glos en el cit. cap. *de illis*, al fin.

(62) No distingue la ley si el matrimonio se celebró antes ó despues que el esposo impúber llegó á la pubertad; pero parece que en ambos casos debiera adoptarse igual resolucion segun el cap. 1. §. 1. *de despons. impub.* lib. 6., lo que se infiere tambien de la presente ley, y asi lo defendió Hostiens. Anton. y Enrique en el cap. *de illis*, *de desponsat. impub.*; aunque lo contrario pretendió Silvestr. en la sum. part. *matrimonium*, cuest. 8. al fin; pero Bald. vol. 3. consil. 194, que comienza *à radice*, y consil. 200. núm. 2. que comienza *in causa*, sostiene la primera opinion.

(63) Aprueba la opinion de Tancred. y de Juan Andr. sobre el cit. cap. *de illis*, *de sponsal.* citando el cap. *sæculares*, 24. cuest. 2. y el cap. *multorum*, 35. cuest. 6. y puede verse el cap. *duo pueri*, *de despons. impub.* El que sin este requisito contrajese matrimonio, pecaria mortalmente, segun enseña Santo Tomas, cuya doctrina entiende Silvestr. en la suma del mismo tit. cap. últ. á no mediar causa notoria suficiente, en cuyo caso no pecaria mortalmente el que contrajese sin aguardar el juicio ó fallo del tribunal eclesiástico. Adviértase que del contexto de este capítulo parece desprenderse que si la esposa de futuro habiendo tenido acceso con otro (á pesar de esto duran los esponsales hasta haber mediado el juicio de la Iglesia) tuviese luego cópula con su esposo, tales esponsales pasarian á ser verdadero matrimonio á tenor de lo dispuesto en el cap. *is qui fidem*, 30 *de sponsal.* aunque Juan de Nivizan. *in sylva nuptiali*, lib. 2. nº 12. fue de contrario parecer, citando en su apoyo á Felin. en el cap. *cum M.*, *de constit.* que seguramente no sostiene esta doctrina. Lo mismo tendria lugar si la esposa sufriese estupro violento, ó bien si estuviese en algun otro de los casos espresados en esta ley, lo que debe entenderse sin embargo cuando obrase la presuncion del citado cap. *is qui fidem*, á saber, que el esposo tuviese acceso con su esposa con afecto marital, pues no pudiendo presumirse tal afecto, tampoco se presumiria el matrimonio; y por lo mismo habiéndose disuelto los esponsales por mutuo disenso ó sobreviniendo parentesco de afinidad entre los esposos, entonces como el matrimonio no es legalmente posible, tampoco se presumirá.

(64) Conc. cap. *sicut ex litt.*, 22 *de spons.*

(65) Concuerd. cap. 1. *de spons. duor.*

(66) Concuerd. cap. *últ. de spons. duorum.*

(67) Es decir cuando ambas hubiesen consentido segun se advierte en la ley próx.

(68) Veas. l. 11. de este tit. y Part.

si se ouiesse ayuntado a la vna (69) carnalmente, e quisiesse despues casar con la otra; o se desposasse con otra por palabras de presente, antes que ouiesse yazido con aquella con quien era desposado por palabras de futuro.

LEY 10. *Que los padres non pueden desposar sus (t) fijas, non estando ellas delante, o non lo otorgando.*

Prometiendo, o jurando vn ome a otro, q e rescibira vna de sus fijas por muger; por tales palabras como estas, non se fazen las desposajas, porque ninguna de las fijas non estan delante, nin sienten en el (70) señaladamente como en marido, nin el en ella. E esto es, porque bien assi como el matrimonio non se puede fazer por vno solo, otrosi nin las desposajas. Ca (u) el matrimonio a menester, que sean presentes aquellos que lo quieren fazer, e que consienta el vno en el otro; o que sean otros dos que lo fagan por su mandado: e si el padre jurasse, o prometiesse a aquel quel auia jurado a el, que rescibira vna de sus fijas, que gela daria por muger;

(t) *sus fijos, non estando ellos delante, o non lo otorgando.* Acad.

(u) en el Acad.

(69) Aprueba la opinion de Hostiens. en el cap. *ex litteris*, *de sponsal.*, quien la funda en que los esponsales parecen celebrados con la muger que se ha elegido, y esta eleccion se conoce y confirma por la cópula, y por lo mismo de ella se induce el matrimonio presunto porque de aquel acto se desprende el consentimiento; cap. *ex parte*, 12. *de offic. deleg.*; y con esta opinion se conforma tambien el Abad. Hostiens. habla precisamente de cuando alguno prometió contraer matrimonio con una de las hijas de Pedro ó con alguna de entre muchas parientas; pero es visto que la misma razon obra aun cuando no mediase parentesco entre las dos desposadas; y aun con mayor motivo pudo fundarse Hostiens. en el caso que supone, porque entre las dos hermanas debia resultar el impedimento de pública honestidad, si bien el mismo desvanece este reparo diciendo, que en rigor solo pueden decirse celebrados los esponsales con aquella con la cual se juntó: pero nótese bien esta ley porque la opinion de Hostiens. no pasa sin algunos reparos, puesto que contra ella hablan la glos. allí, Juan Andr. y Anton. Por lo que á nosotros hace admitimos de buen grado la opinion referida por venir aprobada en esta ley, si bien creemos deber señalar dos limitaciones; la primera cuando la promesa se reducia á un número determinado de personas, pero nó cuando se indicasen las de un lugar señalado, porque entonces teniendo cópula con alguna del lugar no parece haber contraido matrimonío con ella, porque casándose con otra cumpliria tambien su promesa, como enseña el mismo Hostiens. á quien sigue el Abad. en el citado cap. *ex litteris*, cuya doctrina nos place aunque creemos puede fundarse en otra razon, porque no todas las del lugar consintieron en los esponsales, pues si realmente todas hubiesen consentido, en ambos casos sucederia lo mismo, presumiéndose celebrado matrimonio con aquella con quien tuvo cópula. La segunda limitacion es, cuando la promesa quedó limitada á una entre muchas personas determinadas; pues si dijese el varon «prometo casarme con todas vosotras,» aun cuando todas á su vez aceptasen é hiciesen igual promesa, no se entenderia verificado el matrimonio con aquella con quien tuvo cópula por mas que ella sola fuese hábil para el matrimonio; por cuanto no pretende el promitente obligarse *in solidum* con una, sino juntamente con todas, segun enseña Juan Andr. en el cap. *gaudemus*, *de divort.* col. 2. vers. *quid si catholicus*, y Socin. en la l. 10. *D. de reb. dub.* sobre la glos. en la palabra, *legata*.

(70) De aqui se desprende que para contraer matrimonio es necesario el consentimiento simultáneo, esto es, prestado á un mismo tiempo por ambos contrayentes, á cuyo intento sirve la glos. en la l. 2. *D. de action. et obligat.* y en la 1. *D. de contr. empt.* que dice; que aùn en los contratos de derecho de gentes se necesita el consentimiento simultáneo; y esta opinion por lo que respeta al matrimonio la sostiene Specul. tit. *de sponsal.* col. 1. y 2. y tambien el Abad en el cap. *dilectus*, del mismo título. Contra esto enseña Hostiens. en el cap. *ex litteris*, *de sponsal.* y en el cit. cap. *dilectus*, que en el matrimonio no es necesario que se preste el consentimiento por ambos esposos á un mismo tiempo, bastando que el uno consienta primero y persevere en su voluntad cuando el otro consiente mas tarde; y esta doctrina parece mas cierta y es comunmente seguida, y sobre ella veas. á Juan de Palac. Rub. en la rub. del cap. *per vestras*, col. 236., la que se prueba tambien en el cap. *ult. de procurator.* lib. 6. y la defiende Jas. en la l. 35. §. 1. *D. de verbor. oblig.*

sí despues ninguna de sus fijas non lo otorgasse, nin quisiesse consentir en aquel, a quien auia jurado su padre; por tal razon non las puede (71) el apremiar, que lo fagan (*v*) de todo en todo (72), como quier que les pueda dezir palabras (*x*) de castigo, que lo otorguen. Pero si aquel, con quien el padre quiere casar alguna dellas, fuesse atal, que conuiniesse, e que seria assaz bien casada con el; maguer que la non puede apremiar que cumpla lo que el auia prometido, puedela deseredar (73): porque non agradesce a su padre el bien quel fizo; e fazele pesar, non le obedesciendo. E esto se entiende, si despues

(*v*) en todo Acad.
(*x*) como de castigo Acad.

(71) Tampoco fueran válidos los esponsales cuando el hijo no consintiese en la promesa hecha por su padre, segun la l. 13. *D. de sponsal.*; bien que si el hijo presenciase la promesa hecha por el padre, no contradiciéndola seria válida, segun el cap. *unic. de desponsat. impub.* §. *ult.* lib. 6., sucediendo lo mismo cuando la promesa fuese hecha ignorándolo los hijos, ó estando ausentes si luego la ratificaron tácita ó espresamente segun el cit. cap. *únic.* §. *últ.* y la l. 18. *D. de sponsal.*; y adviértase que todo lo dicho tiene lugar precisamente cuando fue el padre quien contrajo por sus hijos, pues si fuese otro, como un tutor por ejemplo, en tal caso se necesitaria el consentimiento espreso ó la ratihabicion segun Juan Andr. en el cap. 1. *de desponsat. impub.* lib. 6. y Abb. en el cap. *ex parte*, nota 1. *de restit. spoliat.*

(72) Es decir por fuerza ó por miedo que afectase á un varon constante, porque en tal caso fuera nulo el matrimonio, segun los caps. 14. y 15 *de sponsal.*, no bastando para dicha nulidad el temor reverencial, como se indica aqui y en la l. 22. *D. de rit. nupt.* y lo nota el Abad en el cap. 1. *de desponsat. impub.*; y si bien por derecho romano la hija debia aceptar el esposo elegido por su padre cuando no fuese persona indigna ó torpe segun la l. 12. *D. de sponsal.*; no procede esto por derecho canónico segun enseña la glos. en el cit. cap. 1.

(73) Rodrigo Suarez en la repet. de la l. 2. tit. *de los casamientos*, *del fuero de las leyes*, fol. 3. col. 1. y fol. 11. col. 1., dice que esta disposicion es singular y muy notable, tratando estensamente de la validez de la ley que la contiene, y al mismo tiempo de la fuerza de otras leyes de Partidas, del Fuero y del *Orden. Real*, que prohiben el matrimonio de la hija sin el consentimiento del padre, tratando en el propio lugar, si la hija menor de 25 años que se casa sin el consentimiento paterno, puede decirse que ha obrado con ingratitud, de suerte que con justicia sea desheredada. Sobre esta cuestion el comun parecer resuelve que la desheredacion no procede cuando casase la hija con persona digna de ella; mas si fuese indigna, dicen Hostiens., Juan Andr., el Abad y generalmente los DD. en el cap. 1. *de desponsat. impub.* que no puede ser desheredada, concediendo que solo tiene lugar este castigo cuando la misma hija viviese torpemente, segun el texto de la autént. *ut cum*, *de appell. cognosc.* cap. 3, §. *si alicui*, colac. 8; y como por casarse con hombre indigno no puede decirse que viva torpemente, por esto resuelven que no puede ser desheredada. Sin embargo Bald. en la l. 4. C. *de sponsal.* en ambas lecturas y el mismo en la l. 12. C. *de nupt.*, dice que no podrá ser la hija desheredada en el caso supuesto, fundándose en el texto de la l. 3. §. 5. D. *de bonor. possess. contra tabul.* y lo mismo defiende Anton. de Butr. en el cap. *accedens*, *de procurator.* y Pedro de Anch. Consil. 21. que comienza *pro solutione dubiorum*, col. 2. Como quiera Rodrigo Suarez lug. cit. dice que si habiendo querido el padre casar á su hija con sugeto de clase proporcionada, habiéndolo rehusado aquella, se enlazase luego con persona indigna ó enemiga de sus padres, en tal caso podrá dicha hija ser desheredada, mayormente en la especie de esta ley, es decir cuando el padre hubiese prometido su hija en matrimonio; y añade que en su concepto no es contraria esta doctrina al derecho canónico, fundándose en lo que enseña Bald. en la l. 1. §. 3. D. *de just. et jur.* en la 6. C. *ad Tertul.* y en otras que allí son de ver; y ademas porque la ley civil puede en algunos casos distinguir y limitar la divina, segun allí lo esplica latamente. Esta cuestion realmente es muy dudosa, por cuanto si bien el fundamento de Bald. y demas que sostienen la justicia de la desheredacion en el caso sobredicho, es el §. 5. cit. que hoy queda derogado como lo nota Bald. allí, Salic. en la l. 7. C. *de nupt.* Juan de Imol. en el cap. *accedens*, *de procurator.* y Alex. en la l. 1. col. 9. D. *solut. matrim.* por el texto de la citada autént. *ut cum*, *de appellat. cognos.* §. *causas*: esto no obstaria porque siempre quedara en vigor lo dispuesto en esta ley de Part. no derogada, antes confirmada por otras del reino. Tal vez se dirá que la l. 5. tit. 7. Part. 6. con la l. 8. son derogatorias de la presente, toda vez que no señalaron como causa de desheredacion la de que hablamos, antes parecen haberla escluido, puesto que solo permiten desheredar á la hija cuando viviese lujuriosamente.

desto se casare ella (74) con otro contra voluntad de su padre, o si fiziesse maldad de su cuerpo.

LEY 11. *En cuya escogencia deue ser, de dar, o de tomar alguna de las fijas, que desposassen sus padres.*

Jurando (75), o prometiendo vn ome a otro, que rescibira vna de sus fijas por muger, segund dize en la ley ante desta, si ellas otorgassen, e consentieren en lo que su padre fizo, en escogencia (76) es del padre, que lo prometio, de darle qual quisiesse dellas. Esso mesmo seria, si el padre prometiesse primeramente, que daria su fija a alguno por muger, non diziendo señaladamente qual. Ca en su escogencia es del padre, de darle qual el tuuiere por bien, e non la que el otro demandare. E si despues de la promission, el padre señalasse vna de sus fijas, nombrandola por su nome, por dargela, e el otro dixere, que non quiere aquella, mas alguna de las otras, quito es el padre (77) de la promission que fizo, e non le dara la otra, si non quisiere. E si ante que el padre señalasse alguna dellas, por dargela, se muriessen todas, fueras (78) vna, maguer que non ouiesse voluntad de darle aquella, tenudo es de dargela, por complir la promission que fizo. E si aquel que ouiesse prometido de casar con alguna de las fijas de algun ome, yoguiesse (79) con alguna dellas, ante que gela el padre diesse, o señalasse, tenudo es, de tomar aquella por muger. E si non quisiesse, deuelo apremiar (80) que la resciba. E lo que dize en esta ley, e en la de ante della, de las fijas, entiendese tambien de los fijos (81).

LEY 12. *Que cuñadez nasce a los omes de las Desposajas, por que se embargan los Casamientos.*

Allegança es, como cuñadez que nasce de los desposorios; e esta allegança llaman en latin publicæ honestatis justitia, segund

Pero se presenta otra dificultad, por cuanto el derecho canónico no reconoce tales desheredaciones, antes por el contrario da por válido cualquier matrimonio aunque se haya celebrado con persona indigna y sin preceder el consentimiento paterno; y asi como fuera de ningun valor la ley que en el caso dado declarase inválido el matrimonio, por ser esta materia propia de los cánones y nó de las leyes civiles, cap. *tuam* 3. *de ordin. cognit.* véas. el Abad, sobre el cit. cap. 1., y por ser ademas espiritual, segun la clement. 2. *de judic.*; por igual razon no debiera considerarse eficaz la disposicion civil que señalase penas á los contrayentes, segun se desprende de la l. 27. D. *ad leg. Falcid.* donde veas. á Bart.; y esta opinion parece es adoptada por Felip. Dec. consil. 231, á quien puede verse col. pen. y últ. Medítese sobre esto porque es difícil la materia, y sobre ella se han suscitado algunas dudas; y aunque la opinion de Rodrigo y demas que le siguen en ella sea muy equitativa y contraria á las malas costumbres; sin embargo por riguroso derecho consideramos mas cierta la contraria: si el matrimonio se hubiese contraido clandestinamente, aumenta entonces la dificultad, porque la ley de Toro prohibe los matrimonios clandestinos, autorizando al padre para que desherede á su hija si lo hubiese contraido, y ademas porque la ley citada corrobora con imposicion de penas el derecho canónico que prohibe tambien los matrimonios clandestinos; y en este concepto recordamos una decision del Real Consejo dada á tenor de la ley de Toro (que es la 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.) contra un matrimonio clandestino contraido con persona digna sin el consentimiento paterno; pero á esto obsta la doctrina de Cald. y otros sobre el cap. 2. *de clandestin. despons.* y del Abad en el cap. 1. *de sponsal.* donde cita á Cald. Medítese sobre esto y véas. l. últ. tít. 3. de esta Part. con lo dicho allí. — * Véas. adic. á la not. 87 de este tít.

(74) Si fuese varon el que hiciese tal casamiento, véas. lo que se dirá en la l. sig. al fin.

(75) Deriva esta ley de lo que notan Godefredo y Hostiens. en el cap. *ex litteris, de sponsal.*

(76) Segun el cap. *in alternativis, de regul. jur.*, lib. 6., y véas. §. 31. instit. *de action.*, con las concordantes puestas allí.

(77) Asi se dice en la l. 34. §. 6. D. *de contrah. emption.*, y en la l. 32. D. *de condict. indeb.*

(78) Sirve al intento la l. 2. D. *de eo quod certo loco*, y l. 95. D. *de solut.*

(79) Véas. lo que dijimos en la l. 9. de este tit. y Part.

(80) Se aprueba al parecer la opinion de la glos. en el cap. *ex litteris, de sponsal.*, pero véas. lo dicho en la cit. l. 9.

(81) Como si contrajese esponsales en nombre de alguno de sus hijos; y adviértase que esta ley da al parecer su disposicion aun por lo que mira al hijo, en quien concurre menor razon que en la hija, aprobando en este con-

dize en la ley deste Título, que comiença: Diferencia (82). E esta atal es embargamiento, que defiende que las parientas del esposa non pueden casar con el esposo, nin otrosi ninguno de los parientes del esposo, non pueden casar con la esposa, fasta quarto grado; e si casaren, deue ser desfecho el casamiento. E este derecho, touieron todos los homes por bien, que fuesse guardado por onestad (83) de la Eglesia, e por egualdad de los Pueblos, e por toller escandalo (84) de entre ellos. E tal alleganҫa como esta se faze, tambien entre aquellos que se pueden casar de derecho, como entre los otros que lo non pueden (85) fazer: e esto se deue entender, si los desposados fuessen de hedad de siete años (86) complidos, o poco menos, de manera, que ayan entendimiento para plazerles las desposajas (87).

cepto la l. 3. §. 5. D. *de bonor. possess. contra tabul.*; y lo que en la ley precedente al fin dijo solo con respecto á la hija, en la presente lo estiende tambien al hijo; véas. lo dicho en la l. precedente.

(82) Véas. l. 4. de este tit. con lo dicho allí, advirtiendo que no resulta este impedimento de los esponsales celebrados condicionalmente, cuando no se hubiere cumplido la condicion, segun el cap. únic. §. ult. *de sponsal.*, lib. 6. con la glos. y DD. allí.

(83) Siempre debe atenderse mucho esta circunstancia en el matrimonio, l. 42. D. *de ritu nupt.* — * Véas. el cap. 3. *de ref. matr.*, ses. 24. Concil. trid.

(84) Esta pudo ser la causa impulsiva, supuesto que la esperiencia confirma cuantas riñas y enemistades se han suscitado entre parientes, cuando alguno que lo es del esposo, procura casarse con la desposada; y asi lo dice tambien Juan Andr. en el cap. *juvenis*, *de sponsal.*

(85) Añad. cap. 4. *de sponsal.*, y cap. únic. del mismo tit. lib. 6. donde se lee primeramente esta disposicion, al paso que antes de sancionarse dicho capítulo se sostenia lo contrario en vista del cap. *si quis desponsaverit*, 15. caus. 27. cuest. 2. segun la antigua interpretacion; sosteniendo esta doctrina Sto. Tomás 4. *sentent.*, dist. 41. fundado en la razon natural que enseña que lo que no es, no puede producir ningun efecto.

(86) Véas. l. 6. de este tit. y cap. únic. *de desponsat. impuber.*, lib. 6. al princip.

(87) Añad. el cit. cap. únic. *de sponsal.*, lib. 6. y cap. 1. al princ. *de desponsat. impub.*, lib. 6. —* Segun se ha visto, en las glosas de este título se presentan algunas cuestiones sobre esponsales, que tratan estensamente los canonistas, en especial Berardi *in jus eccles. univers.*, tom. 3º y Reiffenstuel *jus canon. univ.* tom. 4º No es nuestro ánimo añadir nuevas controversias á las que recuerda Gregor. Lopez, ni tampoco examinar las indicadas con mayor detencion, bastándonos continuar las disposiciones de derecho español posteriores á la época del glosador, para que en su vista alcancen nuestros lectores un cabal conocimiento de nuestra legislacion sobre la materia de que hablamos.

Para la validez de los esponsales es requisito esencial el consentimiento de los contrayentes, de modo que si fuesen estos impúberes bien que mayores de 7 años, atendida la debilidad ó ligereza de su consentimiento, deberia esperarse que llegasen á la pubertad, para ratificarlo entonces espresa ó tácitamente cap. 7. y 8. *de desponsat. impub.*

Ademas del consentimiento de los esposos, exige tambien el derecho canónico el de los padres, abuelos ó tutores de quienes aquellos dependen; pero de modo que sin este requisito aunque falte al contrato la apetecida licitud, sin embargo queda á salvo la validez del mismo; y esto porque la falta del esposo que no obtuvo el consentimiento paterno, no debe refluir en perjuicio del inocente, ni ademas puede servirle de pretesto para que deje de observar lo pactado, burlando el derecho adquirido por aquel á cuyo favor se obligó. Ademas en el cap. 1. ses. 24. *ref. matrim.* del Concil. de Trent. se declara la validez de los matrimonios contraidos por hijos de familia aun sin el consentimiento de sus padres, bien que allí mismo se reprueban tales enlaces como indecorosos é ilícitos.

A pesar de lo dicho, en vista de las leyes sancionadas en España desde el tiempo de don Cárlos III, dúdase y con razon, si deberán considerarse tambien inválidos los esponsales de los hijos de familia celebrados sin el consentimiento paterno, ó en defecto de este sin el de las otras personas que vienen señaladas por la ley. El citado Rey en la pragmática de 23 de marzo de 1776 que forma la ley 9ª tit. 2. lib. 10. *Novis. Recop.*, espresando ante todo dejar ilesa la autoridad eclesiástica y disposiciones canónicas en cuanto al sacramento del matrimonio para su subsistencia, valor y efectos espirituales, deseando cortar los abusos que resultaban de la frecuencia de matrimonios desiguales contraidos por hijos de familia sin esperar el consejo y consentimiento paternos, ó de aquellos deudos ó personas que se hallasen en lugar de padres; despues de examinada la materia en junta de ministros, pa-

ra que estos propusieran el remedio mas conveniente, justo y conforme á su real autoridad en órden al contrato civil y efectos temporales; remitido despues el dictámen de aquellos al consejo pleno y de conformidad con el parecer de este, mandó que los hijos é hijas de familia menores de 25 años, debian para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre, y á falta de ambos de los abuelos de ambas líneas respectivamente, y no teniéndolos de los parientes mas cercanos que se hallasen en la mayor edad, y no fuesen interesados ó aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores y curadores; bien entendido que prestando los espresados parientes, tutores ó curadores su consentimiento, debiesen ejecutarlo con aprobacion del juez real é interviniendo su autoridad si no fuese interesado, y siéndolo con la aprobacion y autorizacion del corregidor ó alcalde mayor realengo mas cercano.

En el §. 3º de la misma ley, se previene; que si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento ó consejo, por este hecho, asi los contrayentes como los hijos y descendientes de tal matrimonio, debiesen quedar inhábiles y privados de todos los efectos civiles, como son, el derecho para pedir dotes ó legítimas y para suceder como herederos forzosos y necesarios, en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres y abuelos á cuya obediencia y respeto faltaron; entendiéndose no obstante esta disposicion, segun real decreto de 26 de diciembre de 1790 que es la nota 2ª del espresado título, que no basta lo dispuesto en la pragmática para la privacion de los efectos y derechos que en la misma se espresan, á no intervenir tambien la desheredacion ó privacion de ellos, declarada espresamente por los padres ó abuelos como en pena de haber faltado al respeto tan debido. Asimismo en el propio §. antes citado se señaló como justa causa de desheredacion la espresada contravencion ó ingratitud, para que no pudiesen los desheredados pedir en juicio ni alegar de inoficioso ó nulo el testamento de sus padres ó ascendientes; quedando á estos el libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad y sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos. Respecto de los mayores de 25 años se espresa en el §. 6º de la ley citada, que cumplen con pedir el consejo paterno para colocarse en estado de matrimonio, incurriendo en las penas establecidas en los §§. anteriores solo cuando dejásen de pedir dicho consejo.

En la ley 17. del propio título su fecha 17 de setiembre de 1788, se declaró y mandó: que solo los hijos de familia eran los que podian pedir el consentimiento de sus padres: abuelos, tutores y demas personas de quienes dependan para contraer matrimonio: y asimismo que en los tribunales eclesiásticos no se admitiesen demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno, ni aun por via de impedimento careciendo de la principal circunstancia, sin la que no pueden habilitarse para parecer en juicio por ninguno de los dos conceptos, pues en ambos casos se ha de hacer constar siempre y en debida forma el espresado consentimiento.

D. Cárlos IV modificando y ampliando en parte la pragmática de 23 de marzo sobre citada, en su real decreto de 10 de abril de 1803 que es la ley 18 del mismo tít. y lib., dispuso que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquier clase del estado á que perteneciesen, pudieran contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de oposicion no estaria obligado á esplicar la causa de ella. Los hijos despues de los 25 años y las hijas despues de los 23 todos cumplidos, pueden segun la ley citada, casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener el consentimiento de su padre. En defecto de este, tendrá la misma autoridad la madre, bien que entonces los hijos é hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes, esto es, los varones á los 24 y las hembras á los 22 todos cumplidos: á falta de padre y madre, concede la ley la misma autoridad al abuelo paterno y al materno á falta de este; pero los menores adquieren entonces la libertad de casarse dos años antes que los que tengan padre, esto es, los varones á los 23 y las hembras á los 21 años todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, suceden los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los referidos tutores, el juez del domicilio; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse los varones á los 22 y las hembras á los 20 años cumplidos. Dispónese igualmente en la misma ley que los vicarios eclesiásticos que autorizaren algun matrimonio para el que no estuviesen habilitados los contrayentes segun los requisitos que aquella espresa, deben ser espatriados y ocupadas todas sus temporalidades, incurriendo en la misma pena de espatriacion y en la de confiscacion de bienes (hoy está abolida la pena de confiscacion, segun el artº 10. de la const. de 1845) los que tales matrimonios hubiesen contraido. Por último, en la misma ley se previene á los tribunales eclesiásticos y seculares que no admitan demandas de esponsales á no haberse presentado

por personas habilitadas para contraer por sí segun los espresados requisitos, y á no venir estipulados en escritura pública, debiendo en tal caso procederse en dichas demandas nó como asuntos criminales ó mistos, sino como puramente civiles.

Las personas sobre espresadas á las cuales deben los hijos de familia y menores pedir el consentimiento para contraer esponsales ó matrimonio en los términos que queda dicho, por punto general estan obligadas á prestarlo, atendido que deben protegerse y fomentarse los matrimonios. Si los que aspiran al matrimonio creyesen irracional el disenso de sus padres ó superiores, podrán acudir á la justicia real ordinaria y en caso necesario con recurso al consejo, chancillería ó audiencia del respectivo territorio, para obtener el suplemento del consentimiento que exige la ley, segun asi se halla espresamente prevenido en los §§. 7, 8, 9 y 10 de la 9. antes citada, la que se reformó posteriormente en esta parte con la de 14 de abril de 1813 restablecida por el real decreto de 30 de agosto de 1836, donde se dispone que las peticiones sobre suplir el consentimiento paterno para contraer matrimonio, deben dirigirse al Gefe superior político de la provincia respectiva, quien en vista de las razones alegadas por el padre ó superior competente, declarará si fue ó nó irracional el disenso, autorizando en el primer caso á los reclamantes para la celebracion del matrimonio ó esponsales, consiguiendo aquellos con tal autorizacion escapar absolutamente de las penas señaladas por el derecho.

El arcipreste de Ager en Cataluña deseoso de llevar á efecto lo dispuesto por D. Cárlos III en la cit. pragmát. de 1776 y demas leyes posteriores hasta 1784 relativas á los matrimonios de hijos de familias, manifestó al mismo Rey la práctica que introdujo en el territorio de su jurisdiccion, suplicando que si alguna cosa habia que añadir para la perfecta observancia de la ley real se le manifestase para poderla cumplir puntualmente. La práctica observada por el citado arcipreste que aprobó el Rey como la que mas se acercaba al cabal y exacto cumplimiento de lo prevenido en la pragmática y demas leyes que tratan de este asunto, disponiendo que se hiciese estensiva para todo el reino, consistia en que cuando se tenia noticia de que el hijo de familias pidió y obtuvo el consentimiento paterno, en la publicacion de moniciones, que por ningun caso se dispensaba en los matrimonios de esta naturaleza, se espresase la circunstancia de haberse tratado y convenido el matrimonio con espreso consentimiento de los padres, y en la partida que se escribia en los cinco libros, debia añadirse tambien esta circunstancia despues de haberse celebrado con palabras de presente el matrimonio, siendo cargo de la visita de cinco libros la omision de ella que se hacia rigorosamente todos los años contra los curas párrocos en el caso de haber sido omisos: que cuando acontecia disentir el padre de familias se enviaba el conocimiento del disenso al juez secular competente (ahora al Gefe superior político) y mientras pendia y estaba indecisa la resolucion, se suspendia todo ulterior procedimiento. La razon de esta práctica la fundaba el arcipreste en que segun el catecismo de S. Pio V, faltaban los hijos de familia que sin el consejo y bendicion de sus padres trataban de contraer matrimonio; y que estando en pecado mortal no se les podia admitir á la participacion de los SS. sacramentos, y por ello se les debia dilatar el del matrimonio hasta que se hubiese practicado aquella diligencia.

Ademas de las personas sobredichas que deben obtener el consentimiento de sus padres, parientes ó tutores para la celebracion del matrimonio, hay otras tambien que deben pedir y obtener en los que intentaren, el consentimiento de otras personas. Segun el art. 47 de la const. de 1845, el Rey antes de contraer matrimonio debe ponerlo en conocimiento de las Córtes, á cuya aprobacion se someterán las estipulaciones y contratos matrimoniales que deban ser objeto de una ley: lo que deberá observarse tambien respecto del matrimonio del inmediato sucesor á la corona.

En el §. 11 de la Pragmática de 1776 tantas veces citada, se manda que se conserve en los infantes y grandes la costumbre y obligacion de dar cuenta al rey de los contratos matrimoniales que intenten celebrar ellos ó sus hijos é inmediatos sucesores, con el objeto de obtener la Real aprobacion, previniéndose que si omitiesen algunos el cumplimiento de esta necesaria disposicion, asi los contraventores como su descendencia, por este mero hecho quedaban inhábiles para gozar los títulos, honores y bienes dimanados de la corona, no pudiendo la cámara despachar á los grandes la cédula de sucesion sin hacer constar al tiempo de pedirla, caso de estar casados los nuevos poseedores, haber celebrado sus matrimonios precediendo el consentimiento paterno y el regio sucesivamente. Y como puede haber casos de tan graves circunstancias que no permitan que deje de contraerse el matrimonio aunque sea con persona desigual, aun entonces los obligados á pedir el real permiso deben solicitarlo, quedando todavía subsistente é invariable lo dispuesto en la Pragmática en cuanto á los efectos civiles, y en su virtud la muger ó el marido que causen la notable desigualdad, quedarán privados de los títulos, ho-

TITULO II.

EL QUAL FABLA DE LOS CASAMIENTOS.

Casamiento establecio Nuestro Señor Dios, de ome, e de muger, en el Paraiso, por las razones (1) que diximos en el comienço desta Partida. Pero los Santos Padres muestran otras, spiritualmente, por que tienen que lo fizo. La primera fue, para cumplir la dezena (2) orden de los Angeles, que menguaron, quando cayeron del Cielo por su soberuia. La segunda, por desuiar (3) pecado de luxuria; lo que puede fazer el casado, mas que otro ome, queriendo biuir derechamente. La tercera es, por auer mayor amor á sus fijos, seyendo cierto dellos (4), que son suyos. La quarta (5), por desuiar contiendas, e homezillos, e soberuias, e fuerças, e otras cosas muy tortizeras, que nascerian por razon de las mugeres, si casamiento non fuesse. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos de los Desposorios, queremos en este dezir de los Casamientos, a que dizen en latin Matrimonios. E mostrar primeramente, que cosa es. E onde tomo este nome, e que pro viene del, e en que lugar fue establescido,

nores y prerogativas que les conceden las leyes del reino, no sucediendo los descendientes de este matrimonio en tales dignidades, honores, bienes ó vínculos dimanados de la corona, los que recaerán en las personas á quienes en su defecto correspondia la sucesion: sin que tampoco puedan los descendientes de dichos matrimonios usar de los apellidos y armas de la casa de cuya sucesion quedan privados, debiendo tomar precisamente el apellido y las armas del padre ó madre que haya causado la notable desigualdad, concediéndoles que puedan suceder en los bienes libres y alimentos que deban corresponderles.

Asimismo en el §. 13. de la dicha Pragmática con el objeto de conservar el esplendor de las familias llamadas á la sucesion de las grandezas, se previno que aun cuando estuviesen en grados distantes, debiesen ademas del consentimiento paterno pedir el Real permiso en la Cámara, al modo que se piden las cartas de sucesion en los títulos, procediéndose informativamente y con la preferencia que piden tales recursos.

Por lo tocante á consejeros y ministros togados de todos los tribunales del reino, se dispone, que cuando traten de contraer matrimonio pidan, ademas de la paterna, la licencia del presidente ó del gobernador del consejo. En órden á militares sobre lo establecido en los caps. 1. y 5. lib. 2. tít. 17. de las Ordenanzas, se previene en el §. 15. de la misma pragmática, que si omitiesen el consentimiento paterno queden sujetos á las mismas penas que los individuos de las otras clases del estado.

Otras personas hay á quienes está prevenido espresamente que cuando traten de contraer matrimonio obtengan el consentimiento de sus superiores, por ejemplo: los alumnos de colegios que esten bajo la inmediata proteccion del rey; que no pueden casarse sin licencia de S. M.; ley 11. tit. 2. lib. 10. Novis. Recop. cuya disposicion se estendió luego por la ley 12. del propio tit. y lib. á los individuos de colegios, universidades y seminarios de ambos sexos erigidos con autoridad pública; y por último á los individuos de todos los colegios, seminarios, etc. se les mandó por la ley 13 del mismo tit. que para casarse debieran obtener la licencia de sus respectivos superiores.

En vista de las disposiciones que preceden y que pueden verse mas estensas en los lugares citados, fácil nos será resolver la cuestion indicada al principio de esta nota, diciendo que no resulta ninguna obligacion civil de los contratos de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno, aunque realmente exista la obligacion moral ó natural del entendido contrato, con tal que la promesa hubiese sido hecha y aceptada con conocimiento y deliberacion; y esta resolucion es generalmente admitida por los canonistas y moralistas. Sobre las varias cuestiones que pueden ocurrir en materia de esponsales, puede verse señaladamente al autor Cárlos Sebastian Berardi en su obra *in jus ecclesiast. univer.* tom. 3. Disert. 2.

(1) Añad. cap. *sicut*, 2. §. *his ita*, 32. cuest. 2.

(2) Se prueba esto en el cap. *hi duo*, 55. *de consecrat. dist.* 1. y por la glos. en la suma caus. 23. cuest. 1.

(3) Para que la concupiscencia que nos inclina al mal se refrenase con la santidad del matrimonio, segun el cit. §. *his ita*, pues es sabido que sin pecado se cumple lo que Dios manda, segun el cap. *deinde*, dist. 26. al fin.

(4) Es decir, por conjeturas, pues cosa es esta que no es susceptible de plena prueba, l. 83. D. *de condit. et demonstrat.*

(5) Hay otras causas ademas de las que indica la ley, como son, el restablecimiento de la paz, el aumento de relaciones amistosas, y tambien la acumulacion de riquezas que provienen secundariamente del matrimonio, segun la glos. en la suma caus. 29. cuest. 1.

e quando, e por que palabras, e por que razones, e en que manera se deue fazer, e quales pueden casar, e que fuerça ha el Casamiento, e que cosas embargan el Casamiento, o lo desfazen maguer sea fecho.

LEY 1. *Que cosa es Matrimonio.*

Matrimonio es (6) ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entencion de beuir siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, biuiendo ambos a dos. Pero si el matrimonio fuesse fecho por palabras de presente, segun dize en el Titulo ante deste, que fabla de las Desposajas; como quier que de suso dize en esta ley, que siempre deuen biuir en vno; razon ay, por que non seria assi. Ca si algun dellos quisiesse entrar en Orden (7), ante que se ayuntassen carnalmente, poderlo y a fazer, maguer el otro contradixesse: e despues que fuesse este atal entrado en Orden, e ouiesse fecho profesion, puede el otro casar (8), si quisiere. Mas si el matrimonio fuesse acabado, ayuntandose carnalmente, non podria ninguno dellos entrar en Orden, contradiziendolo el otro.

LEY 2. *Onde tomo este nome Matrimonio: e por que razon llaman assi al Casamiento, e non Patrimonio.*

Matris, et munium, son palabras de latin, de que tomo nome Matrimonio, que quier dezir tanto en romance, como officio de madre. E la razon porque llaman Matrimonio al Casamiento, e non Patrimonio (9), es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los fijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre sufre muy grand embargo (10) con ellos, demientra que los trae (a); e sufre muy grandes dolores, (b) quando han de nascer; e despues que son nascidos, ha muy grand trabajo, en criar a ellos mismos por si. E demas desto, porque los fijos, mientras son pequeños, mayor menester han de la ayuda de la madre, que del padre. E por todas estas razones sobredichas, que caben a la madre de fazer, e non al padre, porende es llamado Matrimonio, e non Patrimonio.

LEY 3. *Que pro viene del Casamiento: e quantos bienes son (c) del.*

Pro muy grande, e muchos bienes nascen del casamiento, segund es dicho en el Prologo desta quarta Partida. E avn sin aquellos, señaladamente se leuantan ende tres cosas (11), fe, e linaje, e Sacramento. E esta fe es, lealtad (12) que deuen guardar el vno al otro, la muger non auiendo que ver con otro, nin el marido con otra. E el otro bien del linaje es, de fazer fijos para crescer derechamente el linaje (13) de los omes: e con tal entencion (14) deuen todos casar, tambien los que non pueden auer fijos, como los que los han.

(a) en el vientre, Acad.
(b) quando ha de parir Tol. 3. quando ha de encaescer: Acad.
(c) en el Acad.

(6) Concuerd. l. 1. D. *de rit. nupt.*, §. 1. instit. *de patria potest.*, y caus. 27. cuest. 2. en la suma, donde véas. la glos.

(7) Véas. l. 4. al fin y l. 8. al princip. del tit. precedente con lo dicho allí. —* Añad. el can. 6. *de matrim.*, concil. trident.

(8) Añad. cap. *verum*, *de convers. conjug.*, y la autent. *de sanctis. episc.*, §. *si vero constante*, 40. colac. 9.

(9) Asi se lee en la glos. caus. 27. cuest. 1. en la suma, y véas. tambien lo que notan la otra glos. y DD. al princip. *instit. de patria potest.*

(10) Como en el cap. *ex litteris*, *de convers. infidel.*, y en el cit. princ. *instit. de patria potest.*

(11) Añad. cap. *omne*, 27. cuest. 2. á Hostiens. en la suma *de matrim.*, §. *quare contrahatur*, vers. *porro*, y añad. la glos. en el cap. ult. *de condit. apposit.*

(12) Esta lealtad viene especialmente recomendada por Aristot. 3. *œconomicorum*, diciendo que Ulises á pesar de prometerle la hija de Athlante la inmortalidad, si tenia acceso con ella, no quiso consentir para no perder la amistad y aprecio de su consorte, como asi lo refiere Bald. estensamente en la l. 1. al princ. C. *de privileg. dot.*, y añade allí que la fidelidad entre los consortes es una especie de castidad, segun la l. 22. §. 4. D. *ad Trebel.*

(13) No hay propiamente prole donde no haya nupcias, segun la autent. *de nuptiis*, al princip. col. 4. Bald. en la cit. l. 1. al princip. C. *de privileg. dot.*, y allí Alex. en las adic.

(14) Véas. la glos. en el cit. cap. ult. *de condit. apposit.*, y aunque la muger sea anciana de suerte que no pueda tener hijos, subsiste sin embargo el matrimonio segun la l. 27. C. *de nupt.*, y Bald. en la l. ult. C. *de sponsal.*, col. 2.

E el otro bien del Sacramento (15) es, que nunca se deuen partir en su vida: e pues Dios los ayunto, non es derecho que ome los departa. E demas, cresce el amor entre el marido, e la muger, pues que saben, que non se han de departir; e son mas ciertos de sus fijos, e amanlos mas porende. Pero con todo esto, bien se podrian departir, si alguno dellos fiziesse pecado de adulterio (16) o entrasse en Orden (17) con otorgamiento del otro, despues que se ouiessen ayuntado (18) carnalmente. E como quier que se departen, para non biuir en vno, por alguna destas maneras, non se departe por esso (19) el matrimonio.

LEY 4. *En que logar fue establescido el Matrimonio, e quando, e por que palabras, e por que razones.*

Parayso terrenal, es logar o fue primeramente (20) establescido el casamiento: e fue fecho ante que Adan pecasse (21), segun dize la primera ley deste Titulo. E segund muestran los Santos Padres, si se ouiessen guardado de pecar, fizieran los omes, e las mugeres, fijos sin deleyte (22) e sin cobdicia de la carne. E las palabras porque se fizo el casamiento, son aquellas que dixo Adam quando vio a Eua su muger, segund dize en el Titulo de las Desposajas: que los huessos (23), e la carne della, que fueran del, e que serian ambos como vna carne. Ca non se fizo por las palabras, que algunos cuydaron, quando bendixo Nuestro Señor a Adam, e a Eua, e les dixo: Creced, e amuchiguadvos (24), e henchid la tierra. Ca estas palabras non fueron si non de bendicion: e demas, las otras porque se faze el casamiento, eran ya dichas primeramente (25). E las razones por que el casamiento fue establescido, mayormente son dos. La vna, para fazer fijos, e acrescer el linaje de los omes: e por esto establescio Nuestro Señor Dios el casamiento en el Parayso primeramente, segund que es sobredicho. La otra, para guardarse los omes de pecado de fornicio: e esta establescio Sant Pablo (26), por gracia de Spiritu Santo, segund dize en la primera ley deste Titulo. E como quier que por otras razones (27) se mueuen los omes a fazer casamiento; assi como por toller enemistad entre los linajes, o por fermosura de las mugeres, o por las riquezas que han, o porque son de grand linaje; pero señaladamente fue establescido, e se deue fazer, por las dos razones sobredichas, segund Dios, e segund ley.

LEY 5. *En que manera se deue fazer el Casamiento.*

Consentimiento (28) solo, con voluntad de casar, faze matrimonio entre el varon, e la muger. E esto es por esta razon: porque maguer sean dichas las palabras, segund deuen, para el casamiento, si la voluntad de

(15) La cópula matrimonial es un enlace dispuesto por Dios segun el cual los esposos forman una misma carne sin que puedan separarse antes de morir, Génes. cap. 2. vers. 24., Mat. cap. 5. y 19. vers. 5. y el Apostol 1. *ad corinth.* cap. 7.

(16) Segun el cap. *significasti*, y el cap. *ex litteris*, 5. *de divort.*, S. Mateo cap. 5. y 19. y S. Marc. cap. 10.

(17) Añad. cap. *uxoratus*, 8. y cap. *ad apostolicam*, 13. y otros *de convers. conjug.*

(18) Si esto sucediese antes de la cópula, quedaria disuelto el vínculo del matrimonio por la profesion religiosa de uno de los consortes, como lo nota la glos. en el cap. *verum*, *de convers. conjug.* — * Añad. can. 6. *de matrim.*, ses. 24. conc. trid.

(19) Segun el cap. *ex parte*, *de sponsal.*, y los caps. citados *de convers. conjug.* — * Añad. can. 7. *de matrim.*, conc. trid.

(20) Segun se ha dicho en el proemio de esta Part. y en el sumario del presente tit. y añad. cap. unic. *de voto*, lib. 6.

(21) Véas. el Génes. cap. 2. vers. 23. y asi se dice tambien en el cit. cap. unic. *de voto*, y lo enseña la glos. en la suma caus. 27. q. 1.

(22) Segun el §. *his ita*, cap. *sicut*, caus. 27. cuest. 2.

(23) Asi se lee en el Génes. cap. 2. vers. 23. «esta es un hueso de mis huesos» etc. cap. *lex divina*, 18. caus. 27. cuest. 2., la glosa en el cit. cap. unic. *de voto*, lib. 6., el sumario de la caus. 27. cuest. 1.; y sobre estas palabras véase lo que dicen elegantemente Hostiens. y Juan Andr. en el cap. ult. *de frigid. et malefic.*

(24) Véas. la glos. en la suma caus. 27. q. 1.

(25) Véas. el cit. §. *his ita*, caus. 32. cuest. 2. y la glos. en la suma, caus. 27. cuest. 1.

(26) Cap. 7. vers. 2. ep. 1. *ad corinth.*

(27) Esto enseña la glos. en la suma caus. 27. cuest. 1.

(28) Concuerd. cap. *sufficiat*, 27. cuest. 2. cap. ult. *de sponsa duor.*, l. 30. D. *de regul. jur.*, l. 2. D. *de rit. nupt.*, y cap. *cum locum*, 14. *de sponsal.*

aquellos que las dizen non consiente (29) con las palabras, non vale el matrimonio, quanto para ser verdadero: como quier que la Eglesia judgaria (30) que valiesse, si fuessen las palabras prouadas, por (d) razon, que fueran dichas, en la manera que se faze el casamiento por ellas; (e) non se prouando, que las palabras fueran dichas en otra manera (31), que por voluntad de casar, assi como si fuessen dichas por juego, o por mostrar por que palabras se puede fazer el casamiento. Pero razon y a, en que se podria fazer el matrimonio, sin palabras, tan solamente por el consentimiento. Esto seria, como si alguno casasse, que fuesse mudo (32): ca maguer que por palabras no pudiesse fazer el casamiento, poderlo y a fazer por señales, e por consentimiento. Ca tanto fazen las señales, que demuestran el consentimiento entre los mudos, como las palabras, entre aquellos que pueden fablar. Esso mismo seria en los sordos, que non oyen ninguna cosa (33). E maguer que de suso dezia en esta ley, que el matrimonio se faze tan solamente por el consentimiento; si aquellos que lo fazen pueden fablar, conuiene que lo fagan por palabras, porque se pueda prouar (34), si menester fuere. E puedese fazer el matrimonio, por aquellos mismos que casan, o por sus parientes,

(d) juicio que fueran Acad.
(e) *Las palabras que siguen en la ley hasta el principio de la cláusula siguiente faltan en el cod. Acad.*

(29) Si sobre el particular mediare alguna protesta antes de celebrarse el matrimonio; véas. la glos. en el cap. *tua nos, de sponsal.*, y Felin. en el cap. *cum M. Ferrariensis*, col. penult. *de constit.*

(30) Véas. el cap. *tua nos*, 26. *de sponsal.*, y allí los DD., pues como dice Ricardo 4. *sentent.*, dist. 27. art. 71., es tan difícil probar el interior disenso, que puede considerarse imposible: sin embargo Bald. en la l. ult. col. 4. C. *de hæred. instit.*, hablando espresamente de la especie del citado cap. *tua nos*, dice que el disenso puede probarse por confesion de ambos contrayentes, cuya resolucion se entenderá salvo cuando se presuma colusion en aquellos, segun el cap. *super eo, de eo qui cognov. consang. uxor. suæ.* En el foro interno se da crédito al que dice no haber consentido en el matrimonio, como se arguye del cit. cap. *tua nos*, y allí lo dicen comunmente los DD., esplicándolo latamente Socin. consil. 28. vol. 1., quien propone ademas el caso en que ambos contrayentes confesasen su falta de consentimiento; y tambien si el Papa puede dispensar en un matrimonio de esta clase.

(31) Véas. á Hostiens. en la suma tit. *de spons.*, rub. *de matrim.*, §. *qualiter*, donde en la palabra, *quid si tenebo*, examina la fuerza de las siguientes espresiones: «serás mi muger hasta que la tierra cubra mis ojos, ó hasta que pongan tierra sobre mis ojos» profiriéndolas dolosamente y con ánimo de engañar: y sobre esto cita tambien á Alex. consil. 152. col. penult. al fin vol. 5.

(32) Concuerd. cap. *cum apud*, 23. *de sponsal.*, que fue la primera decretal que estudió Juan Andr. como allí lo dice, comentándola estensamente; entendiendo que aun el sordomudo puede contraer matrimonio, y asi dice haber sucedido en la especie de aquel capítulo, segun aparece de los lugares de donde fue tomado: en el propio lugar trata tambien Juan Andr. sobre la posibilidad de contraer matrimonio el mudo, sordo y ciego de nacimiento; y resuelve que contraeria válidamente, cuando por alguna señal pudiese manifestar su consentimiento; pues en otro caso debe equipararse al que carece de discrecion; y con este parecer se conforma el Abad diciendo que en caso de duda debe ser consultado el príncipe. — * Antes parece que la consulta debiera elevarse al Papa, ya que, segun se observa, él solo puede señalar impedimentos dirimentes del matrimonio.

(33) Si de algun modo pudiese oir, no habria duda alguna sobre la validez del matrimonio, como lo dice la glos. en el cit. cap. *cum apud.*

(34) De aqui se desprende que las palabras no son de sustancia del matrimonio, sirviendo mas bien para prueba de la celebracion del mismo aun respecto de aquellos que pueden hablar: sin embargo el texto del cap. *tuæ*, 25. *de sponsal.*, parece exigir esencialmente las palabras para la validez del matrimonio en el foro externo, diciendo allí Inoc. que de otra suerte si del simple consentimiento interior se presumiese el matrimonio, podrian seguirse muchos absurdos; mas á pesar de todo dice Hostiens. allí que realmente las palabras no son de sustancia aun por lo que respecta al fuero eclesiástico, sino que basta la manifestacion del consentimiento de cualquier modo que tenga lugar. Entre estos pareceres encontrados dice Juan Andr. que si mediaron tratos para la celebracion del matrimonio, en este caso procede la opinion de Hostiens.; y de lo contrario la de Inoc. La opinion de Hostiens. siguen el Abad y DD. allí, y tambien la glos. y el cit. Abad, en el cap. *si inter virum*, *de sponsal.*, y esta parece ser la opinion comun entre teólogos y canonistas como afirma Silvestr. en la suma part. *matrimonium*, vers. 7. *quæritur*. En realidad no parece bas-

o por mensajeros de sus casas, o por otros estraños, que lo fagan con mandado dellos (35). E deuese fazer manifiestamente, porque se pueda prouar, e non (*f*) encubierto.

LEY 6. *Quales pueden casar en vno, e quales non.*

Casar pueden todos aquellos, que han entendimiento sano, para consentir el casamiento, e que sean tales, que non ayan embargo, que les tuelga de yazer con las mugeres; fueras aquellos, a quien defiende el Derecho señaladamente, que non pueden casar. E maguer los moços, e las moças que non sean de hedad (36), digan aquellas palabras porque se faze el matrimonio; porque non han entendimiento para consentir, non valdria este casamiento que entre atales es fecho. Otrosi el que fuesse castrado (37), o que le menguassen aquellos miembros que son menester para engendrar, maguer aya entendimiento para consentir, non valdria este casamiento que fiziesse: porque non se podria ayuntar con su muger carnalmente, para

(*f*) en encubierto. Acad.

tante para la validez del matrimonio el solo consentimiento interior; sino que ademas se requieren señales externas manifestativas del mismo, contestando de este modo á la dificultad propuesta por Inoc.; y estas señales es muy conveniente que sean las palabras, porque con ellas se espresan mejor los conceptos, como enseña la presente ley. Adviértase que Bald. en la l. 10. C. *de ingen. et manum.*, y en la 1. C. *de sponsal.*, lect. 2. adhiere á la opinion de Inocen. añadiendo que si el padre prometiese por su hija y consintiera esta en que interviniesen arrhas, valdria el matrimonio: alega á este propósito lo que se nota en el cap. *hoc sancitum*, 32. cuest. 2.; sirve tambien el cap. 1. §. ult. *de despons. impub.*, lib. 6.: igual doctrina defiende Bald. despues de la glos. en la l. 7. al princip. C. *de præscript. 30 annor.*, y tambien en el §. ult. *de success. feud.*; igual opinion sigue Bart. Brixi. como se desprende de lo notado sobre el cap. 1. dist. 43. al fin de la glos. Tambien se conforma con la opinion de Inoc. el Dr. Juan Lup. Dean de Segovia trat. *de matrim.*, fol. 3. col. 1. y fol. 4., distinguiendo entre el matrimonio espreso y tácito, y afirmando que en el primero son necesarias las palabras pero nó en el segundo, como afirman los autores que no se conforman con el parecer de Inoc. La opinion de este la admiten tambien Cardin., Zabar. y el Prepos. Alexand. despues de Godofredo. Entre estas opiniones creemos que si uno de los contrayentes manifestase con palabras que consiente en el matrimonio y el otro lo hiciese con señales sin hablar, valdria el matrimonio; y en este concepto habla la glos. en el cit. cap. *si inter virum*, y Jas. en la l. 35. D. *de verbor. oblig.*, §. 1.; y en el particular no hay duda alguna: Pero si ninguno de los contrayentes hubiese manifestado de palabra su consentimiento, en este caso aun cuando creemos mas conveniente la manifestacion verbal, sin embargo estamos por la validez del matrimonio, cuando por medio de otros signos se manifestase el consentimiento; y esta opinion la juzgamos mas verdadera, pudiendo añadirse á lo dicho lo que enseña Alberic. en la l. 5. D. *de adoptionibus*.

(35) Sobre el particular véas. el cap. ult. *de procurator.*, lib. 6. y allí la glos. y Juan Andr., y nota el consil. 146. y 149. de Alex. vol. 5. donde enseña las palabras con que debe el procurador manifestar el consentimiento de su principal, citando allí á Hostiens. en la sume tit. *de matrim.*, §. *qualiter*, despues del principio, quien enseña las palabras con que debe espresarse el apoderado, á saber; «N. mi principal consiente en tomarte por esposa por mi mediacion;» si bien dice Alex. lugar cit., que aunque fuesen otras las palabras pero uno mismo el concepto como; «te recibo por muger en nombre de N. mi principal;» en este caso valdria tambien el matrimonio segun Bart. y otros en la l. 13. §. 13. D. *de damno infecto*, y Juan de Imol. en la l. 6. §. 1. D. *ad Trebel.*, y en el cap. *in pertractandis*, *de jurament. calumn.*, porque en todas aquellas cosas que son inseparables de la persona del principal, y que este hace por medio de su apoderado, el apoderado contrae nó por sí, sino por aquel que le dió el poder, cit. l. 66. §. 1. y cit. cap. ult. — * Las solemnidades que deben observarse en la celebracion del matrimonio, se continúan en el cap. 1. *de ref. matrim. concil. trident.*

(36) Véas. l. 6. tit. 1. de esta Part.

(37) Esto es, el que fuese impotente como por ser de un temperamento frio, segun esplica la glos. en la l. 6. palabr. *spadonem*, D. *de liber. et posthum.*, y asi es que los espadones pueden contraer matrimonio, como enseña Bald. en la l. 27. C. *de nupt.*, fundado en el citado vers. *spadonem*: pero á pesar de esto la glos. en el cap. *nuptiarum*, 27. cuest. 2. palabra *in quibusdam*, dice; que tampoco los espadones pueden contraer matrimonio, porque no pueden conseguir los tres objetos de la institucion de este sacramento, porque siendo inhábiles para la cópula, no pueden tener esperanza de procrear hijos, ni tampo-

fazer fijos. Otrosi el que fuesse loco (38), o loca, de manera, que nunca perdiesse la locura, non puede consentir, para fazer casamiento, maguer dixesse aquellas palabras por que se faze el matrimonio. Pero si alguno fuesse loco a las vezes, e despues tornasse en su acuerdo, si en aquella sazon que fuesse en su memoria consintiesse en el casamiento, valdria.

LEY 7. *Que fuerça ha el Casamiento.*

Ligamiento, e fortaleza grande ha el casamiento en si, de manera que despues que es fecho entre algunos como deue, non se puede desatar que matrimonio non sea; maguer que alguno dellos se faga Hereje (39), o Judio, o Moro, o fiziesse adulterio (40). E como quier questa fortaleza aya el casamiento, departirse puede por juyzio de Santa Eglesia por qualquier destas cosas sobredichas, para non beuir en vno (41), nin se ayuntar carnalmente, segun dize en el Titulo de los (g) Clerigos, en la ley que comiença: Otorgandose algunos. Mas si alguno de los que fuessen casados, cegasse (42), o se fiziesse sordo, o contrecho, o perdiesse sus miembros por dolores, o por enfermedad, o por otra manera qualquier; por ninguna destas cosas, nin aunque se fiziesse gafo (43), non deue el vno desamparar al otro; por guardar la fe, e la lealtad, que se prometieron en el casamiento: ante deuen beuir todos en vno, e seruir el sano al otro, e proueerle de las cosas que menester le fizieren; segund su poder. Pero lo que dize de suso del gafo, entiendese desta manera; que el que fincare sano dellos, si rescibiere grand enojo del otro, puede apartar su camara, e su lecho del, para non estar, nin yazer continuamente (44) con el. Mas deuel seruir en las otras cosas, e ayuntarse a el, para complir su debdo (45), quando lo demandare; fueras ende, si aquel que enga-

(g) religiosos Acad.

co pueden usar del matrimonio para evitar la fornicacion, como lo dice tambien el Abad en el cap. *consultationi*, *de frigid. et malefic.*, y el mismo autor en el cap. *quod ad sedem*, del mismo tit. Segun el propio Abad, el espadon que tuviese un solo testículo podria contraer matrimonio, entendiendo en este concepto la l. 39. §. 1. D. *de jure dot.*, y esto es lo que enseña tambien la presente ley; véas. l. 4. tit. 8. de esta Part.

(38) Concuerd. cap. *dilectus*, 24. *de sponsal.*, y cap. *neque furiosus*, 32. cuest. 7., entendiéndose no solamente del loco rematado, sino tambien del mentecato, pues en ambos concurre la misma razon de que no pueden consentir, segun Card. Alex. en el cit. cap. *dilectus*: si el demente no estuviese del todo privado del uso de su razon, pudiera contraer matrimonio, como lo enseña notablemente Socin. consil. 47. col. 3. vers. *capio secundam difficultatem*, vol. 3. donde dice lo mismo del que está del todo ebrio, sobre lo cual véas. á Henriq. y á Card. Florent. en el cit. cap. *dilectus*.

(39) Concuerd. cap. *quanto*, vers. *si vero alter*, *de divort.* Si el Papa puede ó nó dispensar en este caso, de suerte que el fiel pueda contraer matrimonio con otro? es cuestion que trata el Abad despues de Hostiens. en el cap. *ex parte*, *de convers. conjug.*, diciendo este que realmente el Papa puede conceder tal dispensa, aunque el Abad pone en duda la certeza de esta resolucion, inclinando mas bien á la contraria.

(40) Véas. el cap. *dixit Dominus*, 32. cuest. 1. cap. *significasti*, 4. *de divort.*, cap. 2. *de conjug. lepros.*, cap. *ex parte*, 9. *de sponsal.*, y cap. *gaudemus*, 8. *de divort.*, y asi corren parejas el varon y la muger, pudiendo verse á este propósito la causa 32. cuest. 7.

(41) Véas. cap. ult. *de convers. conjug.*, con lo notado allí.

(42) Añad. cap. *quemadmodum*, 25. *de jurejur.*, cap. *si uxor*, 32. cuest. 5. y cap. *hi qui sani*, 32. cuest. 7.

(43) Añad. cap. 1. y 2. *de conjug. lepros.*

(44) Véas. sobre esto la glos. en el cit. cap. *si uxorem*, 32. cuest. 5., pues no hay tan grave peligro en la reddicion del débito como en la cohabitacion.

(45) Véas. los citados capítulos 1. y 2. *de conjug. lepros.*, y allí á Hostiens., Juan And. y el Abad. Si el consorte que estuviese sano no pudiese pagar el débito por el horror de la enfermedad, ó por otro motivo; en este caso dígase que no estaria obligado á ello, cuando corriese peligro de la vida ó al menos de contraer la enfermedad contagiosa, segun Pedro de Palud. 4. *sentent.*, dist. 32.; pero si no hubiese tal riesgo y sí solo el de que fuese leproso el hijo que tal vez naceria, entonces debe la muger pagar el débito segun el citado autor, quien afirma deberse seguir en esta parte la opinion de los médicos que afirman, correr mas grave riesgo el marido si la muger es leprosa, que no esta por tener el marido semejante enfermedad: asi pues, como la muger tenga la peor especie de lepra que se llama leonina, no parece dudoso que el marido quede libre de pagar el débito, y sir-

feciesse, ouiesse de beuir comunalmente en vna casa con los otros (k) gafos, de guisa que non ouiessen camaras apartadas. Ca estonce el que fuesse sano, non seria tenudo (46) de morar con el en tal lugar; como quier que de fuera sea tenudo de seruirlo, segun que es sobredicho. E si ouiessen fijos de consuno, deuen beuir con el sano, e non con el otro, porque non sean ocasionados (47) de aquella malatya. Otrosi seyendo allegados en vno carnalmente el marido, e la muger, non ha poder ninguno dellos en su cuerpo, para entrar en Orden (48), o fazer otro voto (49), nin para guardar castidad (50), sin voluntad del otro (51); ante ha poder el marido (52) en el

(k) mulatos de guisa Acad.

ve al intento lo que nota el Abad en el cap. 2. *de conjug. lepros.*, diciendo que si el varon fuese tísico ó tuviese otra enfermedad tal que por ella no pudiese sin riesgo cohabitar con su muger, que en tal caso no puede obligársele, porque la caridad ó el amor debe usarse primeramente consigo mismo, segun la l. 6. C. *de servit. et aqua*, y asi dice que lo sienten generalmente los DD., porque nadie puede venir obligado á hacer cosa alguna en menoscabo de su propia conservacion; y asi vemos que la naturaleza primeramente retiene las sustancias para nutrir al individuo, antes de proporcionar medios para la reproduccion de la especie, segun el mismo Pedro de Palud.

(46) Esta especie se ha tomado de lo que dijo Godofredo en la suma.

(47) Esta doctrina es generalmente recibida por el peligro del contagio, como se espresa aqui; pudiendo añadirse que los leprosos deben ser puestos fuera de la ciudad para que no inficionen á los demas, segun Juan de Plat. en la l. 12. C. *de re milit.*, no pudiendo ser tampoco sepultados en el cementerio general, segun el Abad en el cap. *sacris*, *de sepultur.*, debiendo asimismo cuando son llamados por testigos, ser recibidos separadamente de los demas, segun Bald. en la l. 8. C. *de testam.*

(48) Segun el cap. *ex publico*, 7. *de convers. conjug.*, y el cap. *commissum*, 16. *de sponsal.*

(49) Es decir, si lo que votase fuese perjudicial al marido, como lo nota la glos. en el cap. *manifestum*, 33. cuest. 15., pues puede sujetar á voto lo que puede dar sin consentimiento de su marido; y sobre esto véas. lo que se lee en los Númer. cap. 30. vers. 7., 8. y 9.: «Si la muger prometiese alguna cosa con voto jurando la promesa, en cuanto supiese el marido lo que votó sin contradecirlo, la muger deberá cumplir su voto pagando cuanto habia prometido: pero si sabiendo el marido el voto, lo contradijo anulando las promesas de su muger y el voto con que habia ligado su alma, Dios se compadecerá de ella.

(50) Cap. *si abstinens*, 27. cuest. 2. cap. *charissimus*, 11. *de convers. conjug.*, y la glos. en el cap. 1. 17. cuest. 1.; bien que podrá la muger hacer voto de continencia en daño suyo, segun el cap. *quidam*, 3. y el cap. *placet*, 12. *de convers. conjug.*, notándolo el Abad en el cit. cap. *charissimus*. Sto. Tomás 4. *sentent.* dist. 32. dice; que sobre el particular hay diversas opiniones, afirmando algunos que un consorte puede votar la continencia sin consentimiento de su cónyuge, al paso que otros sostienen con mayor probabilidad que no puede hacerse semejante voto del modo dicho, porque resultaria de aqui una molestia para el cónyuge que debiera siempre pedir el débito; y esta opinion defienden Albert. y Duraud. y Juan de Napol., en concepto de los cuales no solamente pudiera dispensar el Obispo el voto en cuestion como dice Juan Andr. en el cap. *rursus*, *qui cleric. vel voventes*, sino que ademas pudiera hacerlo írrito el otro consorte, como lo dice Silvest. en la suma part. *votum*, 5. §. 2., añadiendo que ambas opiniones vienen fundadas en el mismo principio, á saber; que el un consorte con su voto no puede perjudicar al otro. Asi pues el voto de no pedir el débito absolutamente, será nulo, porque perjudica al otro consorte; pero si el voto se dirigiese á imponerse el votante una prohibicion solo respecto á sí mismo, como si votase no tener cópula para satisfacer el propio apetito sino el de su consorte; en este caso, segun el autor citado será válido el voto. Sobre el particular véas. lo que dice S. Gerónimo á Celancia al fin; «es peligroso prometer lo que depende de la voluntad de otro, y no sé si puede ser grata á Dios la donacion de cosa que corresponda á dos personas. Véas. á Juan Andr. en el cap. *quidam*, *de convers. conjug.*

(51) Si los dos esposos hubiesen hecho la promesa simultáneamente, quedan obligados á cumplir lo prometido, segun el capítulo *quod Deo pari*, 33. cuest. 5., de suerte que como dice Inoc. en el cit. cap. *dudum*, *de convers. conjug.*, si se juntasen los casados despues del voto de continencia, seria ilegítima la prole que naciese de esta union: sobre esto añade la glos. en el cap. *ministri*, dist. 81. y el Abad en el cit. cap. *charissimus*, lo que tal vez tendria lugar cuando el voto de continencia fuese perpetuo, pero nó si fuese temporal segun el cit. cap. *quod Deo pari*, y el cap. *charissimus*.

(52) Asi lo dice S. Pablo 1. *ad corinth.* cap.

cuerpo de la muger, e ella en el de su marido, quanto en estas cosas. E aun puede apremiar la Eglesia a qualquier de los que fuessen casados en vno, si alguno dellos se querellasse del otro, que non quiere yazer con el: ca por tal razon deue la Eglesia apremiar que lo faga, maguer nunca (53) fuessen ayuntados en vno; e non deue dexar de lo fazer, maguer alguno dellos ouiessen yazido con pariente, o con parienta del otro, despues (54) que fuessen casados. E avn ha otra fuerça el casamiento, que maguer que son casados, se deuen guardar, de se ayuntar en los dias de las grandes fiestas (55), e otrosi en los del ayuno; con todo esto, si alguno dellos demandare al otro, que yagan en vno estos dias, non gelo deue contrallar, antes es tenudo de complir su voluntad. E avn ha otra fuerça el casamiento, segun las leyes antiguas (56), que maguer la muger fuesse de vil linaje, si casare con Rey, deuenla llamar Reyna, e si con Conde, Condesa, e avn despues que fuere muerto su marido, la llamaran assi, si non casare con otro de menor guisa. Ca las honrras, e las dignidades de los maridos, han las mugeres por razon dellos. E sobre todas las otras honrras que las leyes otorgan a las mugeres (i) por razon dellos, esta es la mayor, que los fijos que nascen dellos (57), biuiendo de consuno con sus maridos, que son tenidos ciertamente por fijos dellos, e deuen heredar sus bienes. E por esso los deuen honrrar, e amar, e guardar, sobre todas las cosas del mundo, e ellos otrosi a ellas.

(i) esta es la mayor Acad.

LEY 8. *De los que son casados, e se acusan vno a otro por pecado de adulterio, en que manera el que acusare deue complir, o non, la voluntad del acusado, mientras que durare el pleyto.*

Acusando de adulterio, para departirse en vida, alguno de los que son casados al otro, assi como la muger al marido, o el marido a la muger; si entre tanto que durare el pleyto de la acusança, demandare el acusado al otro, que yaga con el, deuelo fazer, si el adulterio non fuesse manifiesto: ca non le deue toller su derecho, ante que sea vencido por juyzio (58). Mas si el adulterio fuesse conoscido (59), non deue yazer con aquel que es acusado, maguer lo el demande; fueras ende, si el mismo ouiesse caydo en esse mismo pecado (60) de adulterio: ca en tal manera, deuel complir su voluntad, pues que egualmente pecaron; porque el pecado de cada vno de ellos, embarga a si mismo, de manera que non puede acusar (61) al otro. Ca mucho seria desaguisada cosa del marido, quitarse de su muger por pecado de adulterio, si prouassen a el, que auia fecho esse mismo yerro (62).

7. vers. 4., y se lee tambien en el cap. *quidam*, 3. *de convers. conjug.*

(53) Véas. el cit. cap. *ex publico*, 7. *de convers. conjug.*

(54) Segun el cap. *discretionem*, 6. *de eo qui cognovit consang. uxor. suæ.*

(55) Véas. cap. *quotiescumque*, y sigs. 33. cuest. 4. y allí la glos. en la suma, donde se dice tambien, que debe pagar el débito aquel á quien se pidiese, como se espresa luego en esta ley.

(56) Véas. l. 8. D. *de senator.*, la autent. *de consulib.*, col. 8. y el cap. *ex parte*, *B.* 15. *de foro compet.*

(57) Véas. l. 6. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.*, l. 9. C. *de nupt.*

(58) Concuerd. cap. 2. *ut lit. pend.*, y véas. tambien la glos. en el cap. *si cujus*, dist. 34.

(59) Añad. cap. *significasti*, 4. *de divort.*, y la glos. en el cap. 1. 32. cuest. 1., la que aconseja que el inocente no pague el débito conyugal, sino en virtud de mandato de la Iglesia, para que no aparezca que aprueba las costumbres del criminal; y sobre esto véase tambien la glos. y DD. en el cap. ult. *de adult.*

(60) Añade cap. *nihil*, 32. cuest. 6. cap. *intelleximus*, 6. *de adulter.*, y cap. ult. del mismo tit.

(61) Entiéndase en el fuero eclesiástico ante el juez de la Iglesia, pues lo contrario fuera si el varon adúltero acusase á su esposa adúltera ante el juez secular, segun la l. 1. C. *de adulter.*, y la 1. tit. 17. Part. 7., donde véas. lo que se dirá, probándose mas claramente en la l. 2. tit. 15. lib. 8. *Ord. real.*, al fin, sea cual fuere la disposicion de la l. 9. tit. 17. Part. 7.

(62) Delitos iguales se borran por compensacion segun los caps. penult. y ult. *de adulter.*, y la l. 39. D. *solut. matrim.* ¿La muger á quien perdonó el marido su adulterio, viviendo en adelante castamente podrá acusar al marido que mas tarde cometiese igual delito? Trata esta cuestion la glos. en el cap. 1. caus. 32. cuest. 16. palabra *purgatus*, resolviéndola por último afirmativamente, si bien allí mismo sigue la contraria Archid. aprobando el parecer de la primera glos. que fue el de Hugo y Lorenzo. El marido abandona su muger por su deshonestidad pública, reci-

LEY 9. *Por que razon escusa el Casamiento al ome de non pecar, cuando yaze con su muger.*

Escusança (63) ha el marido, e la muger, a las vezes, de non pecar, quando yazen en vno. E porque se mueuen a esto fazer por quatro razones, e por algunas dellas caen en pecado, e por algunas non; departiolo Sancta Eglesia en esta manera: que quando se ayuntan el marido, e la muger con intencion de auer fijos, non caen en pecado (64) ninguno, ca ante fazen lo que deuen, segund Dios manda. E la otra es, quando se ayuntan el vno dellos al otro, non porque lo aya de voluntad de lo fazer, mas porque el otro lo demanda (65); en esta manera otrosí, non ha pecado ninguno. La tercera razon es, quando le vence la carne, e ha sabor de lo fazer; e tiene por mejor, de se allegar a aquel con quien es casado, que de fazer fornicio a otra parte, e en esto faze pecado venial (66), porque se

biendo luego órden sagrada; ¿si en este estado cometiese pecado de lujuria revive luego el matrimonio? Archid., Cardin. y Alex. resuelven negativamente esta cuestion en el cap. *si cujus*, dist. 34. donde en solucion del cap. ult. *de adulter.*, y del cap. *ex litteris*, 5. *de divort.*, en que se espresa que el delito del consorte hace revivir el derecho perdido, dicen que esto solo tiene lugar cuando persevera el consorte en el mismo estado, citando en prueba de esto al cap. *veniens*, 16. *de convers. conjug.*, donde véas. el Abad despues de la glos. Dada sentencia contra la muger adúltera, si despues de cumplida la penitencia comete adulterio el marido, deberá de nuevo recibir á su muger? Parece deberá hacerlo á tenor de lo dispuesto en el cit. cap. *ex litteris*, por mas que diga lo contrario la glos. en el cap. *Apostolus*, 32. cuest. 7., cuya opinion siguió tambien el Abad en el cap. ult. *de adulter.*, si bien la otra glos. y Anton. allí defienden como mas probable la opinion 1. en vista de lo que dispone el citado cap. *ex litteris*, y con esto parece conformarse Juan de Anan.; y supuesto que la glos. en el cit. cap. *Apostolus*, y los DD. que la siguen, pretenden que el juez de oficio debá reunir á los consortes, por esto debe seguirse la opinion indicada que en esto favorece el derecho de la parte ofendida; y nótese bien esta resolucion, porque como consecuencia de ella la muger en el caso dado recobrará el dote perdido por causa del adulterio. Dos consortes hicieron voto de continencia que ha quebrantado uno de ellos: ¿el inocente podrá reclamar al consorte culpable? La glos. en el cap. *nosse*, 30. cuest. 1. y la otra glos. en el cap. *quod Deo pari*, 33. cuest. 5. dicen; que el juez de oficio debe ordenar la reunion de los esposos, obligándoles á la prestacion mutua del débito; diciendo lo contrario el Abad en el cap. *charissimus*, *de convers. conjug.*, porque ambos esposos hicieron promesa igual; y tal vez esta opinion es mas cierta porque el cap. *ex litteris*, en que se funda la glos. no habla de cuando hubiere de por medio el voto de continencia.

A pesar de lo dicho en órden á la compensacion de los delitos, si fuese la una fornicacion carnal y la otra espiritual, no podrán compensarse, segun Bald. en el cap. 1. *qualiter debeat vassal. jurare domino fidelit.*; entendiéndose sin embargo esta doctrina segun la esplican el Abad despues de Hostiens. en el cap. ult. *de convers. conjug.*; y sobre esto véase la l. 8. tit. 9. de esta Part.: asi pues no se admite compensacion en delitos de distinta naturaleza, sobre lo cual véas. la doctrina notable de Bald. en la l. 10. §. 10. D. *de in jus vocando*, y tambien el Abad en el cap. *sicut*, 29. *de jurejur.*, col. 6.; al mismo Bald. en la l. 19. C. *de usur.*, col. penult. vers. 22. *quæritur*, y lo que dice el propio Bald. en la l. 1. §. 1. vers. *extra quæro*, D. *ne quis eum qui in jus vocatus est vi eximat*, col. 2.

(63) Nótese la disposicion de esta ley y véase lo que se lee en el cap. *quid quid*, 3. causa 32. cuest. 2. y el texto con la glos. en el cap. *vir cum propria*, 33. cuest. 4., la glosa en el cap. *omne*, y en el cap. *sunt qui dicunt*, 27. cuest. 2., la otra glos. notable en el cit. cap. *quid quid*, y siguientes, y en el cap. 2. §. *is ita*, de la misma causa y cuestion, y la glos. última en el cap. *in eo*, 32. cuest. 4.; véase tambien el cap. *ad ejus*, dist. 5., el cap. *adulterii*, 32. cuest. 7. con la glos. allí, y la otra glos. en la suma y en el cap. penult. 33. cuest. 4. y en el cap. *quærendum*, *de pœnit.*, dist. 2.

(64) Antes contraen un mérito, segun Pedro de Palud. 4. *sentent.*, dist. 31.

(65) Toda vez que es acto de justicia, es meritorio segun lo hemos dicho ya citando á Pedro de Palud., y esto mismo debiera decirse cuando se obra para mitigar la concupiscencia del consorte, porque es acto de caridad, asi como fuera acto de castidad y prudencia cuando se dirigiese á evitar el propio peligro de fornicacion; en todos estos casos pues la cópula mediante la gracia fuera un acto meritorio y sin ella indiferente.

(66) Añad. á Pedro de Palud. lug. cit. la glos. en el cap. *quid quid*, 32. cuest. 2., y el cap. *adulterii malum*, 32. cuest. 7.

mouio a fazerlo con cobdicia mas de la carne, que non por fazer fijos. La quarta razon es, quando se trabajasse el varon por su maldad, por que lo pueda mas fazer, comiendo letuarios calientes, o faziendo otras cosas; en esta manera peca mortalmente (67), ca muy desaguisada cosa faze, el que vsa de su muger tan locamente, como faria de otra mala, trabajandose de fazer, lo que la natura non le da.

LEY 10. *Que cosas embargan el casamiento.*

Quinze cosas son, por que se embarga el casamiento, que non se faga. La primera es, quando acaesciere yerro en las personas (68) de aquellos que casan, cuydando el varon, que le dan vna muger, e danle otra en logar de aquella. Esto mismo seria, si la muger cuydasse casar con vn ome, e casasse con otro: ca qualquier dellos que errasse desta guisa, non consenteria (69) en el otro; porende non deue valer el casamiento, e si fuesse fecho, puedese desfazer; fueras ende, si nueuamente consentiesse en el, despues que lo conosciesse. Esto se deue entender desta manera: si la muger cuydasse casar con vn ome de que ouiesse auido alguna conoscencia por vista, o por fama, o por oido, e viniesse otro, e cuydasse que era aquel, e casasse con ella. Mas si ninguna destas cosas, e conoscencias non ouiesse la muger con el varon, e viniesse vno en nome de otro (70), e casasse con esta; por tal yerro como este non se desfaze el casamiento: por que la muger non yerra en el otro, de que non auia conoscencia ninguna, mas yerra en este, que vee ante si. E tal yerro como este non es de la persona, porque la vee, mas es de otra cosa, que es llamada en latin error de calidad (71), o de fortuna; como si dixesse, quera fijo de Rey (72), o de otro ome noble, e non fuesse assi; o si dixesse, que era rico, e fuesse pobre. Esso mismo seria, que valdria el casamiento, si alguno casasse con muger, que (j) dixesse que era virgen (73), maguer non lo fuesse.

(j) cuidaba Tol. 3.

(67) Sigue la opinion de Hugo de que hace mérito la glos. en el cit. cap. *quid quid,* aunque la misma glos. allí inclina á la contraria, afirmando que ni aun en este caso comete pecado mortal; y esta opinion como mas probable es comunmente recibida, con tal que el varon estuviese en ánimo de contenerse si aquella no fuese su muger.

(68) Sobre esto véas. caus. 39. cuest. 1. con la glos. y á Hostiens. en la suma tit. *de matrim.*, §. *qualiter impediatur*, vers. 1. y sig.

(69) El que yerra no consiente, l. 15. D. *de jurisdict. omn. judic.*, definiéndose el error, aplicacion ó intencion del ánimo á una cosa falsa, segun lo dice Bald. en la l. 20. C. *de jur. deliber.*, y añade el mismo Bald. en la l. 9. C. *ad leg. Falcid.*, que el que consiente por error, mas bien contradice lo que parece consentir.

(70) Entiéndase cuando la muger no tuviese de ello noticia alguna, pues es necesario que el error recaiga en la persona del contrayente; y asi si alguno en pais lejano se supusiese, por ejemplo, hijo del Rey casándose en este concepto con alguna muger que le creyese tal, no será válido el matrimonio, porque el consentimiento fue prestado á favor de persona que no era lo que fingia, y asi lo dice Hostiens. lug. cit. y Sto. Tomás 4. *sentent.*, dist. 30.; y á este propósito dice la glos. en la suma caus. 29. cuest. 1. sobre la palabra *petatur*, que si alguno tuviese tres hijos, consintiendo alguna muger en casarse con el primogénito que realmente no era tal, no será válido el matrimonio, porque el consentimiento de la supuesta esposa no era para aquel con quien resultó el matrimonio verificado.

(71) Añad. caus. 29. cuest. 1. §. *his ita*, y l. 3. C. *de hæred. instit.*, donde se declara válida la institucion de heredero hecha á favor de un esclavo creido libre, de lo que infiere Pabl. de Castro allí, que si alguno instituyese á un monge prófugo que vistiese el trage laical, valdria la institucion, adquiriendo la herencia el monasterio, porque el error de que se trata no es de persona sino de calidad: véas. lo que dice Jas. despues de Bald. en la l. 14. C. *de fideicommis.*, y sobre el error de calidad añade tambien lo que nota Juan Andr. en el cap. ult. *de conjug. servor.*

(72) Entiéndase segun lo notado en la glos. 70.; es decir, cuando no espresó el nombre del Rey de quien se suponia hijo, sino llamándose en general hijo de un Rey, ó cuando el supuesto Rey era tal de quien no se tuviese noticia alguna: véas. glos. 1. caus. 29. cuest. 1. en la suma.

(73) Añad. el cit. §. *his ita;* pero si fuese esposa de futuro y supiese antes de la consumacion del matrimonio que no era vírgen, no debiera casarse con ella segun lo indica el cap. *quemadmodum*, 25. *de jurejur.*, y lo nota la glos. en el cap. *raptor*, 27. cuest. 2. Si alguno dijere á alguna muger; «me caso contigo si eres vírgen,» y seguida la cópula se descubriese no ser tal; ¿habrá matrimonio? La

LEY 11. *De la condicion que es llamada seruil, e del voto solenne, por que se embargan los Casamientos.*

Seruil condicion es la segunda cosa por que se embarga el casamiento. Ondo si algun ome que fuesse libre, casasse con muger sierua, o muger sierua con ome libre, non sabiendo que lo era, tal casamiento non valdria (74); fueras ende, si el libre consentiesse en el otro de palabra (75), o de fecho, despues que lo sopiesse, otorgando el casamiento, o ayuntandose a el carnalmente. Mas si tal casamiento como este fuesse fecho, sabiendo el libre (76) que el otro era sieruo, ante que lo fiziesse; valdria el matrimonio, e non se podria por esta razon desfazer. La tercera cosa que embarga el casamiento, es voto solenne que alguno prometiesse, para entrar en Religion (77), segun dize en el Titulo de los Religiosos, en la ley que co iença: (*k*) Solenne. Ca tal voto como este embarga el casamiento, que se non faga; e si fuere fecho, deuenlo desfazer. Mas si el voto es simple (78), segun dize en la ley de que fezimos emiente en esta, como quier que embarga el casamiento, (*l*) que non vala, non lo deuen desfazer, despues que fuere fecho.

(*k*) Simple voto; Acad.

(*l*) que se non faga, non Acad.

LEY 12. *Del parentesco carnal, e spiritual, e de la cuñadia, que embargan, e desfazen los Casamientos.*

Parentesco, e cuñadia, fasta el quarto grado (79), es la quarta cosa, que embarga el casamiento que se non faga; e si fuere fecho, deuenlo desfazer. Otrosi el parentesco spiritual (80), que es entre los compadres, e los padrinos con sus afijados, embarga el casamiento, ante que lo fagan, e si es fecho deuenlo desfazer. Ca el compadre non deue casar con su comadre, nin el padrino con su afijado; nin el afijado, o el afijada, con el fijo,

glos. en el cap. *per tuas*, *de condit. appos.*, resuelve esta cuestion negativamente, si bien segun Cardin. allí, será la indicada verdadera condicion teniendo fuerza de tal, si el que la puso no hacia referencia á la cópula, sino á inspeccion que pudiesen hacer matronas honestas, ó á otro medio con que sin menoscabo del pudor pudiese saberse si existia ó nó la virginidad: así pues, si la condicion indicada se pusiese con referencia á la cópula, debiera rechazarse como torpe por suponer que era esta posible con la esposa de futuro, y en este concepto subsistiria el matrimonio aun faltando la virginidad; y con esta aclaracion debe entenderse lo que dice la glos. cit. y doctores que se conforman con ella, entre los cuales se cuenta Franc. de Aret. consil. 82 num. 4. vers. *super tertio verò dub.*, quien añade, que si la condicion se hubiese espresado con estas palabras «te recibo por mi muger si eres virgen,» resultará de ellas la validez del matrimonio si al tiempo del convenio era cierta la condicion señalada, siendo por el contrario nulo si aquella fuese falsa, pues tal es la naturaleza de la condicion de presente segun las ll. 87. D. *de reb. credit.*, 100. y 120. D. *de verb. oblig.*: no se olvide que si el modo de conocer la virginidad fuere por medio de la cópula, se tendria por no puesta la condicion, quedando desde luego válido el matrimonio segun el cap. 1. *de condit. appos.*

(74) Segun el cap. *si quis ingenuus*, y el cap. *si fœmina*, 29. cuest. 2.

(75) Véas. el cit. cap. *si quis ingenuus*, y el cap. *si fœmina*, el cap. *proposuit*, 2. y el cap. *ad nostram*, 4. *de conjug. servor.*

(76) Añad. cap. *si quis liber*, y cap. *si quis ancillam*, 29. cuest. 2.

(77) Es decir, cuando profesa en religion, y lo mismo seria si hiciese voto solemne de castidad recibiendo órden sagrada, segun el cap. unic. *de voto*, lib. 6. y el cap. 1. *qui cleric. vel vovent.*

(78) Concuerda cap. *veniens*, 5. y cap. *rursus*, 6. *qui cleric. vel vovent.*, y esto tiene lugar aunque ambos esposos hubiesen hecho voto simple segun la glos. en el cap. ult. causa 27. cuest. 1., donde véas. en el caso en cuestion como el uno de los esposos podrá pagar el débito al otro cuando ninguno de los dos puede exigirlo. Nótese que el que contrajo matrimonio con el que habia hecho voto simple de castidad, si lo hizo á sabiendas peca mortalmente; asi la glos. en el cap. 1. 27. q. 2. Si el Obispo puede dispensar ó nó los votos simples de suerte que el que lo hizo pueda exigir el débito? Véas. á Juan Andr. en el cit. cap. *rursus*, y el Abad en el cit. cap. *veniens*, que resuelven afirmativamente la cuestion.

(79) Véas. el cap. *non debet*, 8. *de consanguin. et affin.*, y el tit. 6. de esta Part.

(80) Véas. ll. 1., 2., 3., 4., 5. y 6. tit. 7. de esta Part., y sobre la última especie de esta ley véas. la penúltima y última del mismo tit. — * Añad. cap. 2. y 5. *de ref. matrim.* concil. trident.

nin con la fija de su padrino, o de su madrina: ca son hermanos spirituales. Otrosi porfijando algun ome alguna muger, non deue casar con ella, nin ninguno de sus fijos, mientra que durasse el profijamiento. Esso mismo seria, si alguna muger profijasse a algun ome.

LEY 13. *De los que fazen pecado de incesto, que non deuen casar.*

Feos pecados, e desaguisados, fazen los omes muchas vegadas, de manera que se embargan los casamientos por ellos. E esta es la quinta cosa que tuelle a los omes, que non deuen casar. E porque los omes se pudiessen guardar de fazer estos pecados, touo por bien la Santa Eglesia, de mostrar quales son. El vno dellos es, vn pecado que llaman en latin incestus (81), que quier tanto dezir, como pecado que ome faze yaziendo a sabiendas con su parienta (82), o con parienta de su muger (83), o de otra (84) con quien ouiesse yazido, fasta el quarto grado; o si yoguiesse alguno con su madrastra, o con madre, o fija, (*ll*) o con su cuñada, o con su nuera; o si alguno yoguiesse con muger de Orden (85), o con su afijada (86), o con su comadre. E esso mismo seria, de las mugeres que yoguiessen con tales omes, con quien ouiessen debdo en algunas de las maneras sobredichas; que qualquier destos sobredichos, que fiziessen tal pecado, non deuen casar: pero si casasse, como quier que non lo deuia fazer, valdria el casamiento (87). E maguer que de suso dize, que los que fazen pecado de incesto, que non deuian casar; si lo algunos fiziessen, que fuessen tan mancebos (88) que non pudiessen mantener

(*ll*) ó con su annada ó con su nuera. Tol. 2. 3. ó con su abuela ó con su nuera. B. R. 3.

(81) Incesto es la cópula habida entre parientes por consanguinidad ó afinidad, cap. *lex illa*, 36. cuest. 1.

(82) Con esta palabra indica la ley que los incestuosos no pueden contraer matrimonio, y que si de hecho lo contraen no podrán exigir el débito de su consorte, no solo cuando delinquieron con una consanguínea de esta, sino ademas cuando el crímen se consumó con otra parienta de los mismos ó con otra muger cualquiera, y esta opinion la sostuvo la glosa en el cap. *de incestis*, 35. cuest. 3., y parece probada en el cap. *si quis viduam*, 32. cuest. 7. conformándose con ella Hostiens., Juan Andrés y el Abad en el cap. 1. *de eo qui cognov. consang. uxor. suæ*, cuando generalmente establecen que los incestuosos no pueden contraer matrimonio: igual doctrina sostiene Aug. en la suma part. *incestus*, §. ult., á pesar de que Ricardo, el Archidiach. Florent., Sto. Tomás y tambien Rosel. segun dice Silvest. en la sum. part. *matrimonium*, §. ult. son de contrario parecer, limitando la prohibicion de casarse á los que cometieron incesto con una consanguínea del consorte; y el fundamento de esta doctrina consiste en que aunque no sea pecado menos grave tener cópula con una parienta por consanguinidad, sin embargo se limita la prohibicion del derecho á cuando el varon tuvo cópula con la consanguínea de su consorte ó esta con el consanguíneo del varon: á mas de que no parece irrogarse tanta afrenta al matrimonio cuando la cópula se tiene con parienta del incestuoso; y segun Sto. Tomás el impedimento que nace del incesto, no tanto se funda en el delito como en la afinidad que produce. Realmente son de mucho valor estas razones, y porque el cap. 1. y el cap. *ex litteris*, 8. *de eo qui cognovit consang. uxor. suæ*, hablan espresamente de cuando la parienta de la muger tuvo acceso con el marido, y los citados textos de las decretales no hablan tan terminantemente sobre la materia; por esto puede entenderse que si los incestuosos contraen matrimonio, deben ser separados; bien que nó por esto deben considerarse privados de casarse con otras personas. Mas como quiera que esto sea, ya que la presente ley interpreta el derecho canónico, deberémos estar por lo determinado en ella, conformándonos asi con lo que á tenor de la misma dicen los intérpretes del espresado derecho.

(83) Añad. cap. *qui dormierit*, 32. cuest. 7. cap. 1. y cap. *ex litteris*, 8. *de eo qui cognov. consang. uxor. suæ.*

(84) De la cópula ilícita nace tambien la afinidad cap. *præterea*, 12. *de sponsal.*, cap. *ex litteris*, 8. *de eo qui cognov. consang.* —* Véas. cap. 4. *ref. matrim.* concil. trident.

(85) Véas. cap. *virginibus*, 27. cuest. 1. l. 5. tit. 15. lib. 8. *Orden. real*, y cap. *hi ergo*, 27. cuest. 1.

(86) Es mas fuerte el vínculo espiritual que el carnal, cap. *pictacium*, 30. cuest. 3. y la glos. allí.

(87) Añad. cap. *transmissæ*, 4. *de eo qui cognov. consang. uxor. suæ.*

(88) Segun el cap. *in adolescentia*, 33. q. 2. y la glos. en el cap. 2. *de eo qui cognovit consang. uxor. suæ*, pudiendo el Obispo dispensar en este punto, como enseña el Archid. de Flor. part. 3. tit. 1. cap. 11. col. 2. Pedro de Palud. 4. *sentent.*, dist. 35. cuest. 1. art. 2.; y véas. el Abad en el cit. cap. *transmissæ.*

castidad, puedeles la Eglesia otorgar que casen. E qualquier de los sobredichos, que fiziessen tal pecado, maguer fuesse casado, non se deue ayuntar a su muger, si non en aquellas sazones que ella lo demandare (89); e avn despues que ella muriesse, non deue casar, si non fuere tan mancebo, que non pueda guardar castidad: pero si casare, valdra el casamiento.

LEY 14. *Que pecados embargan los omes, que non deuen casar.*

Matan a las vegadas algunos omes a sus mugeres sin razon, e sin derecho. E porque Santa Eglesia entendio, que este pecado era muy grande, por esso defendio, que el que lo assi fiziesse, que non podiesse casar (90). Otrosi, el que lleuasse esposa (91), por fuerça, de otro, si yoguiesse con ella, non deue casar. Esso mismo seria del que sacasse su fijo de pila maliciosamente (92), quando lo batean, con entencion quel partiessen de su muger, porque non ouiesse con ella que veer. Otro tal seria, del que matasse Clerigo (93) Missacanno, o el que fiziesse penitencia solenne (94), segund dize en el Titulo de los Sacramentos, en la ley que comiença: Escriuieron los Santos. E como quier que ninguno destos sobredichos non deuen casar; si fueren tan mancebos de manera que non podrian mantener castidad, deueles otorgar la Eglesia, que casen. Pero si casassen sin otorgamiento della, valdria el casamiento, segund dize en la ley ante desta.

LEY 15. *En que manera desuariamiento de Ley, o fuerça, o miedo, embargan los casamientos, que se non fagan.*

Desuariamiento de Ley, es la sesta cosa que embarga el casamiento. Ca ningun Christiano deue casar con Judia (95), nin con Mora, nin con Hereja (96), nin con otra muger, que non touiesse la Ley de los Christianos; e si casasse, non valdria el casamiento. Pero el Christiano desposar se puede con muger que non sea de su Ley, sobre tal pleyto (97), que se torne ella Christiana ante que se cumpla el casamiento; e si non se tornare ella Christiana, non valdrian las desposajas. La setena cosa que embarga el casamiento, que se non faga, es fuerça, o miedo (98). La fuerça se deue entender desta manera; quando alguno aduzen contra su voluntad (99), o le prenden, o ligan, e le fazen otorgar el casamiento. E otrosi el miedo (100) se entiende, quando es fecho en tal manera, que todo ome (101), maguer fuesse de grand coraçon (102), se temiesse del; como si viesse armas (103), o otras cosas, con quel quisiessen

(89) Asi en el cit. cap. *transmissæ*, donde dice el Abad que puede la esposa negar el débito al marido incestuoso.

(90) Concuerd. cap. *admonere*, 33. cuest. 2. y la glos. allí, y véase la otra glos. en el cap. 2. *de pœnit. et remis.*

(91) Concuerd. cap. *statutum*, tit. 27. cuest. 2. y la glos. allí, y cap. *de pœnitentibus*, 33. cuest. 2.

(92) Concuerd. cap. *de eo*, 30. cuest. 1. y véas. l. 6. tit. 7. de esta Part.

(93) Concuerd. cap. 2. *de pœnit. et remis.*

(94) Véas. cap. *de his*, 12. y cap. *antiqui*, 19. caus. 33. cuest. 2.

(95) Concuerd. cap. *cave*, 15. y cap. ult. caus. 28. cuest. 1. con el §. *ex his.* El Papa pudiera dispensar en este caso con justo motivo, porque este impedimento se ha introducido por disposicion eclesiástica, segun Scoto y Pedro de Palud. 4. *sentent.*, dist. 39. cuest. 1. — * Sobre la diferencia de religion en cuanto es impedimento dirimente del matrimonio, véas. Berardi *in jus eccles. univ.*, tom. 3. dist. 4. cap. 6.

(96) Sigue esta ley la opinion de la glosa en el cap. ult. *de condit. apposit.*, contra la cual hablan generalmente los DD. allí, y tambien la otra glos. en el cap. *non oportet*, caus. 28. cuest. 1., siendo esta la opinion mas probable, confirmada en el cap. *decrevit*, 14. *de hæretic.*, lib. 6. — * En órden á los matrimonios entre católicos y hereges, véas. lo que enseña Benedict. 14. *de synod. diœces.*, lib. 6. cap. 5., 6. y 7.

(97) Añad. cap. *cave*, y cap. *non oportet*, 28. cuest. 1.

(98) Concuerd. cap. *veniens*, 15. cap. *consultationi*, 28. y cap. *cum locum*, 14. *de sponsal.* — * De la fuerza y miedo, cuándo sean impedimentos del matrimonio, véas. Berardi *in jus eccles. univ.*, tom. 3. dis. 4. cap. 3.

(99) Esta es llamada violencia propiamente tal por el filósofo; véas. l. 1. al princ. D. *quod metus caus.*

(100) Llámase miedo «el azoramiento del ánimo por el peligro inminente ó futuro;» l. 1. D. *quod metus caus.*

(101) Hombre ó muger: aunque miedo mas leve fuera bastante en esta, segun la glosa en el cap. *cum locum*, *de sponsal.*, y allí el Abad.

(102) Nótense estas palabras que aclaran las leyes y doctrina de los autores que hablan del miedo que afecta á un varon constante.

(103) El terror de las armas es miedo jus-

ferir, o matar, o le quisiessen dar algunas penas (104); o si alguno que ouiesse seydo sieruo, seyendo ya libre, lo amenazassen, quel tornarien en seruidumbre (105); e esto seria, como si alguno que touiesse la carta de su libertad, le dixesse que la quemaria, o que la romperia, si non fiziesse aquel casamiento; o si fuesse manceba virgen (106), e la amenazassen que yazerian con ella, si non otorgasse aquel matrimonio. E non tan solamente embargan el casamiento, que se non faga, todas estas cosas sobredichas; mas si fuere fecho, se puede departir por qualquier dellas: fueras ende, si despues le pluguiesse (107) del casamiento, a aquel que ouiesse recebido la fuerça, o el miedo, e lo otorgasse (108).

LEY 16. *Quales Ordenes embargan, e desatan los Casamientos.*

Nueue grados de Orden ha en Santa Eglesia, segun dize en el Titulo de los Clerigos. E destos los tres mayores embargan el casamiento. Onde qual Clerigo quier que fuesse ordenado de alguno de los tres mayores Ordenes (109), assi como de Subdiacono, o de Diacono, o de Preste, non deue casar; e otrosi, si casare, deue ser desfecho el casamiento. E esta es la octaua cosa que embarga

to, aunque no hagan actualmente uso de ellas los que las traigan, como se dice aqui y en la l. 3. §. 5. D. *de vi et vi armata*, y lo notan la glos. y DD. en la l. 1. *unde vi*, advirtiendo que tendrá lugar tambien esta disposicion aun cuando dejasen sus armas los que viniesen con ellas, como lo nota la glos. 1. en el cit. §. 5. que dice Ang. deberse notar con cuidado, pues por lo mismo que pueden tomarlas otra vez, poco importa que las hubiesen dejado: l. 21. §. 3. y l. 4. al princip. D. *de noxal.*, l. 3. §. 13. D. *de adquir. posses.*, l. 64. D. *de reg. jur.*

(104) Nótense bien las palabras de la ley, de las que se infiere no ser necesario que realmente se apliquen las penas con que se amenaza, segun la l. 5. y sigs. D. *quod metus causa*, y sobre esto véas. la glos. en el cap. *bonæ*, 23. palabra *metuebat*, *de elect.*

(105) La esclavitud se equipara á la muerte, l. 209. D. *de reg. jur.*, l. 8. §. 1. D. *quod metus causa*. Si las amenazas se dirigiesen solo á la pérdida de los bienes, véas. á Bart. en la l. pen. D. *de condict. ob turpem causam*, y á Bald. en la cit. l. 8. §. *si is.*

(106) Lo mismo seria si fuese viuda ó muger honesta de otra clase, por militar en todas la misma razon, segun se prueba en la citada l. 8.

(107) No solamente procederia la disposicion de la ley en esta parte, constando el consentimiento espreso, sino aun cuando solo mediase el tácito, como si cohabitó con el varon pudiendo escapar de su compañía, ó tambien si consintió en tener cópula con el mismo segun el cap. *ad id quod*, 21. *de spons.*, y el cap. *insuper*, 4. *qui matrim. accus. poss.*, sobre lo cual véas. al Abad en el cit. cap. *ad id quod*, y á Oldrald. consil. 35. Asi pues no es necesario que celebre de nuevo el matrimonio, sino que este queda válido por la cohabitacion espontánea, segun el cit. cap. *ad id quod.* Y despues de esto parece dudosa la resolucion tomada por Anchar. consil. 228. y sigs., donde enseña que siendo el matrimonio nulo en su principio, aun cuando cese la nulidad, y persevere la muger en el matrimonio creido válido desde un principio, que á pesar de todo, este consentimiento continuado, no basta para que se presuma nuevamente contraido el matrimonio; pues contra esta presuncion aparece aqui, que aunque el matrimonio celebrado por miedo sea nulo *ipso jure*, segun se resuelve comunmente, como enseñan la glos., el Abad y DD. en el cit. cap. *cum locum;* esto no obstante se revalida aquel, cuando el que sufrió el miedo consiente en la cohabitacion ó en la cópula. Para solventar esta contradiccion dígase que Pedro de Anchar. finge la especie en que nunca intervino el consentimiento mutuo de los esposos, al paso que en el caso de la ley la voluntad del miedoso, consintiendo mas tarde y uniéndose con la voluntad del otro consorte que desde un principio consintió en el matrimonio, destruyen la suposicion del citado Anchar. segun la cual ni de parte del uno ni del otro de los supuestos esposos, habia consentimiento desde un principio.

(108) Entiéndase cuando no subsistiese ya la causa del temor, cap. 1. *de his quæ vi metusve causa fiunt*, con lo notado allí, y asi lo defiende Inocen. en el cap. *causam matrimonii*, *de offic. deleg.*, Bald. en la l. 1. C. *quod met. causa*, Bart. en la l. pen. C. *de condict. ob turp. causam*, y el mismo Bald. en la rub. C. *si quis aliquem testare prohibuerit*, colum. 8. y ult.

(109) Concuerd. cap. *si quis eorum*, 7. cap. *erubescant*, 11. cap. *lectores*, 8. cap. *placuit*, 13. dist. 32. cap. *à multis*, 9. *de ætat. et qualit.*, cap. 1. y 2. *qui cleric. vel vovent.*; pero adviértase que la recepcion de órden sagrada, no anula el matrimonio contraido, por

el casamiento, que se non faga; e si fuere fecho, deuenle desfazer. La nouena cosa es, quando alguno es ligado (110), por mal fecho que le fizieron, de manera, que non puede yazer (*m*) con muger. Pero esto se entiende, si auia ya el embargo, ante que se desposasse con ella por palabras de presente. Mas si despues (111) que el casamiento fuesse fecho, viniesse este embargo, o otro, de enfermedad, o de qualquier manera, non se desfaria el matrimonio por el; fueras ende (112), si fiziesse fornicio spiritual, o corporal. E spiritual seria, si se tornasse hereje, o de otra Ley; e corporal, si yoguiesse con otra muger, si non con la suya, o ella con otro ome, si non con su marido.

LEY 17. *Que embargos estoruan, (n) e defienden el Casamiento.*

Publicæ (113) honestatis justitia, tanto quier dezir en romance, como derecho que deue ser guardado por honestidad de Santa Eglesia, e del Pueblo. E esta es la dezena cosa, que embarga el casamiento, que se non faga, e si fuere fecho desfazelo. E cuñadia fasta el quarto grado, es la onzena cosa que embarga el casamiento; e lo desfaze, si fuere fecho, segun dize en el Titulo de las Desposajas (114). La dozena cosa que embarga el casamiento, e lo desfaze si es fecho, es quando el ome ha tan fria natura (115), que non puede yazer con la muger. La trezena cosa que embarga el casamiento, e le desfaze, es quando alguno se casasse seyendo loco, segund dize en este Titulo en la ley que comiença: Casar pueden. La catorzena cosa que embarga el matrimonio, e lo desfaze, es quando aquellos que casan, non son de hedad (11), nin han entendimiento, para consentir el vno en el otro, nin son guisados en miembros (117), nin en cuerpos, para ayuntarse carnalmente.

LEY 18. *Como non deuen casar contra defendimiento de Santa Eglesia, nin en tiempo de las ferias.*

Deuiedo (118) de Santa Eglesia, es la quinzena cosa que embarga los casamientos. E seria, como si algunos quisiessen casar, e dixessen otros contra ellos, que eran parien-

(*m*) con su muger; Acad.
(*n*) *e desfacen los casamientos.* Acad.

mas que no fuese consumado, sobre lo cual véas. á Juan Lup. dean de Segovia, trat. *de matrim.*, fol. 3., quien sostiene la opinion contraria cuando no fuese consumado el matrimonio, alegando al intento muchas razones que allí son de ver. — * Añad. el can. 9. *de matrim.* concil. trident.

(110) Véas. el cap. *si per sortiarias*, 33. cuest. 1. y ll. 5. y 6. tit. 8. de esta Part.

(111) Véas. el cap. *dixit Dominus*, 32. cuest. 1. cap. *si uxorem*, 32. cuest. 5. cap. *hi qui*, 32. cuest. 7. y cap. 1. y 2. *de conjug. lepros*. Cuando se duda si el impedimento de que hablamos precedió ó subsiguió al matrimonio; la glos. en la suma caus. 33. cuest. 1. resuelve, que á favor del matrimonio se presume aquel sobrevenido despues de celebrado, y lo mismo dice Godofredo tit. *de frigid. et malefic.*, y Bart. en la autent. *de nupt.*, §. 1. col. 4.: sin embargo el Abad en el cap. *fraternitatis*, col. 2. vers. *sed est dubium*, es de contrario parecer, afirmando que se presume haber precedido el impedimento, añadiendo que no obsta para esta resolucion el cap. *licet ex quadam*, *de testib.*, cuya disposicion solo tiene lugar cuando el matrimonio puede tener su efecto, esto es, la adquisicion de prole, ó bien el evitar la fornicacion, lo que no puede tener lugar en nuestro caso por la impotencia que se supone; y dice luego que esta interpretacion es muy conforme al espíritu y letra del cit. cap. *licet ex quadam.* Con este parecer del Abad se conforma Anton. en el cap. *laudabilem*, *de frigid. et malefic.*, y la limitacion recordada, antes del Abad la habia admitido Juan Andr. en el cit. cap. *fraternitatis*, advirtiendo que en esta parte parecen estar mas conformes los autores, segun lo enseña Ricardo lib. 4. dist. 34.

(112) Véas. l. 7. de este tit. y Part.

(113) Véas. l. 4. tit. 1. y l. ult. de esta Part. con lo dicho allí.

(114) Véas. l. 12. de este tit. y Part.

(115) Véas. el cap. *laudabilem*, 5. y el cap. *fraternitatis*, 6. *de frigid. et malefic.*, y ley ult. tit. 8. de esta Part.

(116) Véas. l. 6. tit. 1. de esta Part.

(117) Estos defectos deberán conocerse por la inspeccion, como lo enseñan Inoc. y Juan Andr. en el cit. cap. *laudabilem.* Sobre esto debe dejarse la resolucion al parecer de los facultativos, advirtiendo que tal vez algun hombre ó muger serán ineptos el uno para el otro, cuando en otras circunstancias ó dígase con otra persona tendrian la suficiente aptitud. Véas. á Hostiens. y Juan Andr. en el cit. cap. *fraternitatis*, *de frigid. et malefic.*

(118) Véas. sobre la materia, el tit. *de matrim. contract. contra interdict. eccles.*

tes, o cuñados; o que alguno dellos era desposado en otro logar; o poniendoles otro embargo derecho delante, por que non deuien casar; e la Eglesia les defendiesse por alguna destas razones, que non casassen, fasta que sopiessen cierto, si era el embargo atal, por que non deuiessen fazer el casamiento: sobre tal defendimiento non se deuen casar. E si lo fizieren, si el embargo fuere atal, por que non deue ser desfecho (119) el matrimonio porende, deuenles dexar en vno, e non los deuen departir para todavia, mas para tiempo señalado, si lo touiere su Perlado por bien, en que fagan penitencia del yerro que fizieron, porque se casaron contra defendimiento de Santa Eglesia. Otrosi el tiempo de las ferias (120) embarga el casamiento en algunas cosas; de manera, que non deuen velar (121) los nouios en ellas, nin meter la nouia (122) en poder de su marido, para yazer con ella. Pero si algunos contra esto fiziessen, non los deuen departir porende; fueras en la manera (123) que dize de suso en esta ley. Mas si non los quisiessen departir, deuen fazer penitencia, porque lo fizieron en tiempo que non deuien. E como quier que estas cosas non deuen fazer en los dias feriales, bien pueden fazer desposajas en ellos, e matrimonio por palabras de presente (124). E las ferias, en que deuen estas cosas guardar, son estas (125): desde el Domingo primero del Auiento, fasta en las ochauas (126) de la Epifania. E desde el Domingo de la Septuagessima, fasta las ochauas passadas de Pascua mayor. E desde el Lunes de las Ledanias, que es ante de la Acension, fasta las ochauas de Cinquesma, que se acaban en el Sabado (127).

(119) Porque la causa de la prohibicion no era perpetua sino temporal, segun el cap. 1. y 2. *de matrim. contract. contra interdict. eccles.*, debiendo resolverse lo contrario cuando fuese perpetua la espresada prohibicion, como lo nota la glos. en el cap. *tua*, *de sponsa duor*. Aun mas; si el Papa prohibiese simplemente el matrimonio entre ciertas personas, celebrado este á pesar de la prohibicion, subsistiria cuando no fuese perpetua la causa de aquella; pero si la prohibicion contuviese la declaracion de nulidad contra el matrimonio que se prohibia, entonces quedaria nulo el matrimonio celebrado, porque fueran enteramente inhábiles para contraerlo los comprendidos en la prohibicion que pudo el Papa imponer, de la manera que impuso la prohibicion á causa del parentesco legal ó espiritual, ó señaló otros impedimentos que espresa el derecho: y para saber los efectos de esta cláusula irritante, véas. á Inoc. y al Abad allí col. 3. y en el cap. *dilecto*, *de præbend.*, Felin. en el cap. *cum accessissent*, *de constit.*, col. 3. y 4. y en el cap. ult. col. 10. del mismo tit. y en el cap. *cæterum*, col. 13. *de rescript.*, y á Socin. consil. 87. col. 5. vol. 3. y consil. 67. col. penult. del mismo volum. y á Doming. en el cap. 2. *ut lite pendent.*, lib. 6. á Alex. consil. 97. volum. 5. y á Specul. tit. *de legat.*, §. *nunc ostendendum*, vers. 37. *pronuntiat.*

(120) Sobre esto véas. el cap. *non oportet*, y sigs. caus. 33. cuest. 4. y el cap. *capellanus*, 4. *de feriis.*

(121) En los tiempos de ferias está prohibida segun esto la celebracion de las bodas, y asimismo lo está la traslacion de la esposa á la casa del marido. — * Véas. can. 11. *de matrim.*, y cap. 10. *de ref. matrim.*, conc. trid.

(122) Véas. el cap. *neque uxor.*, 33. q. 4.

(123) Es decir, previo el mandato del prelado y con relacion al tiempo de las ferias, como lo dice el Abad en el cap. *capellanus*, *de feriis.*

(124) Esto mismo se prueba en el cit. cap. *capellanus*, donde véas. al Abad que trata si es lícito en estos tiempos consumar el matrimonio, resolviendo negativamente esta cuestion: pero si antes de las ferias quedase velada la muger, podrá exigir el débito cuando ya quedase consumado el matrimonio, siguiendo este mismo parecer Sto. Tomás 4. *sentent.*, dist. 32.

(125) Véas. el cap. *non oportet à septuagesima*, 33. cuest. 4. y el cit. cap. *capellanus.*

(126) Tal vez se aprueba con esto la opinion de Hostiens. que dice, durar estas ferias desde la primera dominica de adviento hasta la octava de la Epifanía inclusive, lo que dice Juan Andr. en el cit. cap. *capellanus*, observarse por costumbre en muchos lugares, aunque segun el mismo autor no se prueba tal costumbre por este texto; y asi dice el mismo, que podrán celebrarse las bodas despues de la Epifanía, lo que tal vez se confirma en esta ley cuando dice *en las ochauas*, acabando asi las ferias al dia siguiente despues de la Epifanía; y donde no haya la costumbre en contrario, parece aprobarse esta opinion por derecho, lo que se confirma con el citado cap. *non oportet.*

(127) Parece cierta esta especie, y la comprueba el cit. cap. *capellanus*, por mas que diga en contrario el Abad despues de Hostiens. allí col. 3. vers. 7. *quæro hic dicitur.*

LEY 19. *De los que fazen adulterio con las mugeres casadas; si pueden casar con ellas, despues que mueren sus maridos, o non.*

Enemiga, e muy grand pecado (128) fazen todos aquellos que yazen con las mugeres casadas: e este pecado atal es llamado adulterio. E como quier que esto sea muy grand yerro, si acaesciesse que se muera el marido de aquella que fizo el adulterio, bien podria despues casar (129) con ella aquel con quien lo fizo; non auiendo otra muger; fueras ende por tres razones. La primera es, si qualquier dellos (130) matasse, o fiziesse matar, o fuesse en consejo de la muerte del otro marido, o de la muger, con entencion que casassen despues en vno. La segunda, si aquel que yaze con ella le jurasse, y le prometiesse, que casaria con ella despues que fuesse muerto su marido. La tercera, si alguno yoguiesse (131) con muger agena, e se casasse con ella seyendo biuo el marido: ca maguer se muriesse el marido della, non valdria el casamiento, que ante ouiesse fecho. Esso mismo seria de la muger, que fiziesse adulterio con ome casado en alguna destas tres maneras sobredichas. E maguer que quisiessen beuir en vno, los que se casassen en alguna de las maneras de suso dichas, deuelos la Eglesia departir; fueras ende, si alguno dellos (132) non sopiesse que era casado el otro, quando se caso con el. Ca estonce en escogencia es de aquel que lo non sabe, de fincar con el otro, o departirse del, e casar a otra parte.

TITULO III.

DE LAS DESPOSAJAS, E DE LOS CASAMIENTOS QUE SE FAZEN ENCUBIERTOS.

Asman, e sospechan los omes, que las mas de las cosas que son fechas en encubierto, que non son tan buenas (1), como las otras que se fazen paladinamente. E por esso dixo Salomon, que quien mal faze, aborrece la luz, porque los omes non sepan las sus obras: e esto mismo dize Nuestro Señor Jesu Christo (2). E por esta razon pusieron los Sabidores, que fizieron las leyes, a las vegadas (3) mayor pena a los que pecan en encubierto (4), que a los que lo fazen paladi-

(128) Realmente, ¿qué pecado hay mas grave que el adulterio? así lo dice el cap. *quid in omnibus*, 32. cuest. 7.

(129) Segun el cap. *si quis vivente*, caus. 31. cuest. 1. y el cap. *significasti*, 6. *de eo qui duxit in matrim. quam poll. per adult.*; pero si el uno de los esposos hubiese nombrado heredero al sobreviviente, se quitan los bienes al sustituto como indigno, segun la l. 13. D. *de his quæ ut indignis*, donde véas. á Bart. y á Alberic. que dice haberse formado sobre aquella ley el tit. *de eo qui duxit in matrim. quam poll. per adult.*

(130) Entiéndase cuando concurrió el adulterio con la maquinacion ó trama para matar al varon, segun el cit. cap. *si quis vivente*, y el cap. 1. y el cap. *super hoc*, 3. *de eo qui duxit in matrim. quam poll. per adult.* De suerte que es necesaria la concurrencia de los dos delitos, para invalidar el matrimonio, segun el cap. 1. *de convers. infidel.*, donde lo dice Juan Andr. y el Abad en el cit. cap. 1. *de eo qui duxit in matrim.* etc.

(131) Asi pues ademas del proyecto de matrimonio y de la palabra dada para contraerlo, debe haber mediado el adulterio; pues sin este, ni el contrato ni la fe dada fueran bastantes para anular el matrimonio que se celebrase despues, cap. ult. *de eo qui duxit in matrim.* etc., y véas. el Abad en el citado cap. 1.

(132) Concuerd. cap. 1. *de eo qui duxit in matrim.*, entendiéndose cuando hubo la ignorancia antes de la muerte de la primera muger, pues si sabedora de la vida de aquella tuvo cópula con el consorte, no podria despues tenerle por marido, ni el varon en caso igual tenerla por muger: cit. cap. ult. *de eo qui duxit in matrim.* etc., véas. el Abad y DD. en el cit. cap. 1.

(1) Entiéndase cuando la clandestinidad da motivo para sospechar algun dolo ó fraude, como sucede en el matrimonio, en la eleccion etc., segun el cap. ult. *de clandest. despons.*, y el cap. *quia propter*, 42. *de elect.*; así pues donde no resultase tal presuncion, no fuera nulo lo obrado, aunque lo fuese ocultamente, segun el cap. unic. *ut ecclesiastica beneficia*, y allí la glos. y Juan Andr., y Juan de Plat. en la l. 1. C. *de delator.*

(2) S. Juan cap. 3. vers. 20.: véas. el cap. *perniciosum*, 19. cuest. 2. y el cap. *consuluit*, 24. *de offic. deleg.*

(3) No sucede así regularmente, antes por el contrario, mayor castigo merece un hecho público por razon del escándalo, que otro secreto, como enseña Bald. en la l. 4. C. *de summa Trinit. et fide catholic.* Véas. l. 2. §. 23. D. *de vi bonor. raptor.*, y á Bart. en la l. 16. §. 6. D. *de pœnis.*

(4) Así sucede en los maléficos l. 1. C. *de malefic. et mathematic.*; y tambien en los ca-

namente. E porque este encubrimiento cae a las vezes en fecho de los desposorios, e de los casamientos, porende defendio Santa Eglesia que lo non fiziessen. Lo vno, porque es Sacramento que establescio por si Nuestro Señor, assi como dicho auemos. Lo al, porque vienen ende muchos males. Onde, pues que en los Titulos ante deste fablamos de aquellos que son fechos paladinamente, queremos aqui dezir de los que se fazen encubiertos. E mostrar, en quantas maneras se pueden fazer. E por que razones lo defendio Santa Madre Eglesia, que lo non fiziessen assi. E quando embarga el matrimonio que es fecho manifiestamente, al que fue fecho en encubierto. E que pena deuen auer los que se desposaren; o se casaren a furto.

LEY 1. *En quantas maneras se fazen los Casamientos encubiertos: e por que razones lo defendio Santa Eglesia, que los non fagan abscondidamente.*

Ascondidos son llamados los casamientos en tres maneras (5). La primera es, quando los fazen encubiertamente, e sin testigos (6), de guisa que se non puedan prouar. La segunda es, quando los fazen ante algunos, mas non demandan la nouia a su padre, o a su madre (7), o a los otros parientes que la han en guarda; nin le dan sus arras ante ellos, nin les fazen las otras onrras que manda Santa Eglesia. La tercera es, quando non lo fazen saber concejeramente en aquella Eglesia (8) onde son perrochanos. Ca para non ser el casamiento fecho encubiertamente, ha menester que ante que los desposen (9), diga el Clerigo en la Eglesia (10), ante todos los que y estouieren, como tal ome quier casar con tal muger, nombrandolos por sus nomes; e que amonesta a todos quantos y estan, que si saben, si ay algun embargo entrellos, por que non deuen casar en vno, que lo diga fasta algun dia, e que lo nombre señaladamente. E avn con todo esto los Clerigos deuense trabajar entre tanto, de saber (11) quanto pudieren, si ha algun embargo entrellos: e si fallaren algunas señales de embargo, deuen vedar (12) que non casen, fasta que sepan, si es tal cosa, que se pueda porende embargar el casamiento, o non. E la razon por que es defendido de Santa Eglesia, que los casamientos non fuessen fechos encubiertamente, es esta; porque si desacuerdo viniesse entre el

sos de homicidio alevoso, segun se desprende del cap. 1. *de homicid.*, y lo nota Bart. en la l. 11. §. 2. D. *de pœnis*, y en la estravag. *qui sunt rebelles*, glos. sobre la palabra *rebelles*. Cuando pueda llamarse oculto algun delito, lo enseña Bald. en la l. 9. al princip. C. *de his quibus ut indignis.*

(5) Estos tres modos los señala la glos. en el cap. ult. *de clandest. desponsat.*, donde señala otros Hostiens., estableciendo por regla general que se llama clandestino cualquier matrimonio celebrado contra la disposicion de la Iglesia, sosteniendo esto mismo allí Juan Andr. y el Abad, bien sea la prohibicion especial ó general, espresa ó tácita.

(6) Asi se dice en el cap. 2. *de sponsal.*, no siendo necesario que sean rogados los testigos para evitar la clandestinidad, como lo dice la glos. en el cap. *nostrates*, 30. cuest. 5.

(7) Véas. el cap. *aliter*, 30. cuest. 5.

(8) Asi se dice en el cap. *cum inhibitio*, 3. *de clandest. desponsat.*

(9) De aqui se desprende que la misma disposicion tendrá lugar en los esponsales, como lo defienden Hostiens., Juan Andr. y el Abad en el cit. cap. *cum inhibitio*, aunque aquellos sean de futuro.

(10) Segun esto bastará que se hagan las proclamas en una iglesia, y asi se observa regularmente segun Hostiens.; aunque la decretal *cum inhibitio*, diga que deben hacerse las proclamas en las iglesias: y segun enseña Inocencio, la iglesia mas á propósito para dichas proclamas, será aquella en que habitan los padres de ambos contrayentes, porque allí se conoce mejor la parentela de estos; y en este sentido dice el Abad antiguo citado allí por Juan Andr. y Panorm., que algunos Obispos rehusan dar facultad al que no sea su diocesano, para contraer matrimonio, á menos que presente letras testimoniales de su prelado; disposicion que califica de muy acertada el citado Panorm., diciendo que esta práctica se conforma mucho con el espíritu de aquella decretal. — * Las proclamas se hacen regularmente en la parroquia del esposo y de la esposa, confirmando de este modo la práctica, la mas seguida opinion de los intérpretes sobre el cap. 1. *ref. matrim.*, conc. trid. palabra *cui malo* etc.

(11) Esto mismo se dispone en el cit. cap. *cum inhibitio*, donde Juan Andr. nota que es incumbencia de la Iglesia averiguar los impedimentos que haya, para la celebracion de un matrimonio, ó los motivos de disolucion del que ya se celebró.

(12) Hé aqui como se espresa en esta ley que á los párrocos toca el poner obstáculos á la celebracion de ciertos matrimonios. Por derecho comun habia sobre el particular diver-

marido, e la muger, de manera que non quisiesse alguno dellos beuir con el otro, maguer el casamiento fuesse verdadero, segund que es sobredicho, non podria por esso la Eglesia apremiar aquel que se quisiesse departir del otro. E esto es, porquel casamiento non se podria prouar. Ca la Eglesia non puede judgar las cosas encubiertas (13); mas segund que razonaren las partes, e fuer prouado.

LEY 2. *Que el Matrimonio que fazen manifiestamente, embarga el que es fecho encubierto.*

Leuantandose desacuerdo entre el marido, e la muger, que fuessen casados ascondidamente, si aquel que se partiesse del otro casasse despues con otro, o con otra a paladinas, judgaria Santa Eglesia, que valiesse el segundo casamiento, e non el primero. Como quier que el primero sea verdadero, e vala quanto a Dios (14), e aquellos quel fizieron. E esto seria, por la razon que es dicha en la fin de la ley ante desta. Otrosi, confessando, e conosciendo manifiestamente, que eran marido e muger, algunos de los que diximos que auian casado en ascondido; vale su confession, o su conoscencia; e deuenlos tener (15) porende por marido, e por muger (16). Fueras ende, si despues desto apareciesse alguno, o alguna, que dixesse que era casado, o casada con alguno dellos primero; e lo prouasse segund manda Santa Eglesia. Ca estonce la conoscencia non embargaria el casamiento que assi fuesse prouado (17). E como quier que tal

sas opiniones, segun enseña Juan Andr. en el cit. cap. *cum inhibitio;* pero aun atendida la disposicion de la ley, el párroco deberá dar cuenta de lo obrado, al diocesano, despues de la prohibicion, segun enseña Hostiens. allí.

(13) Asi se dice en el cap. *erubescant*, dist. 32., en el cap. *christiana*, 32. cuest. 5. y en el cap. 2. *de sponsal.*, con la glos. allí.

(14) Un matrimonio no es nulo por ser clandestino como se enseña aqui y en el cap. 1. *de clandest. desponsat.*, donde lo nota el Abad. Asi pues, si el que contrajo clandestinamente con una, casase despues públicamente con otra, no podrá sin culpa mortal exigir ni pagar el débito, aunque asi se le mandase por el juez eclesiástico bajo pena de escomunion, segun el cap. *inquisitioni*, 44. *de sentent. excom.* Si el que no pagase el débito, con esto se pusiese en peligro de la vida, ó resultasen de aquel defecto escándalos y graves pecados, Adriano *quodlibet* 1. art. 3. defendiendo el parecer del Maestro de las sentencias lib. 4. dist. 38. dice; que en tal caso podrá pagarse el débito; pudiendo fundarse esta resolucion en el cap. *nervi*, dist. 13. y en los caps. *item*, cap. *duo mala*, y cap. *non solum*, 22. cuest. 4.; pues es sabido que cuando es necesario evitar un mal mayor, resulta involuntario el menos grave, porque realmente no se quiere en sí, por mas que accidentalmente se practique, como enseña Aristot. 3. *æthicor.*, cap. 1.: y respondiendo Adriano al cit. cap. *inquisitioni*, dice que tendrá lugar lo dispuesto en este respecto de la sentencia de escomunion, que en el caso dado no liga ante Dios; lo que sucederia si de la resistencia se siguiesen escándalos ú otros males graves: sirve tambien en confirmacion de lo dicho el cap. *officii*, 9. *de pœnitent. et remiss.*, y lo que allí dice latamente el Abad sobre la glos. 2. al fin. Medítese sobre esto.—* Véas. el cap. 1. ses. 24. *ref. matrim.* conc. trident., donde se declaran írritos los matrimonios clandestinos, á pesar de declararse la validez de los mismos, ínterin la Iglesia no habia mandado lo contrario. Para ser válidos ahora los matrimonios deben necesariamente celebrarse delante del párroco ó de otro sacerdote autorizado por el mismo párroco ó por el Obispo, y delante de dos ó tres testigos.

(15) Este matrimonio deberá publicarse en faz de la Iglesia, á tenor de lo dispuesto en el cit. cap. *cum inhibitio*, segun el Abad en el cap. 2. *de sponsal.*

(16) Aun los hijos nacidos antes de esta publicacion, serán legítimos, como lo enseña notablemente el Abad en el cit. cap. 2.

(17) Por el contrario dicen Vicent. citado por Juan Andr., y el Abad en el cit. cap. 2., que el matrimonio público perjudica al clandestino, por mas que este sobre la confesion de las partes, tenga tambien á su favor un testigo y la fama pública; conformándose con esta opinion los citados autores allí; y observa el Abad que es muy notable, deduciendo de esta doctrina que si alguno probase por la voz pública y un testigo la existencia de un título, que demostrase otro por testimonios claros ú otras pruebas, debe estarse por lo que resulte de la prueba mas robusta. Cardin. y tambien Anton. en el cit. cap. 2. son de contrario parecer, diciendo Decio consil. 163. col. 4. sobre la misma doctrina, que no es exacta; y lo mismo sostiene Francisco de Aret. consil. 13. col. 4., aunque en el consil. 82. colum. 3. afirma solo ser muy dudosa la opinion de Vicent. En nuestro concepto la doctrina de este autor contiene mucha equidad y

conoscencia vala, para durar el casamiento, segund que es sobredicho; si algunos (18) fiziessen otra conoscencia para se departir (19), como si dixessen que eran parientes, o cuñados, o otra cosa semejante; non valdria, a menos de lo prouar, o a menos de ser tal fama (20) en la mayor parte de la vezindad, que assi era como ellos conoscieran. Pero si alguno destos casados confesasse que fiziera adulterio, en tal razon seria creyda la conoscencia (21). E esto es, porque por tal conoscencia non se desfaze el matrimonio del todo, saluo en quanto a non se ayuntar carnalmente.

LEY 3. *Que pena deuen auer aquellos que se desposaren, o casaren a furto.*

Encubiertamente (22) casandose algunos, si embargo ouiessen entre si, como de parentesco, o de otra manera (23 qualquier, por que non podiessen ser marido, e muger, aurian esta pena; que los fijos que fiziessen de so vno, non serian legitimos (24), nin se podrian escusar, por dezir que su padre, nin su madre, non sabian aquel embargo, quando casaron, E esto es, porque casandose encubierto, semeja que sabian (25) que alguno embargo auia entrellos, por que lo non de-

verdad, puesto que los que son de contrario parecer se fundan en que formando la fama pública una prueba semiplena, se eleva á plena con la deposicion de un testigo; lo que sin embargo no es cierto en las causas matrimoniales, como tampoco en las criminales segun lo notan la glos. y DD. en el cap. *mulieri, de jurejur.*, y lo enseña espresamente Alex. consil. 143. vol. 2.

(18) Si los testigos que confiesan el matrimonio clandestino, declaran al mismo tiempo haber habido algun impedimento para la celebracion de aquel? en este caso Juan Andr. en el cit. cap. 2. *de clandest. desponsat.*, recuerda la opinion de Pedro de Sam. y del Abad que defienden no deber entonces la Iglesia aprobar tal casamiento, aunque segun dicen, muchos sostienen lo contrario: manifestándose luego indeciso Juan Andr. entre ambos pareceres.

(19) Concuerd. el cap. *super eo*, 5. *de eo qui cognovit consanguin. uxoris suæ*, y véase á este propósito el cap. *si duo*, 35. cuest. 6. y la glos. allí y al Abad en el cap. *attestationes*, al fin *de desponsat. impub.*, donde examina tambien lo que deba resolverse cuando se teme colusion ó fraude de parte de los esposos. Sobre el particular véas. la notable distinc. del Abad en el cit. cap. *super eo:* y cuando la confesion perjudica un matrimonio espiritual; véas. el cap. *cum causam*, 6. *de raptor.*, y la glos. allí.

(20) Esto tendrá lugar cuando se confiese la validez del matrimonio, si el juez hiciese pesquisas de oficio, ó si acusase alguno la validez del mismo matrimonio; en estos casos bastaria la confesion adminiculada con la fama pública, como se dice aqui y en el cap. *si duo*, 35. cuest. 6., sucediendo lo contrario, cuando la confesion fuese contra el matrimonio, segun enseñan Anton. y tambien el Abad á quien puede verse en el cit. cap. *super eo*, y véas. tambien la glos. en el cap. 2. caus. 34. cuest. 2.

(21) Añad. cap. *ex litteris*, 5. *de divort.*, y el Abad en el cit. cap. *super eo.*

(22) Concuerd. el cit. cap. *cum inhibitio*, 3. *de clandestin. desponsat.* No precediendo las proclamas de que se habla aqui y en la l. 1. de este tit., ¿se reputará por esto solo clandestino el matrimonio, teniendo por consiguiente lugar la pena señalada? Oldrald. consil. 256. dice; que no se llamará clandestino el matrimonio por la sola omision de las proclamas, cuando de otra parte se hubiese celebrado en faz de la Iglesia; y esto mismo defiende Juan Andr. adic. á Spec. tit. *de clandest. desponsat.*, añadiendo el Abad en el cit. cap. *cum inhibitio*, col. 2. que esto mismo sucederia aun cuando se acostumbrasen las proclamas, porque la pena en cuestion señalada contra los que contraen clandestinamente, no puede aplicarse á aquellos que contraen ante muchas personas, segun costumbre de su pais, supuesto que tal matrimonio se dice celebrado en faz de la Iglesia y nó clandestinamente.

(23) Nótense estas palabras, porque en el cit. cap. *cum inhibitio*, no se espresan los impedimentos de consanguinidad y afinidad, si bien ambos se atienden, segun opinan comunmente los canonistas allí y en el cap. *ex tenore*, 14. *qui filii sint legitimi*, y añad. á este intento la l. 2. tit. 15. de esta Part.

(24) Limítese salvando el caso en que alguno puesto en peligro de muerte contrajese clandestinamente con aquella muger de quien tuviere hijos; sobre lo cual véas. á Domingo consil. 66. col. penult. y ult.

(25) Los que no saben porque no quieren saber, es como si supiesen, segun se dice aqui y en la l. 4. C. *de incest. nupt.*, donde lo declara Bald. y tambien en el cit. cap. *cum inhibitio.*

uian fazer; o a lo menos, que lo non quisieron saber. Otrosi, casandose algunos concejeramente, sabiendo ellos mesmos que auian entre si tal embargo, por que non lo deuian fazer, los fijos que ouiessen non serian legitimos: mas si el vno dellos lo sopiesse, e non ambos, en tal manera serian los fijos legitimos. Ca el non saber del vno (26), les escusa que les non puedan dezir, que non son fijos de derecho.

LEY 4. *Que pena deuen auer los Clerigos, que fazen, o non defienden los Casamientos, que se non fagan, si saben embargo alguno, o lo an oydo a aquellos que se quieren casar.*

Despreciando (27) algun Clerigo parrochial, o otro qualquier, de defender que non casassen algunos, de que ouiessen oydo que auian tal embargo entre si, por que non lo deuian fazer; si non lo defendiessen, o los casassen encubiertamente, o ante muchos, o si estuuiessen do los casassen; deue ser vedado del Perlado de aquel lugar do acaeciere, por tres años, que non vse del officio de la Orden quel ouiere. E aun demas desto, puedel poner mayor pena, si entendiere que la merece: e non tan solamente deuen auer la pena sobredicha los Clerigos que son de suso nombrados, mas qualquier Clerigo Religioso 28) que contra esto fiziesse. E aquellos que se casassen encubiertamente contra defendimiento de la Santa Eglesia, maguer non ouiesse y embargo ninguno que gelo vedasse, deuenles poner penitencia, segund touiere por bien su Perlado. E si alguno quisiere embargar maliciosamente a algunos, que non casassen, diziendo contra ellos algund embargo que non pudiesse prouar, deue auer pena (29) segund touiere por bien su Juez.

LEY 5. *Que pena establescio el Rey, contra aquellos que casan con algunas mugeres a furto, sin sabiduria de los parientes dellas.*

El casamiento es tan santa cosa, e tan buena, que siempre deue del nacer bien, e amor, entre los omes, e non mal, nin enemistad. E porque del casamiento naciesse bien, e amor, e non al contrario, touo por bien Santa Eglesia, que fuesse fecho paladinamente, e non en ascondido. Ca sabida cosa es, que los omes que fazen los casamientos a furto, sin sabiduria de los parientes de aquellos con quien casan, mala entencion les mueue a fazerlo: e todas las mas vegadas se sigue ende mas mal, que bien. Ca a las vegadas nacen de tales casamientos muy grandes enemistades, e muertes de omes, e muy grandes feridas, e muy grandes despensas, e daños: porque los parientes dellos se tienen por desonrrados, porque por su liuiandad (30) casan con tales omes, que las non merecian auer por mugeres: e avn despues que son casados con ellas, destruyenles quanto que han, e desamparanlas; assi que tales y ha dellas, que con la pobreza (31) han de ser malas mugeres. E avn nasce ende otro mal, ca muchos caen en perjuro: porque en tales cosas son aduchos muchas vegadas falsos testigos, e testimonios. Onde Nos, porque auemos voluntad, que lo que Santa Eglesia manda, que sea guardado; otrosi, por desuiar todos estos males, e otros muchos que podrian nacer ende; defendemos, que ninguno non sea osado de casar a furto, nin ascondidamente (32). Mas a paladinas, e con sabidu-

(26) Concuerd. cap. *ex tenore*, 14. *qui filii sint legitimi*, y la glos. en el cit. cap. *cum inhibitio*, §. *si quis*, sobre las palabras *si ambo;* añad. l. 1. tit. 13. de esta Part. y notablemente á Bald. en la l. 4. C. *de incest. nupt.*, en ambas lecturas, donde enseña que la ignorancia se presume, á menos que se pruebe la ciencia de aquel que supuso ser ilegítimos sus hijos.

(27) Concuerd. cap. *cum inhibitio*, §. ult. *de clandest. desponsat.*

(28) Aunque gozase de exencion, segun Juan Andr. en el cit. cap. *cum inhibitio;* y véas. el cap. 1. *de privilegiis*, lib. 6.

(29) Quedará obligado á satisfacer á la parte los perjuicios sufridos, segun Juan Andr. en el cit. cap. *cum inhibitio*, al fin.

(30) Los matrimonios celebrados ocultamente, se presumen siempre en daño de la muger, como se enseña aqui; y al intento véas. tambien á Bald. á la l. unic. C. *de rapt. virg.*

(31) La pobreza ha sido siempre ocasion de muchos delitos, segun el Ecclesiast. cap. 27. vers. 1., si bien se dice allí que no merece perdon la muger que á pretesto de pobreza eligiese un torpe modo de vivir: véas. l. 43. D. *de rit. nupt.*

(32) Tanto esta ley como la 49. de Toro (l. 5. tit. 2. lib. 10. *Novis. Rec.*) tienden á fomentar las disposiciones canónicas que prohiben los matrimonios clandestinos, sin que de otra parte ordenen cosa alguna acerca lo sustancial de los mismos; y por esto parece deben ser consideradas con valor, porque las

ria del padre, e de la madre de aquella, con quien quiere casar, si los ouiere; si non, de los otros parientes mas cercanos. E si alguno contra esto fiziere, mandamos, que sea metido en poder de los parientes mas cercanos de aquella con quien assi casare, con todo lo que ouiere. Pero defendemos, que non lo maten, nin lisien, ni le fagan otro mal; fueras ende, que se siruan del mientra biuiere. Ca guisada cosa es, pues que tal deshonrra fizo a ella, e sus parientes, que reciba porende esta pena, por que siempre finque deshonrrado. E si auer non lo pudieren, mandamos, que le tomen todo quanto ouiere, e apoderen dello a los parientes della.

sanciones canónicas pueden sin dificultad ser corroboradas por leyes civiles, segun el cap. 1. *de novi operis nuntiat.*, con las concordantes que allí cita la glos.; ademas, es sabido que una jurisdiccion se robustece por medio de la otra, cap. *cum ad verum*, dist. 96. cap. *quoniam*, 14. *de offic. ordinarii*, cap. 2. *de maledic.*, y tambien la glos. en la clement. *ne romani*, 2. *de elect.*, que dice, poder coadyuvar el inferior las leyes de su superior, señalando penas ó aumentando las impuestas ya; cuya glos. viene limitada por el Prepos. en el cap. *illud*, dist. 12., cuando la pena nueva fuese proporcional ó escediese poco la gravedad del delito; siendo lo contrario, cuando dicha pena fuese demasiado severa; fundando luego esta limitacion en los motivos que allí señala; y segun esto la presente ley de Part. que señala pena tan fuerte no debiera observarse, prescindiendo de que esta misma pena se halla derogada al parecer, y es mucho menor en la cit. l. 49. de Toro. Aun cuando sea opinion comun de que no son válidos los estatutos ó disposiciones de los legos, que señalan penas contra las hijas que se casan sin el consentimiento paterno, segun enseña Juan Andr. en el cap. *cum statutum*, *de hæret.*, lib. 6. y tambien Alex. consil. 97. vol. 1. y en la l. 27. D. *ad leg. Falcid.*, y en la rubr. del tit. *soluto matrimonio*, y Felin en el cap. *Ecclesia S. Mariæ*, *de constit.*, y lo hemos dicho ademas en la l. 10. tit. 1. de esta Part.; sin embargo en el caso presente parece tendrán valor estas leyes ó al menos la de *Toro*, la cual quiere que se repute y castigue como clandestino el matrimonio que la Iglesia reputa tal, no entrometiéndose el legislador civil en lo que es propio de la jurisdiccion eclesiástica; sino limitándose á castigar á los infractores del derecho canónico. Ni es obstáculo para lo que dejamos dicho, el que por derecho canónico deben tambien las hijas celebrar su matrimonio, previo el consentimiento paterno, segun el cap. *honorantur*, 32. cuest. 2.; pues esta disposicion viene dictada simplemente por el bien parecer, sin que canónicamente se repute necesario el consentimiento previo del padre, pues si asi fuese valdria por este derecho la ley que castiga los matrimonios contraidos sin el requisito espresado. Mas por lo que hace á los matrimonios clandestinos, parece tendrán fuerza las disposiciones civiles, porque estan acordes con las canónicas: y dice Gaspar. Cald. que realmente se resolvió ser válido el estatuto ó ley de los legos que prohibia y castigaba el matrimonio clandestino, disponiendo que el que lo celebrase con una muger menor de 25 años, á no estar presentes por lo menos diez personas, incurriese en cierta pena: y por mas que el citado autor y otros modernos en el dicho cap. 2. sean de contrario parecer, á pesar de estos puede decirse que si en el caso dado no procediese la opinion de Cald., fuera precisamente porque el estatuto en cuestion disponia acerca del número de personas que debian estar presentes al matrimonio, usurpando asi la jurisdiccion canónica, al paso que esto no sucede con la citada ley de *Toro*, segun la cual se castiga el matrimonio que la Iglesia ha declarado clandestino. Asi pues, aun cuando la disposicion de la presente ley relativa á la necesidad del consentimiento de los padres ó parientes próximos, no proceda por derecho canónico, sin embargo como es procedente segun este derecho el castigar los matrimonios clandestinos, por esto la citada ley de *Toro* deberá observarse, juzgándose á tenor de ella, como se practica en estos reinos. Ni se diga que aqui hay defecto de jurisdiccion, puesto que vemos leyes civiles que señalan pena de muerte contra los hereges, y sin embargo es cierto que tales leyes deben observarse, por mas que la heregía corresponda al fuero eclesiástico, segun el cap. *ut inquisitionis*, 18. vers. *prohibemus*, *de hæret.*, lib. 6.; y por lo que hace á cuestiones matrimoniales, debemos recurrir á leyes no contrarias á los cánones, segun el cap. 2. *de desponsat. impub.*, donde lo nota el Abad. — * En órden á los matrimonios clandestinos, ya dejamos advertido, que el cap. 1. ses. 24. *ref. matrim.* concil. trid. declaró su nulidad; y por lo mismo serán válidas las disposiciones civiles que castigan tales matrimonios, porque con ellas se corroboran las eclesiásticas: *Qui aliter quam præsente parocho vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt; eos sancta synodus ad sic contrahendum*

TITULO IV.

DE LAS CONDICIONES QUE PONEN LOS OMES EN LAS DESPOSAJAS, E EN LOS MATRIMONIOS.

Condiciones son vna manera de posturas señaladas, que ponen los omes entre si: e han tal natura dellas, que si se cumplen, confirman el pleyto sobre que son fechas. E si non se cumplen, non son tenudos los omes de guardar el pleyto, que por ellos es puesto. E como quier que esto acaezca en muchas cosas, señaladamente cae mucho en los casamientos. Onde, pues que diximos en los Titulos que son ante deste, de las desposajas, e de los matrimonios, que se fazen llanamente; queremos aqui dezir, de los que son fechos so alguna condicion. E mostrar primero, que quiere dezir condicion. E para quantas cosas se puede tomar este nome. E que es llamada condicion. E quantas maneras son dellas. E quales condiciones aluengan las desposajas, e los casamientos; o quales los desfazen; e quales non valen nada, maguer que sean puestas.

LEY 1. *Que quiere dezir Condicion: e en quantas maneras se puede tomar este nome.*

Condicion (1) tanto quiere dezir, como pleyto, o postura que es fecha sobre otro pleyto, con esta palabra, si; como si dixesse vno a otro: Prometo de te dar cien marauedis, si fueres a tal lugar por mi. E es de tal manera esta condicion, que si se cumple (2), confirma el pleyto sobre que es puesta; e si por auentura desfallesce, non vale la postura principal. E porende, fasta que sepan en cierto, si la condicion se cumple, o non, esta el pleyto principal, sobre que es puesta, en pendencia. Este nome, que es llamado condicion, auiene sobre tres cosas; en las personas de los omes, e en sus bienes, e en las promissiones que fazen vnos a otros. E en las personas auiene desta manera. Ca omes y a que son de seruil condicion (3), e otros que son de libre. Esso mismo es en las cosas. Ca las vnas son de seruil condicion, assi como las que son tributarias, o en las que han los omes algund señorio para seruirse dellas en alguna manera, maguer sean de otro; e las otras que son libres, assi como las que ha cada vn ome apartadamente, e que non ha otro ninguno señorio de seruidumbre dellas. E en las promissiones auiene la condicion desta guisa, assi como quando vn ome dize a otro: Prometote de dar cien marauedis, si tal ome fuere a tal logar; assi como dicho es de suso.

LEY 2. *Quantas maneras son de Condiciones.*

Prometimiento, o donaciones se fazen por alguna destas quatro razones. Ca, o se faze

omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos præsenti decreto irritos facit et annullat.

En la última parte del cap. cit. dicen los Padres de Trento que las disposiciones allí acordadas deban cumplirse en cada parroquia, pasados treinta dias de la primera publicacion de los decretos conciliares hecha en la misma parroquia: En vista de esto dudan todavía los intérpretes de la validez de los matrimonios clandestinos que se celebren en aquellos paises en que jamas ha sido publicado el concilio de Trento; y realmente como no quede cumplido el requisito previo señalado para la observancia del concilio de Trento, parece deberá estarse á lo que prevenian las leyes eclesiásticas anteriores al mismo, y por lo tanto decidirse la validez de los matrimonios clandestinos. Otras cuestiones á que puede dar lugar lo ordenado en el predicho cap. 1., pueden verse en Berardi *in jus eccles. univers.*, tom. 3. dissert. 3. y 5.

Respecto del consentimiento de padres ú otros superiores para proceder á la celebracion de los matrimonios de hijos de familias, ya hemos dicho lo bastante en la not. ult. del tit. 1. de esta Part.

(1) Llámase condicion, el señalamiento de dia (de cosa futura para el dia en que sea presente) que suspende hasta su cumplimiento la realizacion de lo pactado: l. 213. D. *de verb. signif.;* lo que tiene lugar bien sea el dia espreso ó tácito como lo nota la glos. en l. 4. D. *de pactis:* Otra definicion de la condicion dan la glos., Bart. y DD. en la rub. D. *de condit. et demonstrat.*

(2) Es de esencia de la condicion dejar el acto en suspenso y en tal estado que pueda verificarse ó nó, l. 120. D. *de verbor. obligat.*, l. 16. D. *de injust. rapt. irrit. testam.*, l. 37. y sigs. *si cert. petat.*, l. 9. §. 1. D. *de novat.*, y sobre esto véas. tambien á Jas. en la citada ley 37.

(3) Asi se dice en el cap. *consuluit*, 5. y en el cap. ult. *de serv. non ordinand.*, con las concordantes puestas allí, tit. *Instit. de jure personar.*, y l. 1. y sigs. D. *de stat. homin.*

por maneras (4), o por condiciones, o por razon cierta, o por demostramiento. E por manera se faze (5), como si alguno dixesse a otro: Dote cien marauedis, que me fagas (a) vna casa. E por esta palabra que dize, que me fagas vna casa, se entiende que ha en el pleyto manera, e non condicion; e señaladamente por aquella que, (b) que dize. E por condicion se faze, como si dixesse el vno al otro; Darte cien marauedis, si fueres por mi (6) a Roma; assi como dize en la ley ante desta. E por razon se faze, a qué llaman en latin causa (7), como quando alguno dize a otro: Dote, o prometote de dar cien marauedis, por tal obra, o por seruicio que me feziste. E esta palabra que dize, porque, señala la razon por que fue fecha la donacion, o el prometimiento. Por demostramiento (8) se faze, como quando vno dize a otro: Prometote de dar vn sieruo, que compre de tal ome Fulano, nombrandolo por su nome, que ha tal menester; o señalandolo por alguna señal cierta. E por esta palabra que dize, que compre de Fulano; o por la otra que dize, Fulano que a tal menester; o por aquella señal por quel señalasse, entiendese quel pleyto es demostracion. E maguer dize en el comienço de la ley ante desta, que el nome de la condicion auiene sobre tres cosas; este Titulo non demuestra si non de la tercera manera, que es de las promissiones, e destas condiciones: de las otras maneras, que fizimos emiente en esta ley, fablamos assaz complidamente en la quinta Partida deste libro, en el Titulo que fabla de los Pleytos, e de las Posturas, que los omes fazen vnos a otros.

LEY 3. *Quales Condiciones aluengan las Desposajas, e los Casamientos.*

Cerca las condiciones que ponen los omes en las desposajas, e en los casamientos, ha departimiento en muchas maneras. Ca tales y ha dellas que son conuenibles, e guisadas, e tales que non. E aun aquellas que son guisadas, e conuenibles, dellas y ha que fazen los omes de su voluntad. E otras y ha que conuiene en todas guisas que las fagan. E las que non son guisadas, nin honestas, tales y ha que son contrarias a las desposajas, e a los casamientos, de manera, que los embarga, e tales y ha que non. E las que son guisadas, e conuenibles, e pueden los omes poner a su voluntad, son atales; como quando alguno dize a alguna muger: Casarme contigo (9),

(a) una cosa: Acad.
(b) dice que. Acad.

(4) Modo decimos que es la restriccion señalada á cualquier acto, imponiendo un gravámen á aquel á quien se honra con la disposicion para que lo cumpla al tiempo de realizarse aquella. Asi Bald. en la l. 40. §. ult. col. 1. D. *de condit. et demonst.*; y dice S. Agustin en el cap. 4. sobre el Génesis, que el modo es la medida á la que debe atemperarse alguno, y asi es que determina el cómo debe realizarse la disposicion, segun dice Sto. Tomás 2. 2. cuest. 27. art. 6.: añad. l. 21. tit. 9. Part. 6.

(5) Se señala el modo con la diccion *para*, como lo nota la glos. en la l. 1. C. *de his quæ sub modo*, y en la l. 41. D. *de contrah. empt.*; véas. l. 17. §. 2. D. *de manumis. testam.*, y á Bart. en la cit. l. 40. §. ult. D. *de condit. et demonstr.*, col. 1. y 2., donde esplica la fuerza de las palabras *ita*, *dummodo* y *uti*.

(6) La palabra *si*, importa regularmente condicion: añad. la glos. y Bart. en la cit. l. 1. col. 2. D. *de condit. et demonstr.*, y lo que hemos dicho en la ley antecedente: sobre la fuerza de las dicciones *cum*, *nisi*, *alioquin*, véas. á Bart. allí y á Alex. consil. 2. vol. 2.

(7) Véas. á Bart. en la l. 17. §. 2. D. *de condit. et demonstr.*

(8) Sobre el particular véas. l. 17. al princ. D. *de condit. et demonstrat.*, y Bart. allí, y sobre las demostraciones y causas, véas. la glos. y DD. en el §. 31. *instit. de legat.*

(9) Estas son palabras de futuro, y asi cumpliéndose la condicion no habrá todavía matrimonio sino puros esponsales; pero si por el contrario dijere alguno: «me caso contigo si me dieres ciento en dote;» cumplida la condicion desde luego queda celebrado el matrimonio, como lo esplica el Abad en el cap. *de illis*, *de condit. appos.*, despues de Inocen. y Juan Andr. Autores hay que sostienen la opinion contraria entre quienes se cuenta santo Tomás, 4. *sentent.*, dist. 29. cuest. 3. vers. *ad tertium*, Juan el mayor 4. dist. 27. cuest. 4. col. 2. y el Papa Adriano lib. 4. trat. *de matrimonio*; pero á pesar de esto parece mas probable la primera opinion, cuando se perseverase en el consentimiento prestado condicionalmente, presumiéndose la perseverancia cuando no aparezca cosa en contrario, como lo prueba la l. 22. D. *de probat.*, segun lo nota la glos. en el cap. *de ineptis*, 32. cuest. 2. y lo enseña Alex. *in causa matrimoniali*, consil. 146. col. 6. vers. *præterea illa specialia*, vol. 5.; é igual resolucion adoptaríamos si aquellos entre quienes mediaba algun impedimento contrajesen con la condicion de si el Papa lo dispensase, en cuyo caso perseveran-

si me dieres (10) cien marauedis, o tal Castillo; o otra cosa semejante destas. E quando tal condicion como esta ponen, aluengase el casamiento por ella, de manera, que non es tenudo (11) acabarle, nil pueden apremiar porende, fasta que la condicion sea complida (12). Fueras ende (13), si despues desto (14) se ayuntasse a ella carnalmente (15), o si se casasse con ella despues por palabras de presente. Ca por qualquier destas razones tenudo es de casar con ella. E si non lo quisiere fazer, puedenlo apremiar que lo faga. E a esta condicion llaman honesta, porque non ha en ella mala estancia, nin villania ninguna. E llamanla otrosi de voluntad, porque en su escogencia es de aquellos que casan, de la poner, o non.

LEY 4. *De las Condiciones conuenibles, en que manera se fazen.*

Conuenible condicion ha menester en todas

do la misma voluntad, no se exigiria nuevo consentimiento de parte de los contrayentes, aunque diga lo contrario el Abad despues de Inoc. en el cit. cap. *super eo*, al fin, diciendo Franc. de Aret. consil. 142. y en la l. 39. D. *de legat.*, 1., ser esta la doctrina comun. Como quiera, siguen la primera opinion Calder., Anton. y el Prepos. en el cit. cap. *super eo*, inclinándonos nosotros tambien á la misma, atendida la facilidad con que hoy se obtienen tales dispensas, por cuyo motivo cesan muchos de los argumentos que se alegaban en apoyo de la contraria: sirve tambien al intento lo que nota Andr. de Isern. *de prohibit. feud. alien. per Freder.*, vers. *scriba*, acerca del que vendiese un feudo cuando el contrato viniera robustecido con el consentimiento del señor. Sobre la materia véas. lo que nota la glos. en el cap. 1. *de spons.*, lib. 6. hablando del que contrajese con las condiciones «si fuese del agrado de Dios y de su Iglesia. — * V. Berardi *in jus eccles. univers.*, tom. 3. dis. 2. cuest. 3.

(10) Concuerd. cap. *de illis*, 3. *de condit. appos.* ¿Pero no puede por ventura considerarse torpe ó poco honesta tal condicion, como se desprende de la l. 97. §. 2. D. *de verbor. obligat.*, y en este concepto ineficaz como allí se declara? Los dineros en nuestro caso, debieran darse en calidad de dote, como si un noble casase con una plebeya y se ofreciesen para compensar el defecto de nobleza ó por otro motivo semejante, segun lo enseña Bart. allí y el Abad en el cit. cap. *de illis*. Si alguno contrajo con condicion de que le diesen ciento en dote y despues renovase el mismo contrato con muger distinta y con la misma condicion, ¿pagando las dos á un mismo tiempo la cantidad señalada, con cuál de ellas se entenderá celebrado el matrimonio? Parece que con ninguna, porque la incertitud que mediaba en el caso propuesto, es un vicio que resiste la validez del matrimonio, cap. *ex litteris*, 10. *de sponsal.*, y allí los DD.: ni obstan las ll. 9. y 11. D. *qui potiores in pignor. habeant.*, porque no se admite retroaccion en el matrimonio cual se admite en los demas contratos, como lo enseña Specul. tit. *de condit. apposit.*, vers. *quid si contraxi.*

(11) Conc. cap. *sup. eo*, 5. *de cond. apposit.*

(12) De aqui se ve que aun despues de cumplida la condicion, no se entiende desde luego celebrado el matrimonio, sino que se necesita nueva manifestacion del consentimiento ó un nuevo acto de què aquel se deduzca, si bien sostiene lo contrario el Abad despues de Inoc. y otros en el cap. *de illis*, y en el cap. *super eo, de condit. appos.* Véas. al intento lo que hemos dicho en la not. 9. anterior contestando á la especie de la presente ley cuando dice «*tenudo es de acabar*» á saber, que verificada la condicion, debe el que hizo la promesa recibir á la esposa y unirse á ella con afecto marital, sin que sea necesario nuevo consentimiento que se entiende prestado desde que la condicion quedó cumplida.

(13) Concuerd. el cit. cap. *de illis*, 3. y cap. *per tuas*, 6. *de condit. apposit.*, y cap. *de illis*, 9. *de desponsat. impub.*

(14) Es decir, antes que faltare la condicion, pues faltando esta la cópula que mediare despues, no importaria verdadero matrimonio: cap. 3. 5. y 6. *de condit. appos.*, y véas. al Abad en el cit. cap. 6. y allí la glos. palabra *sponsalibus.*

(15) Si antes de la cópula protestase alguno que no quiere separarse de la condicion, en este caso nada vale la protesta segun Specul., sobre lo cual véas. á Juan Andr. en las adic. tit. *de condit. appos.*, vers. *quid si post contractum*; y segun nota el mismo Juan Andr. en el cap. *veniens*, *de sponsal.*, procede esta doctrina aunque la protesta se hiciese á la misma muger, lo que es muy notable; debiendo aplicarse esta doctrina precisamente al foro judicial, pues por lo que mira al foro de la penitencia, debemos estar por lo que se nota en el cap. *tua nos*, *de sponsal.*; y sirve al intento la l. 7. §. ult. y l. 8. D. *de jur. dot.*, donde se dispone, que si prometida alguna cosa condicionalmente se entregase pendiente la condicion, queda traspasado el dominio: añad. á Paul. de Castr. en la l. 4. col. 1. al fin D. *de servitut.*

guisas, que se faga en algunas desposajas, e matrimonios: e es la que se faze desta manera, como quando algun Christiano se desposasse con alguna muger Judia, o Mora (16), quier por palabras de presente, o del tiempo que es por venir, diziendo assi: Yo te recibo, o prometo de recebir por mi muger, si te fizieres Christiana. Ca tal condicion como esta llaman conuenible en romance, que quier tanto dezir en latin, como honesta, porque al Christiano non conuiene de casar con otra muger, si non con Christiana. E es llamada necesaria, porque ha menester en tales desposajas, e matrimonios, que la pongan, e que sea complida en todas guisas: ca de otra guisa non valdrian las desposajas, nin el casamiento.

LEY 5. *Quales Condiciones desfazen los Casamientos.*

Desconuenibles, e desaguisadas, e deshonestas son aquellas condiciones (17), que derechamente vienen contra la natura (18) del matrimonio. Como si alguno desposandose, o casandose con alguna, dixesse: Yo te recibo por mi muger de aqui a vn año (19), o fasta otro tiempo cierto, e non mas; o fasta que falle otra mas rica, o mas honrrada; o dixesse: Yo me desposo, ó me caso contigo, si guisares (20) con yeruas, o de otra guisa, que non puedas auer fijos; o si dixesse, que se desposaua, o se casaua con ella, si yoguiesse (21) con los omes, porquel diessen algo: si alguna destas condiciones fuere puesta, non vale nada el desposorio, nin el casamiento (22), en que la pusieren.

LEY 6. *Quales Condiciones non valen nada, maguer que sean puestas en los Casamientos.*

Torpes, e deshonestas y a otras condiciones, que non son (23) contra la natura del matrimonio; como si alguna muger dixesse a algun ome: Yo me caso contigo, o prometo que casare, si furtares (24) tal cosa, o matares tal ome. Otras condiciones y a que

(16) Véas. l. 15. tit. 2. de esta Part.: pero por el contrario si alguno casase con muger herege, es decir, bautizada ya, valdria el matrimonio, segun el cap. *non oportet*, cuest. 1., y asi lo defiende Specul. tit. *de divortiis*, Juan Andr. y el Abad en el cap. ult. *de cond. app.*

(17) Si estas condiciones se señalasen como en el contrato de matrimonio, fuera aplicable igualmente la resolucion de esta ley, como lo enseña Dec. en la autent. *ingressi*, num. 23. C. *de sacros. eccles.* Silvest. part. *matrimonium*, §. ult. y sirve al intento la l. 14. §. 1. y l. 15. D. *de usu et habit.*

(18) Concuerd. cap. ult. *de condit. appos.*, y véas. el cap. *solet*, y el cap. *aliquando,* 32. cuest. 2.

(19) Esto es contrario al sacramento del matrimonio.

(20) Tampoco se admite esta condicion por ser contraria al *bonum prolis*, que es otro de los fines del matrimonio.

(21) Tampoco se admitiria esta por ser contra la fidelidad debida en el matrimonio, segun el cap. *ille autem*, vers. *adulterium*, 32. cuest. 5. y el cap. *omne*, y el cap. *conjux.*, 27. cuest. 2.

(22) Es decir, cuando ambos contrayentes consintieron en tal condicion que fuese contra la esencia del matrimonio, como lo entienden Inoc. y DD. en el cit. cap. ult., y se prueba ademas en el cap. *aliquando*, 32. cuest. 2.; mas si uno solo de los esposos señalase alguna de las condiciones indicadas contradiciéndola el otro, y de esta suerte procediesen á la consumacion del matrimonio; fuera este válido, como lo fuera tambien si callase no aprobando la espresada condicion segun Inoc. y el Hostiens. en el cit. cap. ult., pues en este caso basta el silencio para que se entienda aquella contradecida; y añade este autor que deben enseñarse á las mugeres estas doctrinas para que no las perjudique la ignorancia, conformándose con la opinion espresada Juan Andrés y el Abad. A pesar de lo dicho, Juan de Imol. en la l. 27. D. *de donat. causa mort.*, dice que el referido cap. *aliquando*, no prueba la opinion de Inoc., y que siendo general la disposicion del cap. ult. recordado, debe entenderse y aplicarse sin distincion. A pesar de lo dicho, nosotros estamos por la opinion de Inoc. como mas favorable al matrimonio, y como mas segura en el foro interior, y por lo mismo creemos que debe prevalecer, segun se indica en el cap. ult. *de re judic.*, y lo notan Juan Andr. en el cap. 2. *de cognat. spiritual.*, y el mismo Juan de Imol. en la citada l. 27. al fin: sirve tambien al intento la l. 43. D. *de religios. et sumpt. funer.*

(23) Concuerd. el cit. cap. ult. *de condit. appos.*, y el cap. *solet*, 32. cuest. 2.

(24) Estas condiciones de futuro no se admiten, porque incitan á delinquir; otra cosa fuera, si se señalasen como pasadas, como si se dijese «me caso contigo si hiciste tal hurto,» en cuyo caso habrá ó nó matrimonio segun que el hurto se hubiere ó nó cometido.

son llamadas en latin impossibles (25), que quiere tanto dezir, como que se non pueden complir. Como si dixesse algun ome, o alguna muger: Casare contigo, si me dieres vn monte de oro (26), o si alcançares con la mano al Cielo. Atales condiciones, como estas de suso dichas en esta ley, o otras semejantes, non valen nada, maguer las pongan; nin se destoruan por ellas las desposajas, nin los casamientos, maguer non se puedan complir.

(25) Sobre la condicion «si el Papa dispensare;» véas. al Abad en el cap. *super eo*, *de condit. appos.*, despues de Inoc., y añad. á Franc. de Aret. consil. 72. que comienza *ex facto proponitur*, duda 1ª, quien parece conformarse con la doctrina de los AA. citados, diciendo, que obtenida la dispensa se necesita nuevo consentimiento; pero contra esta opinion hablan otros con Gaspar Calder. y Anton., adhiriendo á esta doctrina el Prepos. fundado en algunas razones que trae Angel en la suma, siendo esta cuestion harto difícil: véas. lo que dijimos en la l. 3. de este tit., aunque parece confirmar la opinion de Inoc. el cit. cap. *super eo*. Como quiera, la condicion sobredicha hará que los contrayentes no incurran en la sentencia de escomunion de que se hace mérito en la clement. *eos*, *de consang. et affin.*, sobre lo cual véas. lo que nota la glos. mag. al fin en el cap. *si quis jam translatus*, 21. cuest. 2. y lo que enseña Andrés de Isern. *de prohib. feudi alienandi per Fredericum*, vers. *scriba vero*, y vers. *quid si dixisset;* y añade ademas lo que dijimos en la l. 3. de este título y lo que se dice en el sumario del tit. 5. siguiente.

(26) A este objeto citan los DD. la l. 4. §. 1. D. *de statu liber.*, como Azon en la suma C. *de inutil. stipulat.*, colum. 1. y la glos. al princ. Instit. *de inutil. stipulat.;* y sin embargo la ley citada no contiene una especie igual á la presente, pues dice: *aut si tam difficilem imo pæne impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ei libertas obtingere non possit, veluti si hæredi millies dedisset.* Tal vez Azon leyó «*montem aureum dedisset*,» y sin embargo el texto de la ley citada no desprecia como imposible la condicion que señala, sino que resuelve ser ineficaz la concesion de libertad, por mas que se hiciese en testamento. Ademas la l. 4. tit. 4. Part. 6. dice, que esta condicion es imposible de hecho, lo que dijo tambien la glosa en el §. 10. Instit. *de hæred. instit.;* y sin embargo resuelve que es viciosa la institucion de heredero puesta con tal condicion, lo que tambien enseña la glos. en el cit. §. 10.; y ademas la l. 22. tit. 11. Part. 5., que cita el mismo ejemplo del monte de oro para señalar la condicion imposible de hecho, resuelve que es vicioso el contrato ó disposicion que se haga dependiente de aquella; y asi vemos que produce un mismo resultado tanto en los contratos como en las últimas voluntades. Sin embargo el texto del cap. ult. al fin *de condit. appos.*, de donde se tomó la presente ley, no continúa el mismo ejemplo, ni habla de las condiciones imposibles de hecho, porque estas mas bien que imposibles pueden llamarse difíciles; refiriéndose precisamente á las que son natural ó legalmente imposibles, las cuales se reputan por no puestas, asi en el contrato de que hablamos como en las últimas voluntades, por el favor que merecen estas y aquel segun la l. 1. D. *de condit. institut.*, y el cit. §. 10. Más como quiera que esto sea, el texto del cit. cap. ult. debe entenderse no solo de las condiciones imposibles naturalmente, sino aun de aquellas que lo son de hecho, como lo espresa y aclara notablemente esta ley: pues como indistintamente diga la citada decretal, que las condiciones imposibles deben considerarse como no puestas en gracia del matrimonio, todas las especies de imposibilidad se entenderán comprendidas en la disposicion, segun el cap. *si romanorum*, dist. 19. l. 8. D. *de publiciana*, y l. 32. D. *de recept. qui arbitr. recep.* Adviértase sin embargo para mayor aclaracion, que si la imposibilidad de hecho no es absoluta sino relativa y limitada á la persona á quien se impuso, entonces como mas bien que imposibilidad es dificultad, su falta de cumplimiento vicia el contrato, y por lo mismo tal condicion se admitirá, y asi procede lo que se lee en la cit. l. 4. §. 1., pudiendo admitirse aun en los contratos de matrimonio, porque tal vez pudiera lograrse el cumplimiento de la condicion por medio de los amigos ó de otro modo; y asi vemos que si alguno contrajese matrimonio con muger pobre con condicion de que aportase en dote cien mil duros, subsistiria la condicion, y en este sentido el derecho la aprueba en el cap. *de illis*, 3. *de condit. apposit.*, y tambien en la l. 15. D. *de statu homin.*, y en la 39. §. penult. D. *de statu liber.*: pero si por el contrario fuese comun ó general la imposibilidad, por ejemplo, la que señala la presente ley, «si me dieres un monte de oro» respecto de lo cual aun cuando sea posible en lo humano reunir mucho oro para fundirlo luego y formar de él una montaña; sin embargo, como esto no es posible á una persona, por esto mismo no se admite tal condicion en los matrimonios en

TITULO V.

DE LOS CASAMIENTOS DE LOS SIERUOS.

Seruidumbre, es la mas vil (1), e la mas despreciada cosa, que entre los omes puede ser. Porque el ome, que es la mas noble, e libre criatura, entre todas las otras criaturas que Dios fizo, se torna por ella en poder de otro, de guisa, que pueden fazer del lo que quisieren, como de otro su auer biuo, o muerto. E tan despreciada cosa es esta seruidumbre, que el que en ella cae, non tan solamente pierde poder de non fazer de lo suyo lo que quisiere, mas aun de su persona misma (2) non es poderoso (3), si non en quanto manda su señor.* Onde, pues que en

gracia de estos, entendiéndose celebrados puramente segun se desprende del cit. cap. ult. y del texto de esta ley, aun cuando en las últimas voluntades se estimaria válida tal condicion, quedando inútil lo que se legó con dependencia de ella, segun lo enseña la glos. en el cit. §. 10.; á menos que como dice Juan de Imol. en la cit. l. 1. D. *de condit. instit.*, el que puso tal condicion se refiriese á una montaña de oro natural y nó artificial, puesto que tal montaña no se encuentra, aun cuando los Persas dijesen tener tales montañas, por las venas de oro que habia en ellas, como dice Plauto en su *Sticho;* pues en este caso la condicion se tendria por no puesta quedando válido el testamento, segun la cit. l. 1., y en tales términos, dice el referido autor, que puede limitarse la doctrina de la glos. en el cit. §. 10. Nosotros con respecto al matrimonio diríamos que lo mismo sucederia, bien hiciese relacion el esposo á una montaña natural ó artificial, fundados en el texto de esta ley y en la 4. citada, de las que se ve que no se hizo referencia á la montaña natural, sino mas bien á la artificial. Si se tratase de una condicion imposible de derecho, en favor del matrimonio se consideraria no puesta, con tal que no fuese contra la sustancia de aquel, segun el cit. cap. ult. y el cap. 1. *de condit. appos.*, y Juan de Imol. en la cit. l. 1. col. penult., de donde se infiere que si dos parientes en grado prohibido contrajesen matrimonio con la condicion, «si de derecho podemos contraerlo,» en tal caso como se tiene por no puesta esta condicion y queda puro el matrimonio, los contrayentes incurririan en la escomunion de que habla la clement. 1. *de consanguin. et affin.*; pues aunque en rigor los que contraen matrimonio bajo condicion imposible se entienden sin voluntad para contraerlo, y que mas bien ponen dicha condicion irrisoria que nó seriamente, segun la l. 31. D. *de action. et obligat.*; sin embargo la regla á favor del matrimonio quiere por no puestas tales condiciones, y siendo notorio este derecho, los contrayentes parecen consentir puramente en el matrimonio; entendiéndose sin embargo esta doctrina cuando tales condiciones se fijan para el porvenir, ó cuando señalándose para el tiempo pasado ó presente, ni sucedió ni pudo acontecer lo que en las mismas condiciones se señala; siendo lo contrario si la condicion puesta con referencia al tiempo presente ó pasado, fuese tal que se refiriese á cosa que si no sucedió pudo haber sucedido, pues entonces como falsa anularia el acto segun la l. 16. D. *de injust. rupt. testam.*: asi si alguno contrajese matrimonio con la condicion «si vive el padre de la esposa,» cuando realmente hubiese muerto; entonces tal condicion no se desprecia, pero el acto queda nulo, segun la l. 36. D. *si certum petat.* Si alguno contrajese el matrimonio bajo condicion imposible que creyó posible, entonces parece no haber verdadero matrimonio, aplicándose aqui lo dispuesto sobre las últimas voluntades; ofreciéndose al intento una especie singular, segun Ang. en la l. 58. D. *de condit. indeb.*: y considerariamos procedente esta doctrina, cuando la ignorancia del esposo fuese tal que de ella se pudiese inferir, que no hubiera consentido en el matrimonio de otra suerte, que habiendo de por medio ó cumpliéndose la condicion que creia posible, pues con esto solo aparece bastante su disentimiento. — * Sobre las condiciones de que se habla en esta nota véas. adic. á la 24. tit. 4. Part. 6.

(1) Por el contrario, la libertad es lo mas apreciable del mundo, como se dice en la suma tit. 29. Part. 2.; aunque sea menos pesada la servidumbre, cuando se presta á personas justas, segun S. Ambrosio sobre el salm. 118. vers. 4. Ante Dios la pureza de costumbre borra enteramente la mancha que pudiera causar la esclavitud, como lo dice S. Gerónimo en su carta á Rufino.

(2) Los siervos se estimaban en nada y poco importaba que viviesen ó dejasen de vivir, estando por consecuencia obligados á preferir la salud de sus dueños á la propia, segun Bald. en el cap. 1. al princ. col. 3. *quibus modis feudum amittatur.*

(3) Segun esto deben cuidar los confesores cuando imponen penitencias á los siervos, que no sean tales que por ellas queden inútiles para el servicio, porque no puede ser privado el dueño de su derecho sin culpa propia, segun Hostiens. y Juan Andr. sobre el cap. 1.

el Titulo ante deste fablamos de los embargos que auienen en los casamientos, e en las desposajas, por razon de las condiciones que fazen los omes en ellos, prometiendo vnos a otros, de dar, o de fazer alguna cosa, e despues non lo cumplen; queremos en este dezir, de los otros embargos que acaescen otrosi en ellos, por razon de ser los omes de seruil condicion. E monstrar primeramente, si pueden casar, e con quien, e si han de casar con consentimiento de sus señores. E que derecho deue ser guardado, en el casamiento que es fecho entre sieruo, e libre.

LEY 1. *Si se pueden casar los sieruos, e con quien: e si lo han de fazer con consentimiento de sus señores.*

Vsaron de luengo tiempo aca, e tuuolo por bien Santa Eglesia, que casassen comunalmente los sieruos (4), e las sieruas, en vno. Otrosi puede casar el sieruo con muger libre, e valdra el casamiento, si ella sabia (5), que era sieruo, cuando caso con el. Esso mesmo puede fazer la sierua (6), que puede casar con ome libre. Pero ha menester que sean Christianos (7), para valer el casamiento. E pueden los sieruos casar en vno: e maguer lo contradigan (8) sus señores, valdra el casamiento; e no deue ser desfecho por esta razon, si consentiere el vno en el otro, segund dize en el Titulo de los Matrimonios (9). E como quier que pueden casar contra voluntad de sus señores, con todo esto tenudos son de los seruir, tambien como ante fazian. E si muchos omes ouiessen dos sieruos, que fuessen casados en vno, si acaeciesse, que los ouiessen de vender, deuenlo fazer de manera, que puedan beuir en vno, e fazer seruicio a aquellos que los compraran. E non pueden vender (10) el vno en vna tierra, e el otro en otra, por que ouiessen a beuir departidos. E si sieruo de alguno casasse con muger libre, o ome libre con muger sierua, estando su señor delante (11), o sabiendolo; si non dixesse estonce, que era su sieruo, solamente por este fecho, que lo vee, o lo sabe, e callasse, fazese el sieruo libre, e non

de conjug. servor.: deben pues imponérseles penitencias consistentes en oraciones que puedan practicar durante su trabajo, segun la ley antepenult. D. *de operib. libertor.*; y aun como penitencia puede señalárseles tambien, segun los mismos AA., la molestia que sufren sirviendo á sus dueños, inculcándoles que les sirvan fielmente sin defraudarles cosa alguna y tolerando con paciencia su estado: añad. lo que se lee en el cap. *relatum*, 37. *de sentent. excommunicat.*

(4) Concuerd. cap. 1. *de conjug. servor.*, y caps. 1. y ult. 29. cuest. 2.: véas. tambien la glos. Instit. *de nupt.*, al princ.

(5) Concuerd. cap. *proposuit*, 2. *de conjug. servor.*, y cap. *si quis ingenuus*, 29. cuest. 2.

(6) Esta ley es correctoria de la 3. C. *de incest. nupt.*

(7) Véas. l. 15. tit. 2. de esta Part. Si los esclavos infieles contrajesen matrimonio entre sí; entonces véas. lo que se lee en el cap. *gaudemus*, 8. *de divort.*, y en la caus. 28. cuest. 1. con lo que allí espone la glos. en el sumario.

(8) Esta ley, segun dicen Juan And. y el Hostiens. en el cap. 1. *de conjug. servor.*, reprueba las disposiciones de aquellos príncipes que no toleran el matrimonio entre personas libres sin su licencia, siendo esto contrario á lo dispuesto en las leyes 1. y 2. C. *si nuptiæ ex rescript. petant.*, y en el cap. *gemma*, 29. *de sponsal.*; y asimismo reprueba tambien la presente ley la costumbre de aquellos que no permiten que las viudas vuelvan á casarse libremente: pero á pesar de lo dicho, si del matrimonio se temiese algun escándalo ó algun daño á la república; tal vez el Rey pudiera prohibirlo con señalamiento de pena contra los transgresores, segun dice Bald. en la rúbr. *de constit.*, al fin col. penult. vers. *quæro an valeat*; pudiendo tal vez apoyarse en esta doctrina la prohibicion de algunos príncipes dirigida á que no contraigan ciertos matrimonios los grandes de su reino: la doctrina citada la defiende tambien el propio Bald. en el cap. *clericis*, *de judiciis*, vers. *sed hic quæritur*, y con ella se conforma el Dr. de Palacios Rubios en el cap. *per vestras*, col. 238. palabra *in formis minoribus*, y Rodrig. Suarez en la repet. de la l. 2. tit. *de los casamientos*, *Fuero de las leyes.* De todos modos es menester andar con cuidado en esta materia, porque tales doctrinas son peligrosas y van dirigidas contra la libertad del matrimonio que establece el Apóstol en la 1ª carta á los corintios cap. 7. vers. 39.

(9) Véas. tit. 2. de esta Part.

(10) Ley 11. C. *commun. utriusque judic.*, y la glos. en el cit. cap. 1. *de conjug. serv.*, y la otra glos. en el cap. ult. 29. cuest. 2.

(11) Concuerd. la autent. *de nupt.*, §. *si vero ab initio*, col. 4. y la autent. *ad hæc*, C. *de latin. libert. tollend.*, y añad. l. 5. tit. 22. de esta Part.

(12) Concuerd. cap. 2. y ult. *de conj. serv.*

puede despues tornar a seruidumbre. E maguer que dize de suso, que el sieruo se torna libre, porque vee, o sabe su señor, que se casa; e lo encubre, con todo esto, non vale el casamiento; porque ella non lo sabia (12), que era sieruo, quando caso con el; fueras ende, si despues lo consentiesse, por palabra, o por fecho (13).

LEY 2. *En que manera el sieruo es tenudo de cumplir el mandado de su señor, mas que de la muger con quien caso.*

Llamando (14) el señor a su sieruo, para mandarle que faga algun seruicio, si en aquella misma sazon le llamasse su muger, que cumpliesse su debdo; en tal manera, ante deue el sieruo yr a fazer el mandado de su señor (15), que con la muger; fueras ende, si entendiesse el marido, que si non fuesse entonce a ella, que faria enemiga (16) con otro. E si dos sieruos, que fuessen casados en vno, ouiessen dos señores (17), el vno en vna tierra, e el otro en otra, que fuessen tan alongados, que siruiendo cada vno a su señor, non se pudiessen ayuntar, para beuir en vno; por tal razon, deue la Eglesia apremiar a los señores, que compre el vno el sieruo del otro. E si non lo quisieren fazer, deue apremiar el vno dellos, qual tuuiere por mas guisado, que venda el su sieruo a ome que sea morador en aquella Villa, o en aquel lugar, do morare el señor del otro sieruo. E si non fallaren ninguno que lo quiera comprar, comprelo la Eglesia, porque non biuan departidos (18) el marido, e la muger.

LEY 3. *Que derecho deue ser guardado, en el Casamiento que sea fecho entre sieruo, e libre.*

Sierua de alguno casando con ome libre, e non sabiendo aquel que casaua con ella, que era de seruil condicion, non valdria el casamiento que assi fuesse fecho, segun dize en el Titulo de los Casamientos, en la ley que comiença: Seruil condicion. Otrosi, quando algun sieruo casasse con muger libre, cuydando que era sierua, non se puede el departir della, diziendo que errara. Ca,

(13) Mediante la cópula carnal, segun los citados caps. 2. y ult.

(14) Deriva esta ley de lo que nota la glosa en el cap. 1. *de conjug. serv.*, y en el cap. ult. 29. cuest. 2.

(15) Entiéndase cuando el esclavo contrajo matrimonio sin la voluntad de su señor, ó cuando este se halle en peligro ó grave necesidad, segun Anton. y el Abad en el cit. cap. 1.: pero si el matrimonio se celebró con beneplácito del dueño, debe entonces atender primero á su muger, á menos que el dueño se encontrase en mayor necesidad, segun los AA. citados.

(16) En este caso debe indistintamente atender primero á su muger.

(17) Véas. la glos. en el citado cap. 1. y á Juan Andr. y al Abad allí; y nótese la doctrina de la ley, á saber; que en falta de comprador debe la Iglesia comprar el siervo; lo que es conforme con lo que dijo la glos. en el cit. cap. ult. 29. cuest. 2.

(18) Sirve esta doctrina para la cuestion que suele agitarse de si es válido el pacto puesto al tiempo de celebrar matrimonio, para que el marido habite con su muger en lugar determinado; cuestion que resuelve afirmativamente el Hostiens. en el sumario del tit. *de conjug. serv.*, por las razones que allí son de ver: pero á esta resolucion parece que obsta la l. 71. §. 2. D. *de condit. et demonstr.*, donde se considera como una especie de servidumbre obligar á alguno á que viva en lugar señalado, y por lo mismo parece podrá ser quebrantada semejante condicion; pues realmente no dista mucho de la esclavitud no poder salir de un lugar cierto, segun la l. 2. D. *de liber. homin. exhib.* Sobre la cuestion presente dice Alberic. en la cit. l. 71. §. 1., que no vale el pacto de que antes se ha hablado: y decia Bald. á este propósito en la l. 1. C. *qui non possunt ad libert. perven.*, que el juez á nadie puede condenar á cárcel perpetua; aunque si pudiese imponérsele perpetua servidumbre, parece debiera resolverse de otro modo en el caso anterior, segun enseña el propio Bald. en la l. 6. C. *de pœnis*; y como lo dice ademas Paris de Put. trat. *syndicatus*, fol. 115. vers. *officialis posuit ad cordam*: y dice el mismo autor col. 13. allí de uno que fue condenado ó bien á estar maniatado perpetuamente, ó á ejercer el oficio de verdugo en la ciudad de Nápoles. A pesar de lo dicho, consideramos verdadera la opinion del Hostiens., contestando á la dificultad enunciada, que tendrá fuerza cuando la condicion en disputa no se hubiese señalado en beneficio de ninguno de los esposos, en cuyo caso se desechará como contraria á la libertad, segun el cit. §. 1. l. 71.; pero si se hubiese señalado aquella á beneficio de alguno de dichos esposos, entonces debiera subsistir, como asi lo sostiene Paulo de Castr. sobre el cit. §. 1., y se prueba ademas en la l. 72. al princ. D. *de*

pues que casa con muger de mejor (19) condicion que el, non puede dezir, que es engañado. E esto se entiende, queriendo ella fincar con el, sabiendo que era sieruo. E si quando casasse con el, non sabia que era sieruo, quando quier que lo sepa (20) despues, en su escogencia es, de fincar con el, si quisiere, o departirse del. E si algun sieruo, cuydando casar con muger libre, casasse con sierua, non se puede departir della, por dezir que erro. Ca por tal yerro como este non se deue tener por engañado, nin deue ser desfecho el casamiento por el, pues que caso con muger de tal condicion como el mismo era (21).

LEY 4. *De los que casan con sieruas, cuydando ser libres.*

Decidense los omes a las vegadas en los casamientos, cuydando casar con mugeres libres, e casan con sieruas. Onde, quando alguno casasse con tal muger, non sabiendo que era sierua, e despues desto la franqueasse su señor; maguer que algunos cuydarian, que por tal franqueamiento como este se afirma el matrimonio, non es assi (22). Esto es, por el yerro que auino primeramente en el casamiento, cuydando, que consintiesse en muger libre, non lo seyendo. Pero si despues que sopiesse que era de tal condicion, consintiesse en ella de palabra, o de fecho (23), valdria el casamiento, e non los deuen departir. E si algun ome libre, seyendo ya casado con muger sierua, non sabiendo que era atal, le mouiesse su señor a ella pleyto de seruidumbre; despues que el marido sopiere (24) que ella es de tal condicion, non se deue ayuntar a ella carnalmente, maguer lo ella demande. Ca si con ella yoguiesse despues que assi fuesse vencida del pleyto, maguer la tornassen a seruidumbre, non se podria departir della (25). Esso mismo seria, si ella fuesse libre, e mouiessen pleyto

condit. et demonstr., y en la l. 29. D. *de legat.*, 3., donde lo afirma Bartol., siguiendo igual opinion Juan de Imol. sobre el cit. §. 1., y añadiendo que cuando vale la condicion espresada por ser puesta á favor de alguno, no importará contra el prometiente la precisa obligacion de habitar en el lugar convenido, sino tan solo la de pagar el interese cuando no cumpla lo que ofreció; alegando al intento la cit. l. 29. y la l. 3. §. 2. D. *de usufruct.*, sirviendo al intento lo que se nota en la l. 13. §. 1. D. *de aliment. et cibar. legat.* Ademas, segun el propio Hostiens., debe entenderse el pacto en disputa á menos que sobreviniese alguna necesidad por la cual el marido no pudiese cómodamente habitar en el lugar que ofreció, dejándose á arbitrio del juez estimar la suficiencia de aquella.

(19) Añad. la glos. sobre el sumario de la causa 29. cuest. 2.

(20) Véas. el cap. *proposuit*, 2. y el cap. *ad nostram*, 4. *de conjug. serv.*

(21) Asi Juan Andr. despues de Godofredo en el cap. *ad nostram, de conjug. servor.*; advirtiendo que lo que se dispone en esta ley, es conforme con la opinion comun de teólogos y canonistas, aunque algunos se apartan de ella, como refiere el Abad en el cap. *proposuit*, del mismo tit.

(22) Aun cuando tuviese cópula con ella, despues de su manumision, pues descubriendo mas tarde que era esclava, puede separarse de ella, segun la glos. en el cap. *si quis ingenuus*, 22. cuest. 2. y en el cap. ult. *de conjug. servor.*, porque el acceso se consumó en fuerza del primer consentimiento que era nulo por la servidumbre ignorada.

(23) Véas. l. 1. de este tit.

(24) Segun esto, no basta que el dueño de la esclava promueva contra esta el litigio.

(25) Obedeciendo el mandato de la Iglesia dirigido á que durante el pleito sobre nulidad de matrimonio pague el débito á su consorte; ¿acarreará este acto perjuicio al esposo? La glos. en el cap. *proposuit, de conjug. servor.*, sostiene que no puede seguirse tal perjuicio; entendiéndose esta resolucion cuando no estaba seguro de la condicion servil de su esposa, por mas que supiese que algunos aseguraban que era esclava. Por el contrario, Tancred. segun refiere la glos. allí, dice; que por lo mismo que la creyó esclava suscitando el pleito sobre dicha esclavitud, si pagase el débito, aun obedeciendo con esto el precepto de la Iglesia, se perjudicaria; conformándose con esta opinion allí Inocenc., Vicent., Felipe, Godofredo, Juan Andr. y el Abad; siendo esta realmente la opinion mas comun y mas segura, propuesta la cuestion en los términos en que se ha dicho. Y si el esposo no promoviese causa sobre el estado de la esposa, sino que el actor en aquella fuese el dueño de la esclava, que es la especie de esta ley, en tal caso deben atenderse los motivos que tenia el esposo para considerar esclava á su esposa; si estos fuesen leves, debe obedecer el mandato de la Iglesia sin que le perjudique su obediencia, como opinan los DD. en el cit. cap. *proposuit*, con la glos. allí; pero si la duda fuese fundada, entonces la cópula le perjudicaria

al marido, que era sieruo. E si por auentura el marido se tornasse sieruo a sabiendas (26), por auer razon de se partir de su muger, non deue valer, nin se departira el casamiento porende; ante lo puede la muger demandar, e sacarle avn de la seruidumbre (27), si quisiere. E esto es, porque ha derecho en el, e porque nasce ende muy grand deshonrra (28) a ella, e a sus fijos, si los ouiere. E la manera por que el ome libre se puede tornar sieruo, muestrase adelante en el Titulo de los Sieruos (29).

TITULO VI.

DEL PARENTESCO, E DE LA CUÑADIA, POR QUE SE EMBARGAN LOS CASAMIENTOS.

Parentesco de linaje, es cosa que ata los omes en grand amor, porque son como vnos por sangre naturalmente: empero, como de vna parte son ayuntados por esta manera, por essa misma son departidos por razon de casamiento. Ca maguer antiguamente (1) los del linaje casauan vnos con otros, los Santos Padres que vinieron despues, tambien en la vieja Ley, como en la nueua, lo defendieron. E mostraron muchas razones (2), por que non touieron que era guisado, que fuesse. Primeramente, porque los parientes se criassen, e biuiessen en vno, non se amando por otro amor, si non por el debdo del linaje. Otrosi, porque si entendiessen, que podrian casar, e ayuntarse sin pecado, mas ayna lo harian alli do se criassen en vno, que en otro logar; e avn en ante que el casamiento fuesse: demas, sin todo esto, nacerian muchas contiendas entre los parientes, queriendo cada vno auer la parienta, para casar con ella, e heredar lo suyo: e sobre esto vernian entre ellos muchos desacordamientos, e muchas enemistades, assi que lo que de vna parte cuydarian ayuntar su sangre por matrimonios, de la otra despartirian por enemistades. E sin todo esto, porque todos los omes biuirian apartadamente, por si cada vno, en su linaje, como en manera de vandos (3), pues que a los estraños non se

segun opinan los mismos DD. lugar cit., debiendo en tal caso sufrir mas bien la escomunion, que no tener acceso con la muger cuando esta pidiese el débito judicialmente.

(26) Aunque no se verificase por esta razon, no pudiera irrogarse perjuicio á la muger, atendido el derecho que esta tiene sobre el varon, como se dice luego; y ademas para evitar la afrenta que reportaria la misma y sus hijos, segun las ll. 1., 2. y 3. D. *de liberal. caus.*

(27) Parece tomada esta disposicion del cap. 2. 29. cuest. 2., y de lo que sobre él dice la glos.: y nótese especialmente esta ley, por cuanto Sto. Tomás 4. *sentent.*, dist. 36. señalaba por única razon, que la servidumbre impediria al esclavo pagar el débito. El Prepos. Alex. tratando esta cuestion en el cap. 1. *de conjug. serv.*, sin resolverla abiertamente indica al parecer, que en el caso dado, á instancia de la muger debiera deshacerse la venta, cuando la separacion impidiese el uso del matrimonio: la glos. en el §. ult. *de jur. person.*, dice, que verificada la venta de que hablamos para percibir el precio de ella, no podrian los padres ni parientes anular el contrato, aunque pudieran hacerlo antes de la consumacion del mismo. Contra esto decide la presente ley á favor de la muger, que podrá conseguir la nulidad de la venta, y por lo mismo debe tenerse presesente su disposicion. ¿La muger anulando el contrato de que hablamos, deberá restituir el precio al comprador, observándose aqui tambien lo que con respecto al patrono se dispone en la l. 2. D. *si libert. ingen. esse dicatur?* Segun Juan Fabr. y Ang. en el cit. §. ult., cuando los padres ó parientes anulan la venta, deberán pagar el precio, pero nó la muger cuando la hizo anular precisamente por el perjuicio que de ella se le seguia; y porque el marido no pudo hacerse esclavo, y sobre todo, porque la presente ley le concede indistintamente el derecho para provocar dicha nulidad: sirve al intento el cap. 1. y el cap. *quidam*, 3. *de convers. conjug.* En órden á la muger, es menos dudoso que no puede venderse repugnándolo el marido, por ser este gefe y cabeza de aquella; cap. ult. 32. cuest. 6.

(28) Añad. ll. 1., 2., y 3. D. *de liberal. caus.* Sirve esta ley para decidir si el marido, segun leyes del reino, puede ser castigado con pena tal, que perjudique é irrogue ignominia á la muger.

(29) Ley 1. tit. 21. de esta Part.

(1) Véas. caus. 35. cuest. 1.

(2) Nótense las razones continuadas en la presente ley.

(3) Con estas razones parece reprobarse el fundamento de la opinion de Anton. de But. en el cap. *super eo*, *de condit. appos.*, para afirmar que fuera válido el matrimonio contraido con la condicion, «si el Papa dispensare,» considerando esta validez de tal suerte, que cumplida la condicion no sea necesario nuevo consentimiento, debiendo celebrarse el

ouiessen de ayuntar por casamiento. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos de los embargos que vienen en los casamientos por razon de la seruidumbre; queremos aqui dezir, de los otros que vienen por razon de parentesco, o de cuñadez. E mostrar primeramente, del parentesco natural, que cosa es, e onde tomo este nome. E que cosa es linaje. E por do deciende, o sube el parentesco: e quantas lineas son. E que cosa es el grado, por que se cuenta el parentesco. E quantos son. E en que manera deuen ser contados. E fasta que grado non se pueden ayuntar por casamiento. E despues desto mostraremos de la cuñadez, fasta en aquel grado que embarga el casamiento.

LEY 1. *Que cosa es el parentesco naturalmente: e onde tomo este nome.*

Consanguinitas (4) en latin, tanto quiere dezir en romance, como parentesco; que es atenencia, o aligamiento de personas departidas, que descienden de vna rayz. E este ligamiento nasce del engendramiento que faz el varon, e la muger, quando se ayuntan en vno. E por esso dize, personas departidas; porque parentesco non puede ser en vn ome solo, mas entre muchos. Otrosi dize, que descienden de vna rayz; por dar a entender, que aparta ende las cuñadias. Ca maguer aya entre ellos ligamiento de atenencia, non y ha parentesco natural. E esto es, porque los cuñados non descienden de vna rayz, assi como los parientes. E aquel es llamada rayz (5), donde decendieron los otros omes; assi como Adam, de que vinieron Cayn, e Abel, sus fijos, e de si todos los otros. E parentesco natural toma este nome, de padre, e de madre: porque de la sangre de amos a dos nascen los fijos. E por esso llaman el parentesco en latin, consanguinitas, porque del ayuntamiento de la sangre del padre, e de la madre, se engendran los fijos.

LEY 2. *Que cosa es linea, por do desciende, o sube el parentesco: e quantas lineas son.*

Linea de parentesco (6), es ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen vnas

matrimonio en fuerza del prestado antes de aquella. Sobre esta materia dice Anton. y dijimos en la l. ult. tit. 2. de esta Part., que el matrimonio entre parientes mas bien queda prohibido para evitar la confusion de parentescos resultante de la cópula, que nó por ser ilícito atendida la solemnidad de las palabras, puesto que segun se ve aqui, las razones continuadas en la ley obran asimismo en razon del consentimiento como en razon de la cópula.

(4) Deriva esto de lo que dice Juan Andr. en la glos. que sobre el árbol de parentesco se continúa comunmente al principio del libro 6. de las decretales, donde define la consanguinidad, diciendo que es relacion de personas que descienden la una de la otra ó las dos de un mismo tronco; ó bien la union de personas derivadas de una raiz comun, contraida aquella por medio de la propagacion carnal.

(5) Nótese esta especie para inteligencia de los fueros municipales de que se hace mencion en la l. 6. de *Toro*, y tambien para conocer cuándo los bienes deben volver á la raiz de donde derivan: sobre la materia véas. asimismo el texto del cap. unic. *de succes. fratr.*, y el cap. unic. *de natural. succes. feudi.*

(6) Llámase línea la reunion de personas que derivan de un mismo tronco distintas entre sí en diversos grados; asi lo enseña Juan Andr. en la cit. nota sobre el árbol de consanguinidad ó genealógico; pues segun Bald. en el cap. unic. *de natur. succes. feudorum*, es la línea un nombre colectivo. Nótese que la línea masculina empieza en el hijo varon del que es tronco ó raiz, y la femenina en la hija del que se ha señalado por cabeza de la línea, segun asi lo espresa Paul. de Castr. en la l. 21. C. *de procurat.*, donde suscita la duda de aquel que hubiese recibido algun terreno en enfiteusis por sí y sus hijos en línea masculina, sobre lo cual véas. á Alex. y á Socin. en la l. 29. §. 11. D. *de lib. et posthum.*, y al mismo Alex. consil. 43. vol. 3. Cuando se habla de línea, absoluta y simplemente, se entienden comprendidos en ella todos los descendientes del comun tronco, varones y hembras, como se espresa aqui y lo enseña Bald. consil. 331. vol. 1., donde advierte que en caso de duda bajo el nombre de línea, entendemos la recta, nó la oblicua; y asimismo que cuando en la disposicion se hace mérito de la línea masculina ó de los descendientes de ella, en tal caso viene comprendida la hembra que desciende de varon por medio de varon, y asi lo esplica la glos. en el cit. §. 11., donde véas. á Socin.: mas cuando en la disposicion se hablase de los descendientes por línea masculina, en este caso no vendrá comprendida la hembra por mas que descienda de varon, como enseña Paul. de Castr. en la cit. l. 21., porque solo se entiende descender por línea el que está dentro de la línea; sirve al intento la l. 166. §. 1. D. *de*

de otras, como cadena, descendiendo de vna rayz; e fazen entre si grados departidos. E porque algunos dubdarian, o non entenderian este encadenamiento en estos grados; a menos de los ver por vista, touimos por bien, de fazer pintar el Arbol (7) que lo demuestra abiertamente, e ponerle en este libro, por que los omes lo entiendan mejor. Ca las cosas que los omes veen, mas de ligero (8) las aprenden, que las otras que han de aprender por oyda. E como quier que en el comenҫamiento desta ley diximos, que cosa es linea; queremos que sepan los omes, que tres maneras son della. La primera es, vna linea que sube arriba; assi como padre, o abuelo, o visabuelo, o trasabuelo, o dende arriba. La otra, que desciende; assi como fijo, o nieto, o visnieto, o trasuisnieto, e dende ayuso. La otra es, que viene de trauiesso. E esta comiença en los hermanos, e de si desciende, por grado, en los fijos, e en (*a*) los nietos dellos, e en los otros que vienen de aquel linaje. E por esso es llamada esta linea de trauiesso; porque los que son en los grados della, non nascen vno de otro.

(*a*) los viznietos dellos Acad.

verb. signif., conformándose con esto Socin. en el cit. §. 11., y probándose ademas en la l. 14. C. *de legit. hæred.*, y en la l. 2. §. 1. D. del mismo tit., que la muger que desciende por línea de varon se entiende ser de la línea masculina y por consiguiente aguada, segun la l. 195. D. al fin *de verb. signif.*, siendo por lo mismo muy de notar la diferencia que resulta cuando en la disposicion se habla de descendientes por línea masculina ó de línea masculina, segun lo advierte Socin. allí; entendiéndose todo lo dicho, á menos que otras palabras de la disposicion manifestasen que la voluntad del testador ó disponente no se dirigia á las hijas sino á los hijos varones, lo que se inferirá del contexto de la misma escritura, puesto que el predicado manifiesta cuál debe entenderse el sugeto; l. 9. §. 5. D. *de interrogat. action.*, l. 17. al princ. D. *de legat.*, 1.; y ademas es sabido que las disposiciones generales deben moderarse por las restricciones que las preceden, segun el cap. *sedes*, 15. *de rescript.*, y la l. ult. §. 1. D. *de tritic.*, *vino et oleo legat.*, sobre lo cual véas. lo que recuerda Alex. consil. 173. col. 2. vol. 7. Dec. consil. 38. col. 4. y 5. duda 2. y consil. 13. col. 1., Juan de Anan. consil. 4. y Socin. consil. 37. col. 4. vol. 3. Cuando el testador en su disposicion llama á los descendientes por línea masculina, no estan conformes los autores en las personas que deben entenderse llamadas: Alex., Jas. y Claud. defienden que haciéndose el llamamiento sobredicho, viene comprendida la hembra; defendiendo lo contrario Socin. sobre el cit. §. 11. segun hemos dicho: pero si el testador usase otras palabras no llamando á los descendientes de tal línea ó por tal línea, sino llamando á la sucesion de algun fideicomiso la línea varonil, ó disponiendo que los bienes fideicometidos vayan siguiendo la línea masculina; en este caso distinto del que figuran los autores sobre el cit. §. 11. debiera resolverse sin dificultad que no viene comprendida la muger, supuesto que la misma está fuera de la línea varonil, ya que en aquella no se continúa, antes se estingue la citada línea masculina comenzando la femenina, segun asi se espresa en la l. 195. §. 5. D. *de verb. signif.*, donde se llama á la muger cabeza y fin de su familia; es decir, que en la muger se estingue la línea de los varones y comienza la de las hembras: para esto sirve tambien el texto del §. 3. Instit. *de legit. agnat. succes.*, sobre el cual véas. lo que enseña Paul. de Castr. consil. 300. vol. 2., y Nicolás de Ubald. trat. *de succes. ab intest.*, col. 26., de suerte que ninguno de los DD. que han comentado el cit. §. 11. contraria el sentido esplicado, antes se conforman todos con él: sobre la palabra *línea*, véas. lo que dice Bald. consil. 334. cuest. *quæ vertitur*, vol. 3. y consil. 339. que comienza; *quæritur utrum*, del mismo vol.

(7) Véas. á Juan Andr. al princ. del lib. 6. decret. y al Prepos. en el cap. *non debet*, *de consanguin. et affin.*

(8) §. 7. Instit. *de gradib. cognat.*, pues con la vista se confirman mas las doctrinas, ni es fácil espresar los afectos con el dedo como con el rostro, segun dice S. Bernardo *epist.* 66.

DECLARACION

DEL ARBOL,

Que trata de la Consanguinidad, segund derecho Canonico, e Ciuil, por estas reglas.

Segun derecho Canonico se declara por tres reglas.

La primera regla es, que por la linea derecha de los ascendientes, quantas son las personas, de quienes se quiere, computadas las intermedias, quita vna, tantos grados hay entre ellas. Como, si quisieres saber, quanto dista el trasauuelo, del Petrucio (que es aquel orbe vacuo) computando el vno, et otro, et los de medio, fallaras cinco personas. Pero quita vna, seran quatro grados: et por el semejante en las demas.

La segunda regla es, que por la linea egual de los colaterales, por quanto distan del comun tronco, tanto distaran entre si. Como si faziendo al trasauuelo, tronco, entre Petrucio, e el bisnieto, hermano de bisauuelo. Ca estos son en linea egual, cada vno dista del tronco quatro grados; onde distaran lo mesmo entre si.

La tercera regla es, que en la linea desigual de los colaterales por quantos grados distaren del comun tronco, por tantos distaran entre si. Como si fagamos tronco al trasauuelo, Petrucio, e los fijos de hermano del bisauuelo, son en linea desigual; computando, pues, de Petrucio, este dista del tronco en quarto grado; onde lo mesmo de los sobredichos.

Segund derecho Ciuil.

La primera regla es, que por la linea derecha de los ascendientes, e descendientes, quantas son las personas, de quienes se quiere, computadas las de medio, quitada vna, tantos son los grados entre ellas.

La segunda regla es, que por la linea colateral, que sea egual, por quantos grados vno dista del comun tronco, por tantos doblados dista entre si: porque, segund derecho Ciuil, cada vna persona faze grado en los colaterales.

La tercera regla es, que por la linea desigual de los colaterales, quantas son las personas, quitando al tronco, tantos son los grados. E quien mayor declaracion quisiere, recurra a Joan Andres.

DECLARACION

DE LA AFFINIDAD,

Segund derecho Canonico, e Ciuil.

Affinidad, segund derecho Canonico, es proximidad de personas, proueniente de ayuntamiento carnal, careciente de toda parentela. E es assi dicha, affinidad, casi vnidad de dos a vn fin: porque dos diuersas cognaciones se copulan en ella, o por desposorio, segund Leyes, o por coyto, segund Canones.

E es de saber, como el affinidad es perpetuo impedimento: el qual dura, muerta la persona, por la qual mediante se contraxo, como dize el decreto *Fraternitatis*, 35. *q*. 5.

Por carnal ayuntamiento entre los consanguineos de la muger, e el marido, e los del marido, e la muger, se contrae affinidad del primer genero, de aquel grado que es la consanguinidad: onde, si tu consanguineo conociere a tu muger, si quieres saber en que grado te atiene de affinidad este atal; mira, en quanto grado esta aquel tu consanguineo, que tanto te sera affin tu muger; e siempre en el primero genero.

Entre los consanguineos de la muger, e el varon, e entre los consanguineos del varon, e la muger, por tanto se dize contraerse affinidad, porque entre essos, marido, e muger, non se contrae; pero son causa del affinidad.

Item, entre los consanguineos del varon, e los consanguineos de la muger, ninguna affinidad ay: onde, dos hermanos contraen con dos hermanas, e padre, e fijo, con madre, e fija. Sino, que la affinidad es entre el marido, e los consanguineos de la muger; e por el contrario.

Regla infalible para conoscer la affinidad.

Quando quiera que entre vna de las personas, de quienes se quiere, e la muger de otro, non es, e no fue consanguinidad dentro del quarto grado, ninguna prohibicion ay; como entre mi, e la muger de mi nieto, non puede ser matrimonio, porque aquel es consanguineo dentro del quarto grado.

Otro exemplo.

Mi hermana ouo marido, e ella muerta, aquel casa con otra muger; el qual defunto, yo podre contraer con la que dexa: porque entre mi, e ella, ni ay, ni fue consanguinidad, etc.

LEY 3. *Que cosa es el grado, por que se cuenta el parentesco: e quantas maneras son del.*

Grados de parentesco se cuentan en dos maneras. La vna es, segund Fuero (9) de los legos. La otra, segund los establecimientos de Santa Eglesia. E aquella que es segund Fuero seglar, se dize assi. Grado es (10) manera de personas departidas, que se ayuntan por parentesco: por la qual manera de departimiento se demuestra, en quanto grado sea llegada la vna persona de la otra; asmando todavia la rayz, onde ouieron comienço. E segund el Fuero de los legos, los fijos de este atal, que es llamado rayz, fazen el segundo grado, quier sean dos, o mas: e los nietos del fazen el quarto grado: e los visnietos fazen el sexto. E segund esto pueden contar adelante. E la otra manera, que es segund los establecimientos de Santa Eglesia (11), se dize assi. Grado es conueniente manera, e guisada, de personas ayuntadas por parentesco, que decienden egualmente de vna rayz, por departidas lineas. E segund los establecimientos de Santa Eglesia, los fijos deste tal, que es dicho rayz, fazen el primero grado; como quier que sean en las lineas departidas: e los nietos del fazen el segundo grado: e los visnietos el tercero. E los trasuisnietos el quarto, e assi adelante. E la razon por que cuenta el Fuero seglar los grados del parentesco de vna guisa, e de otro la Eglesia, es esta: porque el Fuero seglar cuenta tan solamente, en que manera deuen heredar (12) los vnos a los otros, quando mueren, e non fazen testamento. E la Eglesia cato, en que manera deuen casar. Pero estos dos departimientos, que son entre los grados de estos Fueros, han lugar en las personas que descienden por las liñas de trauiesso, e non en las que suben, o decienden derechamente. Ca en estas amos los Fueros acuerdan.

LEY 4. *En que manera deuen ser contados los grados del parentesco: e fasta que grado non se pueden ayuntar, para casar.*

Cuenta, e departe Santa Eglesia, que son quatro grados en el parentesco; e muestra, que se deuen contar en esta manera: en la liña derecha, que sube arriba, son el primero grado, padre, e madre. E en el segundo, auuelo, e auuela. En el tercero, visauuelo, e visauuela. En el quarto, trasauuelo, e trasauuela. E en la liña que deciende derecha ayuso, son en el primero grado, fijo, e fija. E en el segundo, nieto, e nieta. El tercero, visnieto, e visnieta. E en el quarto, trasnieto, e trasnieta. E en la liña de trauiesso, son en el primero grado, hermano, e hermana. En el segundo, fijos de hermano, e de hermana. E en el tercero, nietos, e nietas de hermanos. En el quarto, visnietos, e visnietas, de hermano, e de hermana. En los grados de las liñas que suben, o descienden derecha-

(9) Sobre el modo de contar los grados de parentesco por derecho civil y canónico, véas. latamente el cap. *ad sedem*, 35. cuest. 5., la l. 10. D. *de gradib. cognat.*, y el mismo tit. en las *Instit.*

(10) Llámase grado la relacion (*habitudo*) entre ciertas personas, por la cual se conoce la distancia de agnacion ó cognacion que media entre ellas; asi Juan Andr. *coment. arbor. consanguin.*, usándose aquella palabra, porque asi como en las escaleras de un grado ó escalon subimos á otro, asi en los parentescos contamos del uno al mas inmediato, segun lo esplica la cit. l. 10. §. 10. D. *de gradib.* Esta ley no intenta definir el grado, pues solo se dirige á examinar la diferente manera de contarlos por derecho civil y canónico.

(11) El motivo por que se cuentan de distinta manera los grados por derecho civil y por derecho canónico, es porque los legistas atienden principalmente á las personas por las cuales se hace el cómputo, segun se ve en la numeracion que hace la glos. en la l. ult. C. *de succes. edict.*; al paso que los canonistas mas bien consideran la raiz ó tronco comun; y cuanto dista de este el mas remoto, otro tanto distarán entre sí las personas cuya distancia se busca, segun enseña Bald. en dicha ley última.

(12) Concuerd. el cap. *ad sedem*, 35. cuest. 5. y la glos. Instit. *de gradib.*, al princ. palabra *generata*, notándolo Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de succes. ab intest.*, palabra *vocantur*, donde dice, que si la ley civil señala penas contra los que contraen matrimonio dentro del cuarto grado ó de otro mas cercano, que entonces respecto de los contrayentes debe hacerse la computacion segun reglas de derecho canónico; pero que si en materias de derecho comun ó general se hiciese una ley uniforme por el poder civil y eclesiástico, en este caso cada fuero podria hacer la computacion á su manera. Cuando alguna ley ó estatuto dispone que la computacion de gra-

mente, nunca pueden casar (13); quanto quier que sean alongados vnos de otros: mas en las liñas que son de trauiesso, pueden casar los de la vna parte con los de la otra, quarto grado pasado (14) en adelante.

LEY 5. *Que cosa es cuñadez, e fasta que grado embarga el Casamiento.*

Affinitas en latin tanto quiere dezir en *romance*, como cuñadez. E cuñadaz es allegança de personas (15), que viene del ayuntamiento del varon, e de la muger (16). E non nasce della otro parentesco ninguno. E esta cuñadez nasce del ayuntamiento del varon, e de la muger tan solamente, quier sean casados, o non (17): ca maguer algunos fuessen desposados, o casados, non nasceria cuñadez dellos, a menos de se ayuntar carnalmente (18). E antiguamente fueron tres maneras de cuñadez, e guardaronlas en algund tiempo. Mas agora non manda Santa Eglesia guardar mas de la primera. E esta es, como quando alguno se ayunta carnalmente con alguna muger, quier sea casado con ella, o non. Ca por tal allegança como esta todos los parientes della se fazen cuñados (19) del varon, e otrosi los parientes del se fazen cuñados de la muger; cada vno dellos en aquel grado en que son parientes (20). E por razon de tal cuñadia como esta, si acaesciere que muera alguno de aquellos por cuyo ayuntamiento se fizo, nasce ende embargo; que el otro que fincare biuo, non puede casar con ninguno de los parientes del muerto, fasta el quarto grado (21) passado, bien assi como en el parentesco.

LEY 6. *De los Moros, e de los Judios, que casan segund su Ley con sus parientas, o sus cuñadas; que non los embargue despues que fueren Christianos.*

Primos hermanos, e los otros parientes que diximos en las leyes ante desta, que non deuen casar fasta el quarto grado, e si casa-

dos se verifique á tenor de lo prescrito por el derecho canónico, vale la ley ó estatuto, segun enseña Bald. á la l. 2. C. *de succes. edict.*, al fin; arguyéndose de la citada adicion de Juan Andr. que la pena que señalan las leyes contra los que celebran nupcias incestuosas, se impondrá computando los grados segun derecho canónico y nó segun el civil, lo que sostuvieron tambien Juan Fabr. en la autent. *incestas*, C. *de incest. nupt.*, y Dec. cons. 158.

(13) Reprueba la opinion de Godofredo en la suma *de consang. et affin.*, §. *item quæritur*, aprobándose la comun de que habla Juan Andr. en el coment. *arbor. consanguin.*: añad. §. 1. Instit. *de nupt.*, donde dice la glos., que si viviese Adan no pudiera contraer segundo matrimonio, y esto mismo se observa en la l. 53. D. *de rit. nupt.*

(14) Véas. el cap. *non debet*, 8. *de consang. et affin.*

(15) La definicion que aqui se da de la afinidad, se entiende segun derecho canónico, en el cual se llama proximidad ó relacion proveniente de la cópula pero sin importar parentesco: segun derecho civil solo se entiende afinidad la relacion procedente de justas nupcias, pues faltando estas falta la afinidad, segun la l. 4. §. 8. D. *de gradib.*; notándose lo propio en el §. 6. Instit. *de nupt.*; llamándose afinidad, como tendencia de dos á un mismo fin, segun se espresa en la l. cit. §. 3.; notándolo Juan Andr. en el dicho coment. *arbor. affinit.* Si dura ó nó la relacion de afinidad disuelto el matrimonio, lo enseña la glos. en la l. 22. D. *de re judicat.*, Bald. en la l. 1. C. *de verbor. signif.*, y la glos. y DD. en la l. 3. D. *de postuland.*

(16) Entre marido y muger no hay afinidad, antes los mismos son causa y principio de aquella entre los respectivos consanguíneos; glos. 1. sobre el citado §. 6. Instit. *de nupt.*, Bald. en la l. 1. C. *unde vir et uxor.*

(17) Cap. *discretionem*, 6. *de eo qui cognov. consang. uxor. suæ*, cap. *per tuas*, 10. *de probat.*, y cap. *præterea*, 12. *de sponsal.*

(18) No bastaria para esto cualquier acto carnal fuera del coito, segun el cap. *extraordinaria*, 35. cuest. 3. y la glos. allí; pues si la muger recibiese el sémen del varon resultaria de esto un matrimonio consumado y por consiguiente verdadera afinidad, sobre lo cual véas. á Cardin. y al Prepos. Alex. despues de Inocen. en el cap. *affinitatis*, *de eo qui cognov. consanguin.*, y á Silvest. en la suma part. *matrimonium*, la 8. vers. 15., donde trata tambien si es necesaria conmixtion de sémen para causar afinidad? sobre lo cual véas. al Abad en el cit. cap. *fraternitatis.* Las pruebas en esta materia suelen ser muy difíciles, si bien en el foro interior pueden tomarse de la confesion del penitente.

(19) Si un afine puede acusar las injurias recibidas por otro afine? véas. á Bald. en la l. 1. C. *qui accus. non poss.*, col. 12.

(20) Esto es, del varon: y añad. la glos. en el cit. §. *non debet.*

(21) Véas. el cit. cap. *non debet.* Entre los afines por línea ascendente y descendente, hay

ren deue ser desfecho tal casamiento; e los otros embargos, que diximos otrosi, que vienen en los casamientos por razon de cuñadia, segund dize en la ley ante desta, entiendese en los casamientos que son fechos entre los Christianos. Mas si algunos seyendo Moros, o Judios, casando segund su Ley, seyendo parientes, o cuñados, e despues desto se tornassen Christianos algunos de aquellos que assi fuessen casados, non deue ser desfecho (22) el casamiento por esta razon; maguer que sean parientes, o cuñados, fasta el quarto grado. Esto otorgo Santa Eglesia por honrra, e por acrecentamiento de la Fe: porque los que non fuessen de nuestra Ley, non les embargasse de se tornar Christianos, el pesar que aurian de se partir de sus mugeres, con quien estouiessen casados segund su Ley (23).

TITULO VII.

DEL COMPADRADGO, E DEL PROFIJAMIENTO, POR QUE SE EMBARGAN LOS CASAMIENTOS.

Compadradgo es embargo spiritual (1), por que se destoruan muchas vegadas los casamientos. E pues que en los Titulos ante deste fablamos de los embargos naturales, que pue-

perpetua prohibicion para contraer, como se ha dicho respecto de los consanguíneos en la ley próxima anterior, segun lo enseña Juan Andr. en el coment. *arbor. affinit.* — * Véase cap. 4. *ref. matrim.* concil. trid.

(22) Concuerd. el cap. *de infidelibus*, 4. *de affinit. et consang.*, y el cap. *gaudemus*, 8. *de divort.*, entendiéndose cuando el matrimonio se hubiese celebrado contra el derecho canónico; pues si fuese contra la ley divina en tal caso no valdria, como lo enseña allí la glos. y DD.

(23) De aqui se desprende la validez del matrimonio entre los sarracenos, aunque estos segun su ley, puedan tener muchas mugeres, á saber, tantas cuantas puedan sustentar. Dice sin embargo Vicent.* á quien cita Juan Andr. en el cit. cap. *de infidelibus*, que si el sarraceno al tiempo de contraer pensaba hacerlo segun su ley, en tal caso no habrá matrimonio por faltar el afecto matrimonial, limitando Cardin. allí esta doctrina, cuando el que contrajo hubiese espresado aquella voluntad, pues faltando tal manifestacion, se declararia en el fuero esterno la validez del matrimonio, lo que no tendria lugar en el primer caso, por ser contra la naturaleza del mismo matrimonio, segun el cap. ult. *de condit. apposit.*; pues la práctica de los paganos que los autoriza para tener muchas mugeres, es reprobada por derecho divino y por derecho de gentes: cap. *gaudemus*, 8. *de divort.*, con lo notado allí. — * Cuando el parentesco de consanguinidad ó de afinidad sea impedimento para el matrimonio, lo esplica estensamente Berardi *in jus eccles. univers.*, tom. 3. dist. 4. cap. 4. Añade cap. 5. *ref. matrim.* conc. trid.

(1) Puede el padre espiritual de quien se habla en este título, ser testigo por su hijo? Bald. sostiene la afirmativa en la ley 6. C. *de testib.*; y el mismo examina si puede contraerse este parentesco por medio de procurador en la l. unic. §. 9. C. *de caduc. tollend.*, y en la 26. C. *de nupt.*, donde dice, que este parentesco es el resultado de la union espiritual de que Dios es el vínculo; y tal union es mas fuerte que la temporal, como dice el autor citado allí lect. 2.: véas. tambien la glos. en el cap. *qui dormierit*, 27. cuest. 2. y el cap. *pictatium*, 30. cuest. 3., donde se examina si es mayor la obligacion que tiene el hijo de socorrer al padre espiritual que al carnal. ¿Si el hijo espiritual escluye al sustituto, en el supuesto que el padre hubiese fallecido sin otros hijos? lo examina Bald. en la autent. *nisi rogati*, col. ult. C. *ad Trebell.*, donde averigua tambien si tal hijo debe ser alimentado por su padre espiritual. Si el parentesco espiritual debe ó nó tenerse en consideracion en los juicios seculares? lo examina Bald. en la l. 1. C. *qui accus. non poss.* Entre los judíos no hay parentesco espiritual, segun enseñan Juan Andr. en el cap. *ex eo*, *de reg. jur. in Mercurial.*, lib. 6., Cardin. en la rub. de este tit. y Alex. consil. 157. vol. 5.; mas á pesar de esto, resultará este parentesco entre un cristiano y un judío, cuando aquel hubiese sacado de pila al hijo de este, como lo dice la glos. en el cap. 1. 30. cuest. 1.: asimismo enseña la glos. allí que entre el padrino y el padre del bautizado resulta parentesco espiritual, aun cuando dicho padre fuese herege. En un mismo hecho pecan mas gravemente los que faltan contra sus padres espirituales, que contra los naturales ó carnales? Véas. sobre esto la glos. en el cap. *qualis*, 2. cuest. 7. Si alguno sacase de pila al hijo de Ticio creyéndolo hijo de Seyo? examina el Abad en el cap. *si vir*, de este tit. si resulta en este caso parentesco espiritual; y allí puede verse la resolucion que adopta el citado autor, como igualmente las respuestas del mismo á otras dudas que promueve en el cap. *veniens*, del propio tit.

den acaescer por razon de parentesco, e de cuñadia, queremos aqui dezir deste. E mostrar primeramente, que cosa es Compadradgo, e quantas maneras son del. E por quales maneras se faze. E quales fijos, o fijas de los compadres, o de las comadres, pueden casar en vno. E despues desto diremos del Porfijamiento, por que se embargan otrosi los casamientos.

LEY 1. *Que cosa es Compadradgo, e quantas maneras son del.*

Spiritual parentesco, es compadradgo que nasce entre los omes por los Sacramentos que se dan en Santa Eglesia. E esto es, como quando algun Clerigo (2) baptiza (3) algun niño. Ca estonce aquel que le baptiza, e todos los otros que le sacan de la Pila (4), quier sean varones, o mugeres (5), todos son padres spirituales de aquel niño. Esso mismo de aquel que tiene el niño delante el Obispo, quando lo confirma, crismandolo (6). E son tres maneras del parentesco spiritual. La primera es compadradgo, que auiene entre aquel que baptiza, e el padre, e la madre del baptizado. E avn si acaesciesse, que aquel que baptizasse ouiesse muger a bendicion, seria ella esso mismo comadre del padre, e de la madre, de aquel a quien baptizassen. La segunda es, aquella que auiene entre aquel a quien baptizan, e el que le baptiza; e otrosi, entre si, e entre aquellos quel sacan de la Pila. Ca ellos son llamados padres spirituales, e el fijo spiritual. Esso mismo es, que las mugeres (7) que ouieren a bendiciones (8) estos sobredichos, son

(2) Lo mismo fuera si fuese lego el que confiriese el bautismo, pues es sabido que en caso de necesidad pueden los legos ser ministros en dicho sacramento, segun el cap. *ad limina*, 30. cuest. 1., lo que se enseña tambien en la l. sig.

(3) Concuerd. cap. 1. *de cognat. spirit.*, lib. 6. y cap. ult. *de cognat. spirit.*

(4) Concuerdan los textos citados últimamente, donde se enseña tener lugar esto mismo, aun cuando sean muchos los padrinos. —* Véas. cap. 2. *de ref. matrim.* conc. trid.

(5) Cap. *veniens*, 6. *de cognat. spirit.*, y cap. ult. 30. cuest. 4.

(6) Añad. cap. 1. §. ult. *de cognat. spirit.*, lib. 6.

(7) Entiéndase de las mugeres con las que hubo cópula antes de sacar de pila al hijo espiritual, como lo enseña la glos. en el cap. 1. y en el cap. *Martinus*, 4. del mismo tit.

(8) Nótense estas palabras con las que parece aprobarse la opinion de los que sostienen, que nó resulta este parentesco entre las personas que hubiesen tenido cópula ilícita; y asi si alguno sacase de pila á un infante, aunque transmitirá el parentesco espiritual á su consorte legítima, no sucederá lo mismo respecto de la concubina, segun opinaron aquellos de quienes habla la glos. en el cap. *si quis ex uno conjugio*, 30. cuest. 4. y lo enseña la misma glos. en el cap. 1. *de cognat. spirit.*, lib. 6. y allí Juan Andr. en la novel. y Archid. en el cit. cap. *si quis*, y el Abad quien en el cit. cap. *Martinus*, *de cognat. spirit.*, afirma ser esta la opinion comun. Como quiera, la glos. en el cit. cap. *si quis*, parece sostener la opinion contraria, diciendo que resulta el entendido parentesco espiritual entre los que hubiesen tenido cópula fornicaria, asi como resulta afinidad entre los mismos, segun el cap. *discretionem*, 6. *de eo qui cognov. consang. uxoris suæ*, y segun se ha visto en la l. 5. tit. 6. de esta Part.; y de la misma opinion parece ser tambien Inocen. en el cit. cap. *Martinus*, donde recuerda los que siguen la contraria; y parece probarse asimismo en el cap. *contracto*, 5. *de cognat. spirit.*, segun la interpretacion de aquellos reprobada allí por la glos. 2. La opinion de que hablamos es defendida tambien por Sto. Tomás citado por Silvest. en la sum. part. *matrimonium*; la 8. vers. 7. *quæritur*; y defendiéndola allí el mismo Silvestre dice, que los que son de contrario parecer, se engañan considerando la torpeza del pecado y despreciando la razon de la ley; y allí sienta otras doctrinas atrevidas contra la interpretacion recordada y sus motivos, como puede verse en el mismo lugar. Asi pues, siendo dudosa esta materia y habiendo en la misma opiniones encontradas, es digna de notar la presente ley, que interpretando el derecho canónico sostiene la opinion primera, que en derecho creemos mas cierta, por cuanto todos los textos canónicos hablan con referencia á la muger legítima y nó á la concubina, salvo solo el cit. cap. *contracto*, donde sin aprobarse y solo históricamente se esplica la opinion de aquellos que creian resultar el impedimento notado aun en la concubina. Ademas, la glos. 2. lug. cit. reprobando la interpretacion que dejamos dicha, obra tambien á nuestro favor, diciendo que si el caso fuese cual se propone no habria entonces cuestion, sentando como cosa fuera de duda que no resulta el parentesco por la cópula fornicaria: y segun esto, san Bernardo á quien cita Silvest. en apoyo de su dictámen, defiende la contraria. Dígase pues, que el derecho canónico estableció el notado

llamadas madres spirituales del baptizado, maguer non se acierten y quandol baptizaren. La tercera es, hermandad que auiene entre el fijo spiritual, e los fijos carnales (9) de los padrinos, e de las madrinas.

LEY 2. *Por quales maneras se faze el Compadradgo, de que nasce parentesco spiritual.*

Confirmacion, e Baptismo son dos Sacramentos, de que nasce el compadradgo, que es parentesco spiritual. E de la Confirmacion, que fazen los Obispos (10) con crisma en la frente, segun dize en el Titulo de los Sacramentos, nasce compadradgo desta manera; que tambien los Obispos que los confirman, como aquellos que los tienen al crismar, son padrinos del crismado. E estos padrinos son compadres de los padres, e de las madres, de aquellos que tuuieron, quando los confirmaron los Obispos. Esso mismo auiene en el Baptismo; quier sea el que baptiza Obispo, o Clerigo, o lego, o varon, o muger. E de todas las otras cosas que auienen ante del Baptismo, assi como quando soplan a la puerta de la Eglesia al que quieren baptizar, o le fazen (*a*) renegar al diablo, e a sus obras, non nasce ende compadradgo, nin parentesco spiritual; por que se embarguen (11) los casamientos, que entre atales, o con tales fueren fechos; o con sus padres, o con sus madres, de los soplados.

LEY 3. *Quales fijos, e fijas de los Compadres, e de las Comadres, pueden casar en vno.*

Fijos, o fijas (12) de dos compadres (*b*) bien pueden casar de so vno; fueras ende aquel afijado, o afijada, por quien fue fecho el compadradgo. Ca estos atales non pueden casar con los fijos (13), nin con las fijas de sus padrinos, nin de sus madrinas, porque son hermanos spirituales. E esto se deue entender, tambien de los fijos, e de las fijas, que fuessen nascidos ante del compadradgo, como de los otros que nascieron despues. E bien assi como ninguno non deue casar con su hermano, nin con su hermana carnal, bien assi defiende Santa Eglesia, que non case ninguno con su hermano, nin hermana spiritual, que es afijado, o afijada, de su padre, o de su madre. E otrosi, como ningu-

(*a*) denegar Acad.

(*b*) et de dos comadres bien pueden Acad.

parentesco, cuando concurriesen las dos circunstancias de consentimiento y cópula matrimonial, quedando de esta suerte sin fuerza los argumentos de Silvestre. Respecto de la razon de analogía tomada de que resulta la afinidad aun de cópula ilícita, decimos que tal resultado viene espresamente señalado por derecho, y no es estraño, por cuanto el parentesco es vínculo carnal, y asi se contrae por actos carnales; y esta opinion parece debe sostenerse como mas favorable al matrimonio, segun enseña Hostiens. á quien sigue Juan Andr. en el cap. *si vir, de cognat. spirit.* Y en este particular séanos lícito señalar la siguiente regla: donde quiera que los AA. opinan por la disolucion del matrimonio sin citar texto espreso en su favor, en cuanto se halle algun intérprete que siga opinion contraria, mejor es atenernos á lo que este diga: y si esto es asi, con cuánto mayor motivo deberémos sostener la opinion sobre indicada, defendida por tantos intérpretes y corroborada por la presente ley de Part., mas que mas siendo prohibitorio el edicto de contraer matrimonio? Véase cap. *cum apud*, 23. *de sponsal.*, con lo notado allí. — * Véas. el cap. 2. *ref. matrim.* concil. trid., donde se señalan las personas entre quienes resulta contraido el parentesco espiritual.

(9) Entre el hijo espiritual y la hija natural que hubiese tenido de otro matrimonio la consorte del padrino, puede haber verdadero matrimonio; porque entre ellos no hay tal parentesco como espresamente enseña Anton. en el cit. cap. *Martinus*, donde dice haberlo consultado asi; y con esta doctrina se conforma Dec. consil. 502. col. ult.

(10) Solos los Obispos son los ministros del sacramento de la confirmacion, segun el cap. *manus*, 4. *de consecrat.*, dist. 5., y lo enseña la glos. en el cit. cap. *Martinus*, *de cognat. spirit.*, lib. 6. — * Véas. can. 3. *de confirmat.*, ses. 7. *concil. trid.*, y á Benedict. XIV *de synod. diœc.*, lib. 7. cap. 7. y 8.

(11) Es decir, que no se dirime el matrimonio contraido, aunque resulte impedimento por el que deba contraerse, segun el cap. 2. *de cognat. spirit.*, lib. 6. cap. *contracto*, 5. del mismo tit.; y esto mismo prueban las palabras de la presente ley cuando dice, que «entre atales ó con tales fueren fechos.»

(12) Concuerd. cap. 1., y cap. *super*, *de cognat. spirit.*, lib. 6. y cap. *super quibus*, 30. cuest. 3.

(13) Aunque sean ilegítimos, segun el cap. ult. del mismo tit., como lo nota el Abad en el cit. cap. *Martinus*.

no, nin ninguna, non deue casar con su padre, nin con su madre carnal, que lo engendro; bien assi non deue casar con su padre, nin con su madre spiritual, quel baptizo, o lo touo (14) quandol baptizaron, ol saco de la Pila, nin con el quel confirmo, ol touo quando lo confirmaron.

LEY 4. *En que manera puede vn ome casar con dos mugeres, que fuessen ellas comadres entre si; o vna muger con dos omes, que fuessen compadres: e non se embarga porende el Casamiento.*

Marido, e muger, desque fuessen ya casados, si acaesciesse que el marido ouiesse ante fijo (15) de otra muger, o ella de otro marido, aquellos que fuessen padrinos deste atal, serian compadres del padre, e de la madre del, e non del otro. E en tal razon como esta podria acaescer, que vn ome podria casar con dos mugeres, que fuessen comadres la vna de la otra. Ca si acaesciesse que se le muriesse la vna muger, podria despues (16) casar con la otra: e non se embargaria el casamiento por esta razon, porque ellas fuessen comadres. Esso mismo seria de la muger, que podria casar con dos compadres, en la manera que dize de suso, que podria casar un ome con dos comadres. E esto auiene, por quel fijo es tan solamente del vno, e non de amos a dos. Otra razon y ha, por que podria vn ome casar con dos mugeres, que fuessen ellas comadres. E esto seria, como si algun ome fuesse desposado, e su esposa, ante que se allegasse a ella carnalmente, fuesse madrina de alguno que sacasse de Pila, o quel touiesse quandol confirmassen: ca en tal razon como esta la comadre de la esposa non es comadre del esposo. E esto es, porque avn non se ayuntaron (17) carnalmente. E porende, si esta esposa muriesse, maguer despues que fuesse fecho el compadradgo ouiesse que veer con ella, bien podria por esso el esposo, o el marido, casar con la comadre de su esposa. Esso mesmo seria del esposo, si ouiesse alguno por afijado, en la manera que dize de suso de la esposa.

LEY 5. *Que departimiento ha entrel parentesco spiritual, e el carnal, e de cuñadez, para non se embargar el Casamiento.*

Non ha semejança el parentesco spiritual con el parentesco carnal, e de cuñadia. Esto es, porque en el parentesco carnal, e cuñadia, ha quatro grados, fasta que non puede ningun ome, nin muger casar con su pariente, nin con su parienta, nin con su cuñado, nin cuñada. Mas porque en el parentesco spiritual non ha grado ninguno, porende bien puede el padrino, o la madrina, casar con el fijo (18), o con la fija de su afijado. Otrosi bien puede casar el padrino, o la madrina con hermano (c) de su afijado. E esto es, porquel padrino, nin la madrina, non han parentesco con fijos de sus compadres, nin de sus comadres, si non con aquellos que son sus afijados; (d) nin otrosi con los hermanos de sus afijadas. Mas solamente con sus afijados, o con sus compadres, o con sus comadres. E porende ningun ome, nin muger, de los sobredichos, non pueden casar con aquel, o con aquella, con quien ouiessen parentesco spiritual.

LEY 6. *De los que se mueuen engañosamente a ser compadres de sus mugeres, para se departir dellas; que les non deue valer.*

Malquerencia (19) faze algunos omes fazer

(c) ó con hermana de su afijado ó de su afijada: Acad.
(d) ó sus afijadas, nin otro si con los hermanos nin con las hermanas de sus afijados ó afijadas, Acad.

(14) Los compadres, que vulgarmente se llaman padrinos, deben enseñar á sus ahijados el símbolo de la fe y la oracion dominical, y dirigirles para que guarden la castidad, amen la justicia y busquen la caridad; puesto que son fiadores por ellos ante Dios: véas. el texto notable en el cap. *vos ante omnia*, 105. dist. 4.

(15) Lo mismo será aun cuando despues de contraido el matrimonio y habida cópula con la consorte, el marido hubiese tenido un hijo adulterino; pues el padrino de este hijo no resultaria pariente de la consorte, porque la misma razon hay en el presente caso, que en el que espresa el texto de la ley, y asi lo sostiene la glos. en el cap. 1. del mismo tit. lib. 6., el Abad en el cap. *Martinus*, del propio tit., y la glos. en la suma 30. cuest. 3.

(16) Concuerd. el cap. *post uxoris obitum*, y cap. *qui spirituali*, 30. cuest. 4. y la glosa en el cit. cap *Martinus*, *de cognat: spirit.*

(17) Véas. en el cit. cap. *post uxoris*, y la glos. allí en la suma, y la glos. y el Abad en el cit. cap. *Martinus.*

(18) Véas. el texto y la glos. en el cap. ult. 30. cuest. 3. y la glos. en el cap. 1. *de cogn. spirit.*, lib. 6. que concuerdan con esta ley.

(19) A veces obran los hombres impulsados

tales cosas, que son contra derecho. E porende touo por bien Santa Eglesia, que si algun ome maliciosamente (20) sacasse su fijo, o fija, de Pila, ol touiesse quando confirmassen a su (*e*) alnado, o alnada, por auer ocasion de se partir de su muger por razon de compadradgo; que aquel que desta guisa lo fiziesse, que por tal engaño non se pudiesse partir de su muger, como quier que peca grauemente el que lo faze. Esto mismo seria, si lo fiziesse por otra manera qualquier, non metiendo mientes en ello, (*f*) cuydando que non era yerro de lo fazer. Pero razon y a, por que podria ome baptizar su fijo a sabiendas, e non pecaria por ello, nin se partiria de su muger por razon de compadradgo. E esto seria, como si alguno lo ouiesse a fazer por premia (21), veyendo que se queria (*g*) el niño morir, e lo baptizasse ante que se muriesse, non auiendo y otro que lo baptizasse.

LEY 7. *Que cosa es Porfijamiento, e quantas maneras son del, e como embarga el Casamiento.*

Porfijamiento es vna manera de parentesco, que establescio el Fuero de los legos (22), por que se embargan (23) los casamientos; sin las otras maneras de parentesco, que son carnales, e spirituales, que diximos en las leyes ante desta, por que se embargan. E tal parentesco como este es dicho segund las leyes (24), allegança derecha de porfijamiento, que fazen los omes entre si, con grande deseo que han, de dexar en su lugar quien herede sus bienes. E porende resciben por fijo, o por nieto, o por visnieto, aquel que non lo es carnalmente. E este porfijamiento, o parentesco atal, se faze en dos maneras (25). La vna se faze por otorgamiento del Rey, o del Principe de la tierra: e esta es llamada en latin arrogatio; que quier tanto dezir en romance, como porfijamiento de ome, que es por si, e non ha padre carnal; (*h*) e si lo ha, es salido de su poder, e cae nueuamente en poder de aquel que lo porfija. E tal porfijamiento como este se faze por pregunta del Rey, o del Principe, en esta manera, diziendo aquel que porfija a otro: Plazete, de rescebir a este por tu fijo legitimo? e deue estonce responder, quel plaze (26): otrosi deue preguntar aquel que porfija: Plazete, de ser su fijo deste que te porfija? deue responder que le plaze. E estonce deue el Rey dezir: Yo lo otorgo: e deuel ende dar su carta (27). La segunda es, la que se faze por otorgamiento de qualquier Juez. E esta es llamada en latin, adoptio; que quier tanto dezir en romance, como porfijamiento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder del padre: e porende no cae en poder de aquel quel porfija. E de la manera deste porfijamiento (*i*) diximos complidamente adelante en el Titulo de los Porfijamientos. E por este parentesco atal embarganse los casamientos. Ca el padre que porfija alguna muger, o la rescibe por nieta, o por visnieta (*j*) nunca puede (28) con ella casar, maguer se desfaga

(*e*) annado ó annada, Acad.
(*f*) nin cuidando que era yierro Acad.
(*g*) la criatura Acad.
(*h*) ó si lo ha Acad.
(*i*) dice mas complidamente Acad.
(*j*) ó trasvisnieta Acad.

por el odio; cap. *ea vindicta*, 23. cuest. 4.: y segun se lee en la epist. 1. de S. Juan cap. 2. vers. 11. «quien aborrece á su hermano, está entre tinieblas y anda á oscuras.»

(20) Concuerd. cap. *de eo*, 30. cuest. 1. y l. 14. tit. 2. de esta Part.

(21) Concuerd. cap. *ad limina*, 30. cuest. 1., notando que en este caso no resulta impedimento alguno.

(22) Véas. §. 1. Instit. *de nupt.*, vers. *et hæc adeo*, y l. 55. D. *de rit. nuptiar.*

(23) Segun disposicion del derecho canónico, como es de ver en el cap. *ita diligere*, 30. cuest. 3.: pues si en esta parte el derecho civil no hubiese sido aprobado por la Iglesia, no valdria la prohibicion, segun el Abad en la rubr. *de cognat. legali*, y Sto. Tomás 4. *sentent.*, dist. 42.

(24) Véas. l. 16. D. *de adoption.*, y l. 17. §§. 1. y 3. del mismo tit. y §. 1. Instit. y l. 43. D. del propio tit.; y sobre esta definicion véas. la glos. en el cit. §. 1. Instit. *de adopt.*

(25) Concuerd. la l. 2. D. *de adoption.*, §. 1. Instit. del mismo tit. y l. 1. tit. 6. de esta Part.

(26) Añad. l. 5. D. *de adoption.*, y l. 92. tit. 18. Part. 3.

(27) En órden á esta carta ó escritura, véas. la cit. l. 92., notándose que debe guardarse la fórmula espresada en la arrogacion ó adopcion, pues de lo contrario no resultaria el impedimento del parentesco legal, segun el Abad y Hostiens. en el cap. únic. *de cognat. legal.*, de cuyo texto infieren, que si alguno delante de sus convecinos ó de otras honradas personas adoptase por hijo á otro, no resultaria de este acto aquel parentesco, ni el asi adoptado adquiriria los derechos de hijo adoptivo.

el porfijamiento. Esso mismo seria, si alguna muger porfijasse algun ome por mandado del Rey, segund dize en el Titulo ya dicho. Otrosi los fijos carnales (29) non podrian casar con aquellos que porfijaron (30) sus padres, o sus madres, mientra durasse (31) el porfijamiento. Mas si el porfijamiento se desficiesse, bien podrian casar. Pero si alguno porfijasse muchos, assi que entrellos ouiesse varones, e mugeres, estos atales bien podrian casar vnos con otros (32), quier se desfaga el porfijamiento, o non.

LEY 8. *Que non pueden casar el porfijado con la muger de aquel quel porfijo, nin el porfijador con la muger del porfijado.*

Entre el porfijado (33) e la muger de aquel quel porfija, nasce cuñadez, que embarga el casamiento. Otrosi entre la muger del porfijado, e aquel quel porfijo. Ca tal cuñadez como esta, embarga que el porfijado non pueda casar con la muger de aquel que le porfijo, nin otrosi aquel que le porfijo non puede casar con la muger del porfijado, quier se des-

(28) Concuerd. la cit. l. 55. D. *de rit. nupt.*, y §. 2. Instit. *de nupt.*, defendiendo lo mismo la glos. en la suma 30. cuest. 3. La prohibicion de contraer entre ascendientes y descendientes es perpetua, como se establece en los textos citados y lo dice la glos. sobre espresada y la otra glos. en el cap. ult. *de cognat. legal.*, entendiéndose estas disposiciones respecto del ascendiente que adopta y de los descendientes adoptados y nó de otras personas, de modo que el hijo adoptivo pudiera contraer matrimonio con la madre ó abuela del adoptante, asi como este pudiera casar con la hija del hijo adoptivo, con tal que aquella hubiese salido ya de la potestad de este al tiempo de darse en arrogacion, pues sin esto tambien la hija quedaria adoptada, l. 15. D. al princ. *de adopt.*; y añade que entre el adoptante y el padre ó madre del adoptado no resulta parentesco, porque no lo previene ninguna ley, y asi lo dicen Sto. Tomás y Pedro de Palud. 4. *sentent.*, dist. 42.

(29) ¿Un hijo natural ilegítimo puede contraer matrimonio con la hija adoptiva antes de disolverse la adopcion? Sobre esto hay diversos pareceres: el Abad en el cit. cap. ult. al fin sostiene la negativa, afirmando que tal es el comun sentir de los AA.: y sin embargo la glos. allí dice deberse seguir la opinion contraria que defiende Ang. en el cit. §. 2. Instit. *de nupt.*, y esta dicen que debe sostenerse Silvest. en la suma lug. cit., diciendo al fin de aquel §. que esta opinion defienden Inoc. y Hostiens. en el cit. cap. unic. y otros que refiere allí. A favor de la primera opinion escriben Anton. en el cit. cap. 1. y tambien Calder.; y obra á favor de ella la presente ley, que hablando indistintamente de hijos carnales, se estiende aun á los ilegítimos; y tal vez esta opinion no fue seguida por Inoc. ya que la recuerda en primer lugar, atendido lo que dice Juan Andr. en el cap. 1. *de pœnis*, lib. 6. y en el cap. 1. *de sent. excommunicat.*, y la glos. en la l. 74. §. 1. D. *ad Trebel.*, donde véase á Paulo de Castr. consil. 51. vol. 4.

(30) De estas palabras tan generales parece desprenderse que segun el espíritu de la presente ley, no solamente los hijos arrogados, sino aun los adoptados estan privados de contraer matrimonio con las hijas naturales del adoptante, aprobándose con esto la opinion última que recuerda la glos. en el cap. unic. *de cognat. legal.*, y reprobándose la primera, á saber, que no pasando el adoptado á la potestad del adoptante, §. 2. Instit. *de adoption.*, pueden verificarse los entendidos matrimonios, cuya opinion sostuvo la otra glos. causa 30. cuest. 3., é Inoc. en el cit. cap. unic.; afirmando Silvestr. en la suma part. *matrimonium*, 8. vers. 8. *quæritur*, ser la mas verdadera, conforme al dictámen de Sto. Tomás comunmente sostenido por los teólogos. Sin embargo, la opinion que sobre hemos indicado, sostienen generalmente los canonistas, como afirman el Abad y el Prepos. en el cit. cap. unic., la defiende Specul. en el tit. *de cognat. legal.*, al princ. y tambien Juan Andr. allí; y dice el Prepos. que atendida la diversidad de pareceres, debiera seguirse la opinion que tal vez se hallare establecida por costumbre en el pais. No se olvide la presente ley de Part. que indistintamente sigue y confirma la opinion de los canonistas que de otra parte parece muy fundada en el cit. cap. unic. vista la disposicion general del mismo; y es de notar, que la razon que alega Silvest. para reprobar esta opinion comun entre los canonistas, á saber, la cohabitacion de los que quisieran casarse, milita igualmente en el hijo adoptivo que en el arrogado.

(31) Concuerd. el cit. cap. unic. *de cognat. legal.*

(32) Lo mismo defendia la glos. en el citado cap. unic., porque los hijos espirituales pueden contraer recíprocamente matrimonio.

(33) Concuerd. l. 14. al princ. D. *de rit. nupt.*

faga el porfijamiento, o non; segund dize en la ley ante desta, que se puede desfazer. E este parentesco, o cuñadez, que se faze segund mandan las leyes, non embarga tan solamente el casamiento, mas desfazelo (34) si fuere fecho. E otrosi este parentesco, o cuñadez, por que se embargan los casamientos por razon de porfijamiento, non se entiende que embarga entre otras personas, si non entre aquellas que son nombradas (35) en esta ley, e en la que es ante della.

TITULO VIII.

DE LOS VARONES QUE NON PUEDEN CONVENIR CON LAS MUGERES, NIN ELLAS CON ELLOS, POR ALGUNOS EMBARGOS QUE HAN EN SI MISMOS.

Ocasionados son algunos omes, o mugeres, de manera, que non pueden conuenir vnos con otros: e esto auiene por dos razones. La vna, porque son ellos en si de tal manera, que lo non pueden fazer. La otra, por algunos malos fechos que los fazen. E porque de tal ocasion como esta nasce embargo en los casamientos, de guisa, que los que assi son embargados non pueden casar, e avn si lo fuessen, que se podrian por ello partir; porende, pues que en los Titulos ante deste fablamos de los otros embargos, que nascen en los casamientos por parentesco, o por cuñadez, o por compadradgo, o porfijamiento; queremos aqui dezir deste, que auiene por algunas destas razones sobredichas. E mostraremos primeramente, que cosa es aquella por que non pueden fazer esto. E de quantas maneras, e como se embarga el casamiento. E quando, e como deuen partir los casamientos, quando atal embargo acaesciere.

LEY 1. *Que cosa es aquella que embarga el ome de non poder yazer con las mugeres: e quantas maneras son deste non poder.*

Flaqueza de coraçon (1), o de cuerpo de ome, o de amos ayuntadamente, es enfermedad, o embargo de non poder yazer con las mugeres. E son dos maneras deste non poder. La vna es, la que viene por fallescimiento de natura; assi como el que es tan de fria natura, que non se puede esforzar, para yazer con las mugeres: E quando la muger ha su natura cerrada, que non puede el varon yazer con ella; o quando son algunos (a) embargos por non ser de hedad, assi como los niños (2). La otra es, que auiene por mal fecho, por ocasion; assi como los que ligan faziendoles algun mal fecho, o los que son castrados por ocasion, o por mano de alguno.

(a) embargados Acad.

(34) Entre el adoptante y los descendientes del mismo, se ha admitido siempre esta resolucion, segun el cap. *ita diligere*, 30. cuest. 3.; dudándose tan solo si debe disolverse el matrimonio que hubieren contraido el hijo adoptivo con la hija natural. Spec. á quien sigue allí Juan Andr. tit. *de cognat. legal.*, dice que aun cuando resulte un impedimento impediente entre los hijos adoptivo y natural, sin embargo no se disuelve el matrimonio cuando á pesar de aquel se hubiese contraido: y esta opinion dice ser comun el Prep. en el cit. cap. unic. al fin. Por el contrario la glos. allí dice; que debe disolverse el matrimonio asi contraido, y con aquella opinan Juan de Lignia, el Abad lug. cit. y Juan Andr. y aun Silvestre en el lugar ante dicho, donde afirma ser esta opinion mas comunmente seguida, conforme con lo que establecen Sto. Tomás, Ricardo y otros; y ademas parece aprobarla tambien la presente ley, en lo que dice relativamente al parentesco legal entre la consorte del padre adoptante y el hijo adoptivo. Nótese tambien la presente ley en cuanto dice que se dirime el matrimonio, lo que defiende asimismo Juan Andrés en el cit. cap. unic., por mas que Hostiens. allí cite á algunos que fueron de contrario parecer.

(35) Nótense bien estas palabras por lo que se ha dicho en la ley anterior glos. 28., y segun esto el hijo natural podrá contraer matrimonio con la hija del que hubiese sido arrogado por dicho padre natural, con tal que al tiempo de verificarse la arrogacion, estuviese la hija fuera de la potestad del arrogado, pues en este caso la misma pareceria haber sido adoptada, segun lo hemos advertido en la nota ante dicha.

(1) Tiene orígen esta ley de lo que nota la glos. en la suma 30. cuest. 3.; pues segun Rayner., esta impotencia es un vicio corporal ó espiritual por el cual queda alguno imposibilitado de unirse carnalmente con otro.

(2) No sucede esto con los ancianos, porque la naturaleza ó el arte pueden hacer potente á aquel que al parecer no lo era por su edad, segun lo enseña la glos. en el cap. *nuptiarum*, 27. cuest. 1.; y por lo mismo podrán los viejos casarse, segun lo nota tambien la glos. en el cap. 2. de este tit. Sin embargo, si la naturaleza ni el arte no bastasen para dar fuerza generativa al anciano, lo mismo debe-

LEY 2. *Como, e quando se embarga el Casamiento por este non poder.*

Impotencia en latin, tanto quiere dezir en romance, como non poder. E este non poder (3) yazer con las mugeres, por el qual se embargan los casamientos, se departe en dos maneras. La vna es, que dura fasta algun tiempo. La otra, que dura por siempre. La que es a tiempo, auiene en los niños (4), que les embarga que non pueden casar, fasta que sean de hedad. Como quier que se puedan desposar, segund dize en el Titulo de las Desposajas. La otra manera que dura por siempre, es la que auien a los omes (5) que son frios de natura (6). E en las mugeres, que son tan estrechas (7), que por maestrias (8) que les fagan sin peligro (9) grande dellas (10), nin por vso de sus maridos que se trabajan de yazer con ellas, non pueden conuenir con ellas carnalmente. Ca por tal embargo como este bien puede Santa Eglesia departir el casamiento, demandandolo alguno dellos: e deue dar licencia para casar, al que non fuere embargado (11).

LEY 3. *Que deue ser guardado, de la muger que es estrecha al primero marido, si despues que la departen del, caso con el segundo.*

Cerrada seyendo la muger, segund dize en la ley ante desta, de manera que la ouiessen departir de su marido; si acaesciesse que despues casasse con otro, que la conosciesse carnalmente, (b) deuela departir del segundo marido, e tornarla al primero (12): porque semeja, que si con el ouiesse fincado todavia, tambien la pudiera conoscer, como el otro. Pero ante que los departan, deuen catar, si son semejantes (13), o eguales, en aquellos miembros que son menester para engendrar, E si entendieren, que el marido primero non lo ha mucho mayor que el segundo, estonce la deuen tornar al primero. Mas si entendieren, que el primero marido auia tan grande miembro (14), o en tal manera parado, que por ninguna manera non la pudiera conoscer sin grande peligro della, maguer con el ouiesse fincado, por tal razon non la deuen departir del segundo marido (15): porque paresce

(b) debenla Acad.

ria decirse de este que del que es naturalmente frio, porque casándose se obligaria á un imposible, segun Ricardo y Silvestre en la suma part. *matrimonium*, 8. vers. 16. *quæritur:* y véase sobre esto lo que nota el Abad en el cap. *consultationi*, *de frigid.*

(3) Esta impotencia no se presume, y por lo mismo deberá probarse. Bald. en la l. 6. D. *de his qui sunt sui vel alien. jur.*

(4) Véas. el cap. 2. de este tit.

(5) Se dice esto de los hombres, porque la frialdad en las mugeres no impide el matrimonio, en cuanto puedan sufrir el acceso de varon.

(6) Lo mismo sucederia cuando un escesivo calor hiciese inhábil á alguno para la cópula, segun Sto. Tomás 4. *sent.*, dist. 34., hablando solo las leyes de la frialdad, porque es mas frecuente este obstáculo para la generacion; y lo propio debiera decirse de cualquier otro impedimento perpetuo para la procreacion, advirtiendo que no fuera obstáculo para el matrimonio el que dicha generacion no surtiese efecto, con tal que pudiera consumarse la cópula, y por lo mismo los estériles pudieran contraer: añad. el Abad al cap. *consultationi;* y el cap. 2. del mismo tit.

(7) Dígase lo mismo cuando fuesen tan anchas que de ningun modo pudieran tener cópula, como dice Juan Andr. haberlo resuelto en el cap. *consultationi*, del mismo tit.: lo propio fuera cuando la muger resultase impotente por alguna enfermedad oculta, segun enseñan Juan Andr. despues de Hostiens. allí citando un ejemplo.

(8) Es lícito para esto buscar los ausilios del arte, segun el cit. cap. *fraternitatis*, 6. de este tit., de modo que si el hombre pudiese tener cópula con una muger que ya no fuese vírgen, entonces pudiera por medio del arte hacer desaparecer la virginidad para tener luego acceso con ella, segun Sto. Tomás lugar cit.; ni se obraria en esto contra la naturaleza, porque solo se busca el remedio de un defecto y nó el deleite.

(9) Véas. sobre esto el cit. cap. 6. *de frig.*

(10) Si fuese ligero el peligro debieran arrostrarlo, como enseña la glos. allí en el cit. cap. *fraternitatis.*

(11) Añad. cap. 1. y cap. *ex litteris*, 3. del mismo tit.

(12) Concuerd. cap. 1. y cap. *fraternitatis*, 6. de este tit.

(13) Aprueba la opinion del Abad en el cit. cap. *fraternitatis.*

(14) Véas. lo que dijimos en la ley 17. tit. 2. de esta Part.

(15) Aunque con el acceso del segundo hubiese quedado apta para el primero, porque como con este mediaba un impedimento per-

manifiestamente, que el embargo que era entre ella, e el primero marido, duraua por siempre.

LEY 4. *Que los que son castrados non pueden casar.*

Castrados son, los que pierden por alguna ocasion que les auiene, aquellos miembros que son menester para engendrar: assi como si alguno saltasse sobre algun seto de palos, que trauasse en ellos, o gelos rompiesse; o gelos arrebatasse algun oso, o puerco, o can; o gelos cortasse algun ome, o gelos sacasse; o por otra manera qualquier que los perdiesse. E porende, qualquier que fuesse ocasionado desta manera, non podria casar (16). E si casare, non vale el matrimonio: porque el que atal fuesse, non podria complir a su muger el debdo carnal, que era tenudo de complirle. E despues que los partiere Santa Eglesia, puede la muger con otro casar, si quiere. Pero si acaesciesse, que alguno, despues que fuesse casado, o desposado por palabras de presente, perdiesse aquellos miembros, de que fezimos emiente de suso, por alguna de las ocasiones sobredichas, non se desfaze (17) por esso el casamiento, nin puede ninguno dellos casar otra vez biuiendo amos a dos; fueras ende, si alguno dellos entrasse en Orden de Religion, ante que se ayuntassen en vno carnalmente.

LEY 5. *Quando, e en que manera se deue partir el Casamiento, que fuere razonado, a prouado, tal non poder.*

Fechizos (18), o otro mal fecho faziendo algun ome, o muger, de manera que non se pudiesse ayuntar carnalmente (c) con su muger, o ella con el; podria ser, que tal mal fecho como este que duraria por siempre (19), o fasta algun tiempo. E si por auentura se querellare alguno dellos, o amos a dos, ante alguno de los Juezes de Santa Eglesia, diziendo que los departan por razon de tal embargo (20); para ser sabidor aquel que los ha departir, como lo deue fazer, e quando, deueles dar plazo de tres años (21) que biuan en vno. E tomar la jura (22) dellos, que se trabajaran quanto pudieren, para ayuntarse carnalmente. E si fasta este plazo (23) non se pudieren ayuntar, e lo querellare otra vez alguno dellos, o ambos, entiendese que el embargo (24) es para siempre. Pero ante que los departan deuenlos fazer catar a omes bue-

(c) el marido Acad.

petuo, no pudo subsistir el matrimonio, y asi lo enseña la presente ley y lo defiende el Abad en el cit. cap. *fraternitatis*, col. 3.; y asi opinan generalmente los teólogos, como enseña Silvestr. part. *divortium*, vers. 19.

(16) Añad. l. 6. tit. 2. de esta Part. con lo dicho allí.

(17) Concuerd. cap. *hi qui*, 32. cuest. 7.

(18) Concuerd. cap. *si per sortiarias*, 33. cuest. 1. y cap. ult. *de frigid.*

(19) Como si fuese dado á la glotonería, ó hubiese muerto al hechicero, ó desvanecido el hechizo, segun Juan Andr. despues de Godofredo en el mismo cap. *fraternitatis*, col. penult. del mismo tit.

(20) Entiéndase cuando hubiese precedido al matrimonio; pues si hubiese venido despues de él, entonces no se disuelve, como lo hemos indicado en la ley anterior. En caso de duda, dice la glos., que debe presumirse que no precedió el obstáculo, sino que vino despues del matrimonio; pero parece mas cierta la opinion contraria, sobre la cual véas. al Abad en el cit. cap. *fraternitatis*, col. 2. vers. *sed est dubium*.

(21) Concuerd. la autent. *de nupt.*, §. *per occasionem*, 6. colac. 4., y el cap. *laudabilem*, 5. *de frigid. et malefic.*, computándose en este plazo el tiempo durante el cual vivieron sin queja, segun el Abad en el cap. ult. del mismo tit., lo que debe entenderse, conforme con lo que esplica el citado autor allí al fin.

(22) Para evitar toda colusion que pudiera mediar entre ellos: nótese lo que esta ley previene del juramento, porque no se halla tan claramente espresado en los textos citados: véas. la glos. en el cit. cap. *laudabilem*.

(23) Durante los tres años sobredichos, no podrá disolverse el matrimonio aun cuando alguno de los consortes ó los dos á la vez ofreciesen probar la impotencia por señales esteriores, segun el cap. ult. del mismo tit.; porque como sea temporal el impedimento proveniente de maleficio como se dice aqui, deben por lo mismo cohabitar tres años los esposos, segun lo enseña el Abad en el cap. 1. del presente tit., estableciéndose en este sentido la diferencia entre los frios y hechizados, como se ve aqui y en la l. sig.: y no se requiere que este trienio sea continuo, segun Juan Andrés, el Abad y DD. en el cit. cap. ult.

(24) Concuerd. el cit. cap. *si per sortiarias*, el cual no se halla enmendado, segun aparece de esta ley y de la siguiente. La pre-

nos (25), e buenas mugeres (26), si es verdad, que ha entre ellos tal embargo, como razonan. E demas desto deue fazer jurar a cada vno dellos (27) en esta manera; al varon, que jure a buena fe sin engaño, que se trabajo, e dio obra quanto pudo, para yazer con ella, mas que non lo pudo acabar. E la muger otrosi, que jure, que non fizo engaño ninguno, nin lo destoruo por ninguna manera, que non yoguiesse con ella su marido. E deuen jurar con el varon siete omes buenos (28) de sus parientes, si los ouiere en aquel lugar, e si non, con otros, que crean que juro verdad. E la muger deue jurar en essa misma guisa, con siete parientas, o con otras siete buenas mugeres de aquel lugar. E despues desto deuenlos departir, e dar licencia a cada vno dellos (29), que casen si quisieren.

LEY 6. *En que manera se deue entender el plazo de tres años, que ponen a los que casan con los maleficiados, para departirse.*

Frio seyendo algun ome naturalmente, de manera que non pudiesse yazer con muger; si acaesciesse que casasse, e se querellasse alguno dellos ante el Juez de Santa Eglesia, diziendo que los departan por razon de tal embargo; deuenles dar plazo de tres años (30), e tomar la jura dellos, e guardar todas las otras cosas, que dize en la ley ante desta, que deuen ser fechas, e guardadas en los maleficiados, ante que se departa el casamiento. E esto se entiende si la muger fuesse virgen, porque por su cuerpo pueda mostrar manifiestamente, que en el tiempo de los tres años non la pudo conoscer. Mas si tal ome, que fuesse frio de natura, casasse con muger corrupta (31), deuese entender dotra guisa. Ca si la muger, desque entendiesse que el marido era assi embargado, non lo querellasse luego, o a lo mas tarde fasta vn mes; si despues se querellare, e el marido dixere que non era assi, e jurasse que la conosciera carnalmente; estonce non deue auer el plazo de tres años, nin deue ser oyda (32) sobre esta razon: porque sospecha es contra ella, que pues que tantos dias estouo que non querello, que ouo que ver con ella: e porende deue ser creydo el marido, e non ella. Pero si ella

suncion de ser perpetuo el maleficio ó hechizo despues de tres años de cohabitacion inútil, la contesta la glos. en el cit. cap. *fraternitatis*, palabr. *divinum miraculum*, la cual siguen allí Juan Andr. y el Abad.

(25) A saber, cuando debiese ser inspeccionado el varon.

(26) Esto tendrá lugar cuando debiese ser inspeccionada la muger, para conservar la honestidad; y debe cuidarse, segun Hostiens., que estas matronas ni sean muy jóvenes por la falta de esperiencia, ni demasiado ancianas por el defecto de la vista, ya que con los ojos y con las manos deben hacerse estas pruebas, segun el cap. *proposuisti*, 4. y el cap. *causam*, 14. *de probation.*: y porque las mugeres medicándose pueden aparecer estrechas, aconseja el cit. autor que las metan antes en un baño donde perseveren largo espacio lavándolas entretanto con agua caliente, y cuidando que haya personas de confianza que vigilen para que no vuelvan otra vez á aplicarse los medicamentos.

(27) Lo propio dice en el cap. ult. del mismo tit.

(28) Bastarian menos de siete si no pudiese hallarse este número, y podrian ser vecinos si no fuese fácil hallar parientes, segun enseñan los AA. en el cit. cap. ult.

(29) Disuelto el matrimonio por hechizos ó por causa de maleficio, quedan libres los esposos para contraer enlace con otra persona, por lo mismo que pueden quedar sujetos al hechizo unidos con uno y libres de él uniéndose con otro; y advierte el Abad en el cit. cap. *fraternitatis*, sobre la glos. en la palabra *divinum*, que es muy notable esta especie: mas si la separacion tuviese lugar por la frialdad de alguno de los consortes, solo podrá contraer matrimonio el que no es frio, como se ha dicho antes en la l. 2. al fin; añad. á Sto. Tomás 4. *sentent.*, dist. 34.

(30) Entiéndase cuando por otras señales no pueda probarse la frialdad, pues si antes del plazo señalado constase la existencia de aquel defecto, no se requiere el transcurso de tiempo sobredicho, como se prueba en el cap. *laudabilem*, 5. de este tit., y lo notan el Abad en el cap. 1. del mismo y Spec. y Juan Andr. en el tit. *de frigid. et malefic.*

(31) Nótese esta doctrina, pues la presente ley interpreta el texto del cap. 1. de este tit. en las palabras *illa autem*, cuando la muger no fuese vírgen.

(32) Entiéndase á menos que la muger manifieste con señales ciertas la frialdad del varon, pues fundándose la presente ley en la malicia presunta derivada del silencio, esta presuncion cede á la prueba contraria, de suerte que faltando esta debe ser creido el varon y nó la muger, como se espresa aqui y en el cit. cap. 1.

se querellasse luego, o ante del mes, deuenla oyr, e darle plazo (33) de los tres años, e guardar todas las otras cosas que son dichas en la ley ante desta. Esso mismo deuen fazer, si el marido, e la muger, otorgassen (34) que auia entrellos tal embargo.

LEY 7. *Que departimiento ha, entre aquellos que son maleficiados, e aquellos que son frios de natura.*

Malefiziados, e frios de natura, son dos maneras de omes, que son embargados para non poder casar, segund dize en la ley ante desta. Pero ha departimiento entre ellos, de guisa, que si el que fuesse frio de natura, fuesse partido de su muger por mandado de Santa Eglesia, si despues casasse con otra, deuenlo partir (35) de la segunda, e fazer tornar a la primera (36). E esto es, porque semeja que lo fizo en desprecio de Santa Eglesia, casando engañosamente otra vez. Ca quien frio es de natura, tambien lo es con la vna muger, como con la otra. Mas si el que fuesse malefiziado, maguer lo departiesse Santa Eglesia de vna muger, si despues casasse con otra, bien puede fincar con la segunda, e non deue tornar (37) a la primera. E esto es, porque podria ser maleficiado a la primera muger, e non a la segunda.

TITULO IX.

DE LOS ACUSAMIENTOS QUE FAZEN PARA EMBARGAR, O PARA PARTIR EL MATRIMONIO.

Acusamiento deue ser fecho ante los Juezes de Santa Eglesia, para departirse los casamientos, quando alguno quisiesse mostrar las razones, por que auia tal embargo entre algunos que fuessen casados, por quel matrimonio ouiesse a ser desfecho. E pues que en los Titulos ante deste fablamos de los embargos, que tuellen a los omes, que non pueden casar; e si casaren, por quales dellos deuen ser desfechos los casamientos; conuiene que fablemos en este Titulo, de los Acusamientos por que se departen los matrimonios. E monstraremos primeramente, quien puede acusar el casamiento. E porque razones. E ante quien. E en que manera deue ser fecha la acusacion. E quales pueden testimoniar, para desfacer el matrimonio, o para ayuntarlo.

(33) Es decir, cuando por pruebas ciertas no hubiese manifestado desde luego la frialdad del varon, como se espresa en el cit. cap. *laudabilem*.

(34) Aun cuando dentro un mes no se hubiese manifestado el defecto de la frialdad, segun el cit. cap. 1., para que se les concediese el espacio de tres años, segun se nota en la 1ª respuesta de esta ley, por mas que la muger no fuese vírgen, salvándose siempre las pruebas ciertas que se hiciesen de la frialdad é impotencia.

(35) Véas. el cap. 1., el cap. *fraternitatis*, 6. y el cap. *laudabilem*, 5. de este tit.

(36) Subsistió con esta el vínculo del matrimonio; pero respecto de la cohabitacion, mutuo servicio y union del tálamo, dígase que si uno solo de los consortes obró con dolo, el inocente puede reclamar la separacion del tálamo por razon del adulterio cometido: pero, no mediando dolo ó si ambos consortes hubiesen participado de él, se rehabilita absolutamente el primer matrimonio, como lo enseña el Abad esplicando la glos. en el cit. cap. 1. del mismo tit.

(37) Concuerd. el cap. *si per sortiarias*, 33. cuest. 1., cuyo texto decia Inocen. haber sido corregido por el cap. ult. de este tit., si bien los DD. por punto general son de contrario parecer. Y entiéndase la doctrina de la ley, cuando el impedimento era solo con relacion á alguna muger, pues en este caso despues de la cohabitacion triennal, observados los demas requisitos de que se habla en la ley anterior, y autorizado el divorcio por el tribunal eclesiástico, el que contrae matrimonio con otra no volverá á unirse con la primera, porque no se infiere de esto que haya sido engañada la autoridad eclesiástica, supuesto que como aqui se espresa, puede alguno quedar sujeto al hechizo ó maleficio uniéndose con una y quedar libre del mismo uniéndose con otra. Pero si se tratase de un maleficio absoluto, tomándose de aqui pretesto para la disolucion del matrimonio, entonces casándose y teniendo cópula con otra, deberá ser separado de esta y obligado á reunirse con la primera, pues en este caso la autoridad eclesiástica hubiera sido engañada, considerando perpetuo el impedimento que solo era temporal: asimismo acordada la separacion por un maleficio particular, si apareciese mas tarde el engaño, como si el que obtuvo la separacion hubiese conocido carnalmente la primera muger; entonces deberá ser separado de la segunda, y se rehabilitará el primer matrimonio, porque se ve que no era perpetuo el impedimento; y esto dice la glos. en el cit. cap. *fraternitatis*, sobre las palabr. *divinum miraculum*, y allí Anton. de Butr.

LEY 1. *Quien puede acusar el Casamiento, e por que razones.*

La muger al marido, e el marido a la muger, pueden acusar el vno al otro, para departir el casamiento, si el embargo que es entrellos fuere atal, que sea sin culpa; assi como si el varon fuesse de fria natura, o la muger de tan estrecha, que el marido non pudiesse yazer con ella. E si alguno dellos fuesse ligado. Ca por ninguno destos embargos non los puede otro acusar, si non ellos mesmos (1): porque ellos son mas sabidores ende, que otro. Pero si quisieren callar su embargo, e biuir en vno, non como marido, e muger (2) para ayuntarse (3) carnalmente, mas como hermanos, puedenlo fazer. Esso mismo seria, si algund ome libre casasse con sierua, o alguna muger libre casasse con sieruo, non lo sabiendo. Ca por tal embargo non los puede otro ninguno acusar, si non ellos mesmos (4), el vno al otro. E la acusacion que fuesse fecha por alguna de las razones sobredichas, non se entiende, que es dicha propiamente acusamiento, mas querella, o demanda: porque aquellos que (a) lo fazen vnos contra otros, non son en tal pecado, que por su culpa nasciessen entre ellos aquellos embargos, mas por mal fecho de otro, o por ocasion de natura, o por yerro, cuydando casar con libre, e casando con sieruo.

LEY 2. *Ante quien deue ser fecha la acusacion en razon de adulterio, e en que manera.*

Acusarse pueden avn en otra manera, sin las que diximos en la ley ante desta, el marido, e la muger. E esta es por razon de adulterio: e si la acusacion fuesse fecha para departirlos, que non biuan en vno, nin se ayunten carnalmente; por tal razon non los puede otro ninguno acusar, si non ellos mismos (5), vno a otro: e tal acusacion como esta puedenla fazer tambien por si mesmos, como por Personero (6), e deue ser fecha (7) ante el Obispo (8), o ante su Oficial.

(a) las facen Acad.

(1) Pruébase esta doctrina por el cap. *consultationi*, 4. *de frigid.*, la esplica Hostiens. al princ. del mismo tit., y se confirma ademas con el cap. *laudabilem*, 5. del propio tit.

(2) No es válido aquel matrimonio, antes subsistiria el segundo que se hubiese contraido, aun cuando con ciencia del impedimento hubiesen celebrado el primero, segun Inoc. y DD. en el cit. cap. *consultationi*: sin embargo dice Inocen., que en el caso dado el que celebró el primer matrimonio sabiendo la imposibilidad de contraerlo, queda obligado á alimentar á la primera muger, y que lo mismo sucederia si hubiese tenido conocimiento de la imposibilidad de aquella con quien contrajo, por mas que el fuese potente, segun enseña Inoc. y los DD. allí.

(3) Aunque ambos esposos sean potentes pueden, si quieren, vivir fraternalmente, cap. *quod Deo pari*, 33. cuest. 5. Segun esto estan obligados á vivir castamente, segun el cit. cap. *laudabilem*, y si alguno de ellos ó los dos viviesen deshonestamente pretendiendo de este modo cubrir su lujuria, debe evitarlo el Obispo, segun el cap. 1. y el cap. *licet*, 12. *de offic. ordinar.*, y lo nota Juan Andr. en el cit. cap. *consultationi*.

(4) Lo nota Specul. al princ. de este tit., y véas. la l. 11. tit. 2. de esta Part.

(5) Lo mismo sostiene Specul. lug. cit., cuya doctrina recuerda la presente ley; pues los defectos que los cónyuges pueden perdonarse reciprocamente, nadie puede acusarlos, segun el cit. autor allí.

(6) Añad. cap. *tuæ*, 5. *de procuratorib.*, donde notan los AA. que cuando se persigue civilmente algun delito, puede hacerse por medio de procurador, lo que se prueba con el cap. *super his*, 16. al fin *de accusat.*, y se confirma con la l. 12. de este tit. y Part. que puede verse.

(7) En tal acusacion por mas que se haya instado civilmente, debe guardarse la forma que señala la l. 3. D. *de accusat.*, y la l. 14. tit. 8. Part. 7. como lo prueba el cit. cap. *tuæ*, 5. *de procurator.*, y la l. 12. del presente tit.; y en general cuando el juicio es famoso, es decir, que puede acarrear al acusado infamia de hecho ó de derecho, entonces debe guardarse la indicada solemnidad, segun la l. 15. §. ult. con la l. sig. D. *de dolo*, donde véas. á Bart., y al mismo Bart. en la l. 39. D. *solut. matrim.*, y en la l. 7. D. *de injur.*, donde lo defiende Angel., siendo esta la opinion comun, como lo afirma Socin. consil. 109. vol. 3., quien dice que en rigor de derecho tal vez pudiera defenderse la opinion contraria: véas. allí y tambien á Alex. consil. 6. vol. 1. y á Socin. que contestando al cit. cap. *tuæ*, dice que habla de los juicios mistos, como lo enseña Bald. en el cap. 1. al princ. col. 5. *quibus modis feudum amittatur*, en cuya doctrina se funda Socin. en el lug. sobredicho. Pero á pesar de todo creemos debe seguirse la opinion comun, salvo cuando la parte opusiese el defecto del libelo, pues fuera de este caso aquel se admitirá, segun dicen Bald. y Socin. en los lugares respectivamente citados.

(8) Véas. l. penult. tit. 8. de esta Part.

cial. E todo ome que sopiere que su muger le faze adulterio, tenudo es de la acusar (9), si entendiere que se non quiere partir del pecado, e que quiere vsar del (10); e si lo non faze peca mortalmente (11). Pero si entendiere que se parte del pecado (12), e que faze penitencia del, estonce, si la non quesiere acusar, non peca. E aun touo por bien Santa Eglesia, que si alguno fuesse partido de su muger por razon de adulterio, de manera que non ouiessen a beuir en vno; que si despues desto la quisiesse perdonar el marido, que lo puede fazer: e que biuan en vno (13), e se ayunten carnalmente, tambien como si non fuessen departidos. Mas si la quisiesse el marido acusar, para quel diessen pena segund mandan las leyes de los legos; estonce puedelo otrosi fazer ante el Juez seglar (14). E si por auentura el marido non la quisiesse acusar, e ella non se (*b*) quisiesse partir de aquel mal fecho; estonce puedenla acusar sus parientes della, los mas propincos, o otro qualquier del Pueblo, si ellos non lo quisiessen fazer: ca touo por bien Santa Eglesia, que a la muger quel tal pecado fiziesse, que todo ome la puede acu-

(*b*) partiese de aquel Acad.

(9) Para obtener la separacion del tálamo, como se ha dicho antes. ¿Seguido este juicio ante el eclesiástico, no podrá perseguirse el entendido crímen ante el juez secular? Véase sobre la materia á Hostiens., Juan Andr. y al Abad en el cit. cap. *tuæ*, *de procurator.*, y en el cap. 1. *de offic. ordin.*, donde es notable lo que dice Juan Andr. sobre la glos. ult. y véas. tambien lo que se dirá mas abajo sobre la presente ley.

(10) Concuerd. cap. *si quis uxorem*, 4. y 6. 32. cuest. 1., siendo defensor del crímen el que oculta el de su muger, cap. 1. 33. cuest. 1., y hacen al intento los caps. *quemadmodum*, 25. *de jurejur.*, y cap. *si vir*, 3. *de adulter.*

(11) Añad. la glos. que sostiene esta doctrina en el cap. *si vir*, 3. *de adulter.* El consorte inocente no debe pagar el débito al que fuere reo de fornicacion, como lo nota la glos. en el cap. *in conjugio*, 32. cuest. 1.; bien que si iguorase el crímen del consorte aunque quedaria libre del delito, no lo quedaria sin embargo de la bigamia, segun Juan Andr. y DD. en el cit. cap. *si vir.* El marido puede suministrar á su muger que persevera en el pecado, lo necesario para subsistir, como enseñan los DD. en el cit. cap. *si vir;* pues aun cuando no deba unirse á ella maritalmente, puede sin embargo retenerla por muger en todo lo demas, como se espresa en el cap. *consultationi*, 4. *de frigid.* A pesar de lo dicho, el Abad es de contrario parecer, porque la prestacion de los alimentos tal vez daria á la muger ocasion de pecar ó de perseverar en el pecado, y es mejor privar el sustento al que lo necesita, que suministrarlo á quien seguro de él abandona la justicia, cap. *non omnis*, 5. cuest. 5. Los que obran mal deben sufrir los rigores de la indigencia, S. Lucas cap. 15. l. 31. D. *depos.* Tal vez pudieran conciliarse las opiniones precedentes, diciendo que si la muger no tuviese medios con que alimentarse, ni de otra parte pudiera procurarse el sustento con su trabajo, entonces debiera seguirse la opinion comun de los DD., y en otro caso la del Abad, como asi lo sostiene Juan de Anan. allí.

(12) Véas. el cap. *de Benedicto*, y cap. *quod autem*, 32. cuest. 1., el cit. cap. *si vir*, 3. y el cap. *quemadmodum*, 25. *de jurejur.*

(13) Véas. sobre la materia los textos cits.

(14) Concuerd. el cit. cap. 5. *de procurat.*, aprobándose aqui la opinion de Inoc. que dice lug. cit., que cuando la muger no está sujeta á la jurisdiccion temporal de la iglesia, no puede ser perseguida ante dicho tribunal para que se la imponga pena corporal, que es hoy la de encierro en un monasterio, segun la autent. *sed hodie*, C. *de adulter.*, y la l. ult. tit. 17. Part. 7. El Abad sin embargo en el cit. cap. *tuæ*, sostiene que puede el juez eclesiástico conocer del crímen de adulterio para imponer la pena antedicha, por mas que la acusada no quede sujeta á su jurisdiccion, y se funda para esto en el cap. 1. *de adulter.*, y en el cit. cap. *de Benedicto*, 32. cuest. 1.: sobre que el crímen de adulterio importa el de sacrilegio, y este delito es de fuero misto, segun el cap. *cum sit generale*, 8. *de foro compet.;* y por último se funda en el texto del cap. *gaudemus*, 19. *de convers. conjug.*, donde contestando al cit. cap. *tuæ*, dice que se refiere á la antigua jurisprudencia, segun la cual se señalaba á las adúlteras pena de muerte. Creemos que debe seguirse la opinion de Inoc. que sostiene tambien Juan Andr. en el cap. 1. *de foro compet.*, lib. 6. en la novela, se aprueba aqui y se confirma con el cit. cap. *tuæ*, cuya fuerza no destruye la infundada respuesta del Abad; y el cit. cap. *de Benedicto*, tiene aplicacion respecto de los súbditos de la jurisdiccion temporal de la Iglesia; y el cap. 1. *de offic. ordinar.*, cuando se trata de una ligera correccion nó de una pena grave, respondiéndose lo mismo al cit. cap. *gaudemus.*

sar. Ca assi como es defendido a todos comunalmente, que ninguno non faga adulterio, assi el que lo faze, yerra contra el derecho que tañe a todos. En todas estas maneras sobredichas en estas dos leyes que puede acusar el marido a la muger, puede, segund Santa Eglesia (15), acusar ella otrosi a el, si quisiere: e deue ser oyda (16), tambien como el.

LEY 3. *Por que embargos se puede acusar el Casamiento, para que se departa.*

Carnal parentesco, o cuñadez, fasta quarto grado, auiendo entre algunos que fuessen casados; o auiendo otrosi entre ellos parentesco spiritual, assi como compadradgo; o alguno de los embargos, porque non deuen casar, e si fueren casados, que deue ser partido el casamiento, por razon de pecado mortal que ha entre ellos; por qualquier destos embargos puede acusar (17) el marido a la muger, e ella a el, que los departan. E si ellos se quisieren callar, queriendo beuir en tal pecado, puedenlos acusar los parientes (18). E si ellos non lo quisieren fazer, puedenlos acusar otros qualesquier (19) del Pueblo, por la razon misma que diximos en la ley ante desta.

LEY 4. *Quien non puede acusar el Matrimonio.*

Enfamado (20) seyendo alguno, de manera que non deua ser cabido su testimonio, o el que estouiesse en pecado mortal manifiestamente, o quel podiesse ser prouado que (c) esta en el; ninguno destos non puede acusar a otros, porque (d) departa el casamiento que fuere fecho entre ellos; fueras ende, si perteneciesse mas de fazer a ellos, por razon de parentesco, que a otros, porque les tañiesse mas (21) el mal estar del pecado, en que biuiessen los que estouiessen assi casados. E otrosi non puede acusar el matrimonio, nin deue ser oydo, el que lo fiziesse con entencion por leuar algo (22) de aquellos a quien acusa, e non por otra razon. Otrosi non deue ser oydo, el que ouiesse ya rescebido dineros (23), o otra cosa que le diessen, porque los acusasse. Ca de ninguno destos non deue ser rescebida (24) su acusacion, si estol fuere prouado.

LEY 5. *Por que razones non deuen ser oydos los que quieren acusar el Matrimonio, para departirlo.*

Denunciado seyendo publicamente (25) en alguna Eglesia, como quieren algunos casar; e amonestando el Clerigo a los que y estouiessen, que si embargo sabian entre ellos, por que non deuian casar, que lo dixessen,

(c) estaba Acad.
(d) departan Acad.

(15) Véas. el cap. *si peccaverit*, 2. cuest. 1., el cap. *quemadmodum*, 25. *de jurejur.*, y el cap. *tua*, 7. *de cognat. spirit.*; entendiéndose cuando solo se trata de imponer penitencia, segun se desprende de los textos citados y lo esplica Juan Andr. en el cit. cap. *tuæ*, *de procurat.*: pues persiguiéndose el delito criminalmente, debe atenderse á lo que se dirá en las leyes 2. y 3. tit. 17. Part. 7.

(16) Concuerd. cap. *præcepit*, 19., cap. *christiana*, 23. caus. 32. cuest. 5., y cap. *insuper*, 4. *qui matrim. accus. poss.*, entendiéndose esta doctrina como aqui se indica, cuando la muger acusa para obtener la separacion del tálamo, pues de otra suerte acusando el adulterio del marido, no fuera admitida, segun la l. 1. C. *de adulter.*, y la l. 1. tit. 17. Part. 7.

(17) Tiene su orígen en lo que notan Inoc. y DD. en la rubr. del tit. *qui matrim. accus. poss.* Spec. en el mismo tit. y Juan Andr. allí en las adics.

(18) Concuerd. cap. 1. y 2. caus. 35. cuest. 16. cap. *videtur*, 3. *qui accus. non poss.*, y véas. á Inoc. y DD. en la rubr. cit.

(19) Véas. lugs. cits.

(20) Tiene su orígen de lo que nota la glos. en el cap. *cum in tua*, *de sponsal.*, y Specul. sobre el presente tit. col. 2.

(21) Véas. el cap. *præterea*, *de sponsal.*, y la glos. en el cit. cap. *cum in tua*.

(22) Concuerd. cap. *significante*, 5. de este tit., y nótese que la escepcion de ganancia basta para repeler al acusador. ¿Mas cómo se probará la intencion ó ánimo de lucrar? Deberá hacerse por medio de aquellos que intervinieron en el asunto, segun Hostiens. y Juan Andr. en el cit. cap. *significante*.

(23) Concuerd. cap. *prohibentur*, 2. cuest. 5.

(24) Podrá repelerle el juez de oficio, segun Hostiens., Juan Andr. y el Abad en el cit. cap. *significante*.

(25) Se presume el conocimiento de aquello que se hace en público, segun se dice en el cap. ult. *qui matrim. accus. poss.*, de donde toma orígen la presente ley, á la que puede añadirse el cap. 1. *de postulat. prælator.*, y allí la glos. sobre la palabra *promulgavit*, y el cap. *illo*, *de cleric. excom. ministr.*: añade tambien la glos. en el cap. *curæ*, 11. cuest.

fasta algund dia (26) que les señalasse; si alguno de los que estouiessen delante (27) quando esto fuesse dicho, se callasse estonce, sabiendo que auia entre ellos tal embargo, e los quisiesse despues acusar, para departir el matrimonio, despues (28) que fuessen casados, non deue ser oydo (29). Esso mismo seria, maguer non estuuiesse delante, quando el Clerigo denunciasse al Pueblo tal razon como esta. Ca si lo sopiesse por otro (30), que fue dicho en la Eglesia, e si callare sabiendo que auia entrellos atal embargo, despues que el casamiento fuesse fecho nol deuen oyr. Fueras ende, si mostrare (31) escusa derecha, que non oyo tal denunciacion; assi como si fuesse sordo estonce; o si non fuesse de edad; o si lo oyesse, o sopiesse de otra manera, e fuesse enfermo, de guisa, que se non podiesse leuantar (32), a demostrar el embargo que sabia entrellos. O si fuesse tan lueñe de aquel lugar, que maguer lo oyesse, non pudiesse venir ante que se casassen. O si callo (33) estonce por miedo, que lo non podria prouar, e despues de

3. con lo que notablemente dice Alex. consil. 81. vol. 4.; y advierte el Abad fundado en el texto del cit. cap. ult., que los residentes en alguna diócesis se presume que tienen conocimiento de lo que sucede públicamente en la ciudad, y por ésto es que las leyes publicadas en la ciudad obligan á todos los que existen en la diócesis, cuando la publicacion se hubiese hecho previos los requisitos ordinarios; limitándose tan solo esta doctrina en los tres casos de que se habla en el cit. cap. ult. y tambien en la presente ley.

(26) No señalándose el dia valdria el edicto, segun Inoc. en el cit. cap. ult., entendiéndose el señalamiento del término indicado, con la limitacion derivada de la l. 105. D. *de solut.*, pues no es necesario que el que sabe el impedimento corra desde luego á denunciarlo.

(27) Es decir, estando presente y entendiendo aquello de que se trata, segun la l. 209. D. *de verb. signif.*, y la 27. §. 5. D. *de recept. qui arbitr. recep.*, probándose bastante en la presente ley que la presencia arguye conocimiento ó ciencia, lo que es de notar por lo que enseña la glos. breve, y allí los DD. en la l. 1. C. *de erroribus advocator.*, y Felin. al princ. *decretal.*, col. 7., y véas. tambien por Alex. consil. 180. vol. 2. y consil. 112. vol. 3. Si al oido se sigue igualmente la inteligencia, véas. en el cap. *auditis*, 29. *de election.*, y allí el Abad 1. notab.

(28) Estando la cosa íntegra serian oidos, como se indica aqui y en el cit. cap. ult., lo que limita allí el Abad, á no ser que el esposo haya hecho algunos preparativos de mucho coste; véas. allí al cit. autor.

(29) Ni por via de acusacion ni por via de denuncia, segun la glos. en el cit. cap. ult., cuya doctrina defiende allí el Abad indistintamente, aunque distingue en esta parte Hostiens.

(30) Ni en este caso se exigiria que aquel de quien tuvo esta noticia fuese persona caracterizada, como se exige en otros casos, segun dice la glos. en la l. 73. D. *de condit. et demonstr.*, y Bald. en la l. 19. col. penult. C. *de rei vindicat.*; bastando que la noticia la hubiese dado un sugeto cualquiera, como enseña la glos. en el cap. *cum contingat*, sobre las palabras *nihil omnino*, *de rescript.*, porque de esta manifestacion á nadie se sigue perjuicio, y mira al peligro del alma, segun el cap. *illud*, *de cleric. excom. ministr.* Si de la indicada manifestacion resultase alguno infamado con la nota de algun delito, tal vez no bastaria hecha por un hombre vulgar; y por lo mismo parece debiera dejarse esto al arbitrio de buen varon. Véas. á Felin. hablando estensamente sobre la materia en el cit. cap. *cum contingat.*

(31) Manifestando alguna causa probable en cuya virtud se presumiese no haber oido ó ignorar sin culpa las leyes promulgadas, como se esplica luego; y en este concepto no bastaria probar la ignorancia, no fundándose en causa probable y racional, como se indica aqui y en el cit. cap. *cum in tua.*

(32) En el cit. cap. *cum in tua*, se espresa que será la enfermedad justa causa de escusacion si de ella resultaba enagenacion mental, como si fuese alguno frenético ó adoleciese de enfermedad semejante, pues de lo contrario, aun cuando no pudiese levantarse de la cama, pudiera manifestar su parecer ó en escritos ó por medio de encargado. Asi pues, procederia esta ley, cuando no se pudiese hacer la manifestacion sino levantado.

(33) Sirve para la cuestion que promueve la glos. en el cap. *si quis Papa*, dist. 79., segun la cual, aunque en el delito de lesa magestad la sola ciencia ó noticia es castigada á no manifestarse la traicion, l. 4. al fin C. *ad leg. Jul. majest.*, y allí los DD. y Bart. en la l. 6. D. *ad leg. Pomp. de parricid.*; sin embargo, si alguno no pudiese probar su acusacion, en tal caso merece escusa por haber callado. Véas. sobre esto lo que enseña Ang. de Aret. trat. *malefic.*, part. *che ay tradito la patria*, y lo que dice la glos. en el cap. *quisquis*, 1. cuest. 1. y en el cap. *plerumque*, 2. cuest. 7.

al casamiento fallo las prueuas. O si lo dexo, porque otro alguno començo (34) de los acusar, que (e) auia atal embargo por que non deuian casar; e ante que lo prouasse, dexose ende por ruego quel fizieron, o por alguna cosa quel dieron. Esso mismo seria, si alguno dixesse, que al tiempo que fue fecha la denunciacion, nin ante quel casamiento fuesse fecho, non sabia aquel embargo de que los quiere acusar, maguer estuuiesse delante quando la fizieron; mas que lo apriso despues (35). Ca a tal como este deuel fazer jurar, que assi es como dize, e que non lo faze maliciosamente: e deuenlo despues oyr. E no le pueden desechar que no le oygan, maguer ouiesse apriso aquel embargo, de que les acusa, de alguno de aquellos (36) que estuuiessen delante quando fue fecha la denunciacion; e se callaron, que los non quisieron acusar. E a qualquier de los sobredichos, que mostrare alguna destas escusas, bien lo deuen oyr, despues que el casamiento sea fecho.

(e) habien Acad.

LEY 6. *Que razones embargan al acusador del Matrimonio, para non ser oyda su acusacion.*

(f) Adulterio faziendo alguno, si quisiesse acusar (g) su muger, o a otra qualquier (37) que fiziera otro tal pecado, puedese defender la muger, diziendo contra el, que quiere prouar, que el mismo fizo otro tal yerro: e si lo prouare, non deue ser oydo el acusador, segun derecho (38) de Santa Iglesia. Otrosi, quando alguno acusasse a su muger, que fiziera adulterio, e ella dixesse, que queria prouar, que el mismo le perdonara ya (39) aquel yerro, (h) e que la auia despues (i) recibida por muger; si esto prouare, non deue el marido ser oydo. E otrosi non deue ser cabida la acusacion, daquel que el mismo trae su muger (40), o es mensajero, o toma precio, porque faga ella

(f) Adulterador seyendo alguno Tol. 2. Adultero seyendo alguno Tol. 3.
(g) á su muger Acad.
(h) et aleve Tol. 3.
(i) recibida; si esto Acad.

(34) Véas. l. 3. D. *de prævaricat.*, Hostiens. y Juan Andr. en el cit. cap. *cum in tua, qui matrim. accus. poss.*

(35) Lo propio se espresa en el cit. cap. unic., bastando en este caso el juramento. De la doctrina de esta ley se ve que por medio del juramento podrémos probar nuestra ignorancia, aun cuando dice Bart. en la l. 7. §. 2. D. *de accus.*, que el juramento no puede probar la justicia de la ignorancia, lo que se confirma tambien en esta ley y en las sobrecitadas; y véas. sobre la materia á Bald. en la l. 5. C. *de pericul. tutor.*, la glos. en el cap. *in lectum*, 34. cuest. 2., la otra glos. en el cap. *qui et humanis*, 12. cuest. 2.; la glos. y el Abad en el cap. *innotuit*, col. ult. *de elect.*, á Bald. el jóven en el trat. *de dote*, fol. 55. col. 2., y á Alex. consil. 118. col. 13. vol. 2.

(36) Véas. esta materia en el cit. cap. ult. *qui matrim. accus. poss.*

(37) Véas. cap. *qui sine*, y cap. *postulatus*, 3. cuest. 7. y cap. *qui crimen*, 6. cuest. 1.

(38) Véas. el cap. *nihil*, y sigs. 32. cuest. 6. y allí la glos. en la suma, el cap. *significasti*, 4. *de divort.*, y el cap. penult. y ult. *de adulter.* Sin embargo, esta doctrina no fuera procedente en derecho civil cuando se tratase de la imposicion de la pena legal, segun la l. 2. §. 5. D. *ad leg. Jul. de adult.*, y la 1. C. del mismo tit., lo que tampoco procederia segun leyes del reino, cuando el marido acusase el adulterio de su muger, como se desprende de la l. 2. al fin tit. 15. lib. 8. *Orden.*, y lo advertimos en la l. 9. tit. 17. Part. 7. Si proferida la sentencia de divorcio, adulterase el marido; puede verse entonces lo que dice el texto y el Abad allí en el cap. *ex litteris*, 5. *de divort.*, la glos. y DD. en el cit. cap. ult. y Felin. en el cap. *lator*, *de re judicat.* Añade que la disposicion de la presente ley tiene lugar, aun cuando la muger hiciese mérito del adulterio del marido cometido antes de la contestacion del pleito, segun enseña el Abad sobre el cit. cap. ult., si bien defiende lo contrario Palac. Rub. en la rubr. *de donat. inter vir. et uxor.*, §. 20. col. 2., fundado en la l. 15. §. 7. D. *ad leg. Jul. de adult.*, cuya ley habla con referencia á las acciones criminales.

(39) Añad. l. 8. tit. 17. Part. 7. y la glos. en la l. 17. C. *ad leg. Jul. de adulter.*, donde véas. á Salic. y tambien la glos. en la suma caus. 32. cuest. 6.

(40) Concuerd. cap. *discretionem*, 6. *de eo qui cognov. consang. uxor. suæ*, entendiéndolo segun la doctrina de la presente ley, cuando se entabla la accion de divorcio para la separacion del tálamo ante el juez eclesiástico; pues si por el contrario se accionase ante el secular para la imposicion de la pena legal, no fuera obstáculo la escepcion notada, segun la l. 2. §. 5. D. *ad leg. Jul. de adult.*, como lo nota el Abad al cap. 2. col. 10., la glos. y Bart. en la l. 39. D. *solut. matrim.*, sobre lo

adulterio con alguno. Nin otrosi non deue ser cabida la acusacion, del que supo que alguna muger fiziera adulterio, si despues (41) de muerte de su marido casasse el con ella, e la quisiesse acusar de tal yerro: o si despues quel caso con ella, supo que fazia ella adulterio, e lo consintio, callandose (42), e encubriendolo.

LEY 7. *Por que razones la muger casada, que yoguiesse con otro, non faze adulterio nin la pueden acusar por ello.*

Yaziendo alguno ome por fuerça (43) con muger casada, trauando della rebatosamente, de manera que se non pudiesse del amparar; si acaesciesse de esta guisa, non faze ella adulterio, nin la podrian acusar por tal razon. Otrosi non pueden acusar a la muger, con quien yoguiesse algun ome, cuydando ella (44), que era su marido aquel que con ella yazia. E esto seria, como si el marido se leuantasse de noche del lecho de su muger, por alguna cosa quel fuesse menester; e estonce otro alguno que yoguiesse en la casa, se fuesse echar con ella, y lo recibiesse ella, cuydando que era su marido. Ca si en tal manera yoguiesse con ella, non la pueden acusar porende, que fizo adulterio. Fueras ende, si ella fuesse sabidora en alguna guisa de aquella enemiga; o si lo fiziesse maliciosamente, consintiendolo (j) despues de yazer con ella, sabiendo que non era su marido.

LEY 8. *Que razones escusan las mugeres, que las non pueden sus maridos acusar por razon de adulterio.*

Saliendo de su tierra (45) alguno, que fuesse casado, para yr en hueste, o en romeria, o a otro logar alueñe de su tierra; si acaesciesse, que tardasse mucho alla, de gui-

(j) despues yacer con ella Acad.

cual véas. la l. 7. tit. 17. Part. 7. con lo que allí se dirá. Si basta ó nó probar en general el lenocinio del marido, ó es necesario concretarlo al adulterio que se persigue, lo examina Bald. en la l. 26. C. *ad leg. Jul. de adulter.*, al princ. resolviendo esta cuestion afirmativamente: añade sobre el particular lo que dice la glos. al cap. 1. 32. cuest. 6. en la glos. magn.

(41) Añad. l. 13. §. 7. y ult. D. *ad legem Jul. de adult.*, l. 7. C. del mismo tit. y cap. *quemadmodum*, 25. al princ. *de jurejur.*

(42) Véas. cap. *si quis uxorem*, 32. cuest. 1. l. 8. tit. 17. Part. 7., y la glos. caus. 32. cuest. 7. en la suma.

(43) Concuerd. cap. *ita ne*, 32. cuest. 5. y l. 39. al princ. D. *ad leg. Jul. de adult.* Si la fuerza no fue absoluta sino condicional, cómo la sufrió Lucrecia? en este caso véas. lo que dice la glos. en el cap. *proposito*, 32. cuest. 5. part. *adultera*, la cual manifiesta al parecer, que aun cuando queda libre la violentada de la pena de adulterio, segun las leyes civiles; sin embargo, segun los cánones se entenderá aquella rea del delito indicado, porque debe la muger sufrir cualquier daño antes que consentir en el pecado, cap. *omnes causationes*, 32. cuest. 7., de lo que se infiere que la doctrina de esta ley debe entenderse de la violencia absoluta, como se desprende de su contesto. Sin embargo, tal vez en el caso supuesto debiera decirse, que ni aun puede pedirse contra la muger la separacion del tálamo, porque tal separacion es pena y no debe sufrirla sin culpa, como parece probarlo el texto del cit. cap. *proposito*; y sirve al intento lo que nota Bald. á la l. 14. C. *de fideicomis.* col. 6., donde examinando si puede una doncella instituir al hijo habido de un tirano casado ó de un rey malo, resuelve la cuestion afirmativamente, porque por lo que hace á la madre no puede llamarse criminal aquella accion, sino involuntaria; porque se presume violentada la muger toda vez que el miedo grave coarta la libertad; y alega á Azon que dice, que sin la voluntad quedan todos los actos indiferentes, l. 20. C. *ad leg. Jul. de adulter.*, y glos. en el cap. *fraternitatis*, *de frigid.*, §. *fornicario.* Si el marido habiendo avisado á su muger para que evitase con la fuga la opresion de los enemigos, no hubiese podido reducirla á seguir su consejo, y fuese despues violentada? la glos. en el cap. 32. *de pudicitia*, cuest. 5. examina esta cuestion que últimamente deja sin resolver, refiriéndose á lo que enseña en la cuestion dominica, donde afirma que no puede la muger ser acusada, ni abandonada por su marido, y lo mismo sostiene allí Archidiac. despues de Juan de Fantu.

(44) Concuerd. cap. *in lectum*, 34. cuest. 2. y añad. la glos. 32. cuest. 6. en la suma.

(45) Concuerd. l. 5. tit. 17. Part. 7. aclaratoria de la presente, y véas. l. 7. tit. 15. lib. 8. del *Ordenam.*, cap. *cum per bellicam*, 34. cuest. 2., cap. *Dominus noster*, 2. *de secund. nupt.*, y cap. *in præsentia*, 19. *de sponsal.*, con lo notado en dichos textos.

sa que fiziessen algunos (46) creer a su muger (47), que era muerto, e se casasse con otro; en tal manera casando ella, non la podrian acusar, que fiziera adulterio, maguer fuesse biuo el marido primero. Ca escusala el non saber. Mas si despues que fuesse casada con el segundo marido, sopiesse ciertamente que era biuo el primero; si despues que lo sopiesse (48), fincasse con el segundo, o se ayuntasse a el carnalmente, si esto fuesse prouado bien la podrian acusar. Otrosi non puede acusar de adulterio a su muger, el que se tornasse Hereje, o Moro, o Judio: e esto es, porque fizo adulterio spiritualmente (49). E por ende, pues que pueden desechar de la acusacion al que fizo adulterio carnalmente, mucho mas lo pueden fazer, al que lo fizo spiritualmente, mudando su creencia, e porfiando (50) en su maldad. E en otra manera non pueden acusar a la muger de adulterio: e esto seria, como si algund Judio estouiesse casado con su muger, e se partiesse della, segund manda la ley de los Judios, dandole libello de repudio; e despues desto se tornasse el Christiano, e casasse ella con otro Judio: si acaesciesse, que ella, seyendo ya casada con el segundo marido, se quisiesse tornar Christiana, e demandare por marido a aquel con quien fue casada primero, que se torno Christiano, ante que se casasse con otra, puedelo fazer: e el deuela recebir, e non la puede acusar de adulterio, nin la puede desechar por tal razon, que la non reciba.

LEY 9. *En quantas maneras se pueden fazer las acusaciones, para departir el Matrimonio.*

Acusacion para departir el matrimonio, puede ser fecha en dos maneras. O la fara, el que la faze, simplemente, como en razon de querella, o demanda, segund dize en la ley segunda deste Titulo; o la fara de otra guisa, acusando, e obligandose a pena, segund mandan las leyes de los legos. E la acusacion que se faze simplemente, se parte en dos maneras. Ca, o la fara sobre tal embar-

(46) Bastaria un solo testigo si de otra parte fuese digno de crédito, segun la l. 5. tit. 17. Part. 7., y el cit. cap. *in præsentia,* donde lo defiende el Abad, diga lo que quiera Bart. en la l. 2. §. 4. D. *quemadmod. testam. aperiant.*, de quien dice haber ignorado la disposicion del cit. cap. *in præsentia.* Adviértase sin embargo, que el texto de este cap. no convence que baste el dicho de un solo testigo, pues la espresion « *certum nuntium receperint*, » de que usa, puede entenderse en sentido neutro, como se usa tambien en el himno que canta la Iglesia «*nuntium vobis fero de supernis*,» y en esta inteligencia no puede decirse que el texto en cuestion sea contrario á Bart., quien afirma que siendo este aviso cosa de grande interes, en órden á la prueba debe estarse á lo que dispone la autent. *hodie*, C. *de repud.*; no pudiendo por lo mismo decirse que Bart. ignorase el texto citado, antes por el contrario, que tenia noticia de él y que lo interpretó del modo que queda dicho: pues si el relato de un solo testigo no es bastante prueba en las causas de interes pecuniario, cuanto menos lo será en las de tanta trascendencia y de que resultaria tanta infamia, casando la muger con otro viviendo su primer marido? Así pues, debe andarse con mucho cuidado en el particular, aun en el supuesto de que fuera cierta la opinion del Abad, lo que es muy dudoso; porque si la voz de un testigo se reputa por nada segun la l. 9. §. 1. C. *de testib.*, y el cap. *veniens*, 10. al fin *de testib.*, con las concordancias notadas en él; ¿cómo se llamará testimonio cierto el que se funda en la declaracion de un solo testigo, segun el cit. cap. *in præsentia?* De todos modos cuando fuese procedente la doctrina del Abad, debiera atenderse la probabilidad ó verosimilitud de lo que el testigo declara, dejando la estimacion de las probabilidades al arbitrio del juez, para determinar si resulta ó nó probada la muerte del marido, como lo advierte allí muy oportunamente el citado Abad: y véas. tambien en el mismo lugar la fe que merezcan los testimonios tomados de cartas ó de otros documentos, y si es prueba bastante la fama pública; y sobre el particular véas. el texto notable de la l. 14. tit. 14. Part. 3. con lo dicho allí.

(47) Véas. l. 11. §. 12. D. *ad leg. Jul. de adult.*

(48) Véas. el cit. cap. *cum per bellicam*, 4. al fin C. *de incest. nupt.*, y á Bald. en la l. 4. C. *de servis fugitiv.*, vers. *item facit.*

(49) Segun se ve aqui, se compensan las dos especies de fornicacion corporal y espiritual, contra lo que opinaba Bald. en el cap. 1. *qualiter jurare debeat vasal. domin. fidelit.*, citando á Juan-Andr. en el cap. ult. *de convers. conjug.*, donde recuerda varias opiniones.

(50) Y si se hubiese convertido á la fe? Segun esta ley, parece no pudiera oponerse entonces la compensacion, contra cuya resolucion opina el Abad en el cit. cap. ult. *de convers. conjug.*: véas. l. 2. tit. 10. de esta Part.

go, por que se deue departir el casamiento para siempre, assi como por ser parientes, o por alguno de los otros embargos, por que deue ser departido el matrimonio; o (*k*) lo fara por razon del embargo, que los deuen departir tan solamente, que non biuan en vno, nin se ayunten carnalmente, assi como sobre pecado de adulterio: e de cada vna destas maneras, e sobre cada vno destos embargos, mostraremos como deue ser fecha la acusacion.

LEY 10. *En que manera puede querellar la muger del marido, o el marido de la muger, que los departan, por embargo que es entre ellos.*

Quexa auiendo alguna muger de su marido, por razon que fuesse de fria natura, o ligado, deue fazer su escrito (51), o dezirlo por palabras, querellandose simplemente en esta guisa, ante alguno de los Juezes de Santa Eglesia, nombrando señaladamente, que se querella de su marido, que non puede yazer con ella (52), e que pide que la departan del, e quel den licencia, que pueda casar con otro, ca quiere fazer fijos. E por esso dize de suso, que tal querella como esta deue ser fecha simplemente, porque (*l*) aquel que la faze, non es tenudo de poner en el escrito la hera, nin el mes, nin el dia en que la faze, assi como en los otros libellos de las acusaciones. E en esta manera se puede querellar el marido de la muger, si ouiesse en ella tal embargo, por que non pudiesse el yazer con ella.

LEY 11. *En que manera deue ser formado el libello de la acusacion, para desfazer el Casamiento por razon de algun embargo.*

Formar se deue el libello de la acusacion, para departirse el casamiento para siempre, en esta manera. Si acaesciere que alguno, entendiendo que beuia en pecado, quisiesse acusar su matrimonio mismo, deue venir ante alguno de los Jueces de Santa Eglesia, e dar su acusacion en escrito, diziendo assi: como aquella muger, con quien esta casado, que es su parienta, monstrando señaladamente en qual grado, nombrando algunas de las personas (53), tambien de la vna parte, como de la otra, onde decendieron. E que quier prouar, que son parientes en tal grado, que deue ser partido el casamiento: e que pide que los departan. E si el marido, o la muger, non se quisiessen acusar el vno al otro, queriendo biuir en su pecado, qualquier de aquellos que an poder de acusar el matrimonio, segund es dicho en las leyes deste Titulo (54), que quieran algunos acusar que los departan, deuen poner en el libello todas las cosas que dize en esta ley, cuando acusan algunos su matrimonio mismo. E todos los otros libellos, que quieren algunos fazer para departir el casamiento, por razon de los embargos que nascen de la cuñadez, o del parentesco spiritual, o por razon de porfijamiento, deuen ser fechos en esta manera sobredicha.

LEY 12. *Que cosa es libello, e como deue ser formado, quando acusa alguno el Matrimonio simplemente, para departirlo por razon de adulterio.*

Libello auemos nombrado, en las leyes ante desta, muchas veces. E porende queremos dezir, que cosa es; e dezimos, que libello tanto quier dezir, como carta en que escriue ome la acusacion. E si alguno quisiesse fazer acusacion simplemente por razon de adulterio, para departir algunos que estouiessen casados, que non biuiessen en vno, nin se ayuntassen carnalmente, deuen fazer el escrito (55) desta guisa; diziendo el marido contra la muger, querellandose delante algunos de los Juezes de Santa Eglesia, nombrando su nome, e de su muger, a quien acusa que fiziera adulterio con tal ome, nombrandolo señaladamente. E deue nombrar la Cibdad, o la Villa, o el Logar en que lo fizo. E si fuere fecho en Logar poblado, deue dezir en qual casa, e a que parte della (56), e en que mes. Mas no es te-

(*k*) la Acad.
(*l*) aquella que la face no es tenuda Acad.

(51) La forma de este libelo puede verse en Specul. tit. *de frigid. et malefic.*, cap. 1. del mismo.

(52) No es pues necesario espresar la causa de la impotencia, segun se indica aqui, en el cap. *quod sedem*, 2. *de frigid.*, y en el cap. ult. del mismo tit. donde véas. al Abad col. 2.

(53) Véas. el cap. 35. *de parentela*, cuest. 6. y cap. *licet ex quadam*, 47. *de testib.*

(54) Leyes 2. y 3. de este tit.

(55) Véas. lo notado en la l. 2. de este tit.

(56) Si debe ó nó espresarse el punto del lugar de la ocurrencia, véas. á Spec. tit. *de accusat. et inquisit.*, al princ. donde sostiène la misma doctrina de esta ley, recordando el ejemplo de Susana: sin embargo, la l. 3. D. *de accusat.*, no exige al parecer, la recordada especificacion, y asi dice Ang. no ser ne-

nudo de dezir la ora, nin el dia (57), en que fue fecho el adulterio, si non quisiere. E deue dezir demas desto, que lo quiere prouar. E que pide, que le departan della: e que le mande, quel torne aquello (58) quel dio por razon del casamiento. E deue otrosi dezir la Era, e mes, é el dia en que fue fecho el libello (59), e quien es Rey, o Principe en aquella tierra; nombrando otrosi el Perlado (*ll*) (60) de aquel logar. E tal acusacion como esta bien la puede fazer por Personero, si grand menester fuere, acaesciendo tal embargo (61) que por si mismo non la pudiesse fazer.

LEY 18. *En que razon se deue obligar a la pena del talion, o en que non, el que acusare el Matrimonio por razon de adulterio.*

Obligar non se deue a pena de talion (62), el que acusare su muger por razon de adulterio, quanto a departimiento del lecho, segund dize en la ley ante desta. E esto es (63), porque maguer non prouasse el adulterio, tambien se cumple su voluntad para departirse della, como si lo prouasse. Mas si la acusa a pena, segund manda el fuero de los legos, estonce se deue obligar a pena de talion (64); que quier tanto dezir, como obligarse a recebir otra tal pena, qual darian a la muger, si el prouasse el adulterio de que la acusa. E el libello de tal acusacion como esta, deue ser fecho en la manera que dize en la ley ante desta, quando acusan a la muger a departimiento, que non biua con su marido, nin se ayunte a el carnalmente. E deue y poner demas, que se obliga a la pena sobredicha. En qualquier destas maneras de suso dichas en esta ley, e en las de ante della, que puede acusar el marido a la muger, puede ella otrosi acusar al marido, si fuere menester. Ca en tales acusaciones

(*ll*) o el Obispo Acad.

cesario que se esprese el cuarto de la casa donde sucedió el hecho. Tal vez se admitiria la demanda aun cuando faltase la entendida especificacion, bien que debiera notarse cuando lo pidiese la parte otra para hacer su defensa: véas. á Ang. de Aret. trat. *malefic.*, part. *in platea communis*, y á Bart. en la cit. l. 3. vers. *circa tempus.*

(57) Véas. la cit. l. 3. y á Bart. allí.

(58) A saber, la dote y donacion *propter nuptias*, segun el cap. ult. *de donat. inter vir. et uxor.*

(59) Esto no se acostumbra, bien que suele continuarlo el notario, como lo enseña Bart. en la cit. l. 3.

(60) Nótese lo que indica la ley con relacion al prelado, pues procederia esta doctrina en las acusaciones presentadas ante el juez eclesiástico, como se dice aqui, mas nó en las intentadas ante el juez secular, segun la l. 14. tit. 1. Part. 7.

(61) Cap. *tuæ*, 5. *de procurator.*, donde el Abad. despues de Hostiens. dice, que debe sobreentenderse la espresion *maxime* mayormente, pues fuera del caso de necesidad, pudiera gestionarse por medio de procurador, cap. *super his*, 16. al fin *de accusat.*

(62) Concuerd. cap. *tuæ*, 5. *de procur.*, donde se señala la misma razon que aqui.

(63) Antes parece ser la razon porque se persigue el crímen civilmente; y por esto dice Bart. en la l. 1. §. 1. D. *de suspect. tutor.*, que los que acusan civilmente á un tutor como sospechoso, no deben inscribirse en la acusacion, porque el negocio es civil, y aun cuando contra el tutor condenado en la citada acusacion resulta la nota de infamia; á pesar de esto no es necesaria la inscripcion, segun dice Bart. en el cit. §. 1. contra lo que allí sostiene la glos.; porque de otra suerte, segun enseña el autor citado, el requisito de la inscripcion no debiera omitirse en ninguna accion civil famosa, lo que no se halla mandado en ninguna ley. La opinion de Bart. sigue Bald. en la l. 2. C. *de fid. instrument.*, y en l. 7. C. *ad leg. Jul. de vi*, col. 1., donde alega el cit. cap. *tuæ*, *de procur.* La razon de esta ley tal vez es mas á propósito en la especie de la misma, y por lo tanto la vemos continuada en ella y en el cit. cap. *tuæ*, porque la acusacion dirigida á obtener la separacion del tálamo, no es absolutamente civil sino mista.

(64) Véas. sobre el particular la l. 26. tit. 1. Part. 7., añadiendo de paso que segun costumbre de estos reinos no es necesaria la inscripcion ú obligacion de que habla la ley, aun cuando se persiga criminalmente cualquier delito; y esto mismo se observa por costumbre de otros paises como refiere Spec. tit. *de accusatore*, col. 13., donde Juan Andr. en la adic. aplaude dicha costumbre, diciendo Guillermo de Suza en la l. 3. C. *qui accus. non poss.*, que por el temor de la pena del talion quedaban los crímenes sin castigo, por cuanto el acusador difícilmente pudiera probar su acusacion, ó por ser el crímen de difícil prueba, ó por la inadmision de los testigos, ó porque estos pudieran ser sobornados por el acusado poderoso para que declarasen poco ó

como estas, el marido, e la muger egualmente (65) deuen ser juzgados, segund manda Santa Eglesia. Pero tal egualdad non deue ser cabida en todo ante Juez seglar, segund las leyes (66) de los Sabios antiguos, assi como se muestra (*m*) en el libro seteno, en el Titulo de los Adulterios.

LEY 14. *Que non deue ser recebido el libello, que mal fuere fecho.*

Mal formado seyendo el libello que alguno fiziesse, para acusar alguna muger de adulterio, quier la acusasse a departimiento del lecho, o a pena segund el fuero de los legos, non deue ser recibido (67) libello, nin la muger non la deuen tener por culpada por razon de tal acusacion. Pero si lo mejorasse (68) despues, faziendole derechamente, segund dizen las leyes deste Titulo; deuengelo recibir, e oyr su acusacion. Otrosi, quando muchos fueren los accusadores del matrimonio, non deuen ser todos oydos. Mas deuen escoger (69) ellos mismos vno dellos, qual touieren por bien, que faga la accusacion; e aquel deue dar el libello, e deue ser oydo, e non otro: e si aquel fuere vencido, non deue ser oydo otro (70) sobre aquel adulterio. Otrosi ninguno non puede fazer accusacion de adulterio para pena, segund el fuero de los legos (71), por letras que embiasse; mas el deue venir por si mismo delante del Juez, e accusarle, dando el libello de la accusacion, segund que es sobredicho.

LEY 15. *Quales pueden testimoniar, para desfazer el Matrimonio, o para ayuntarlo.*

Testimoniar puede todo ome, que sea de

(*m*) adelante en el libro seteno en el titulo de las acusaciones. Acad.

nada, ó por último, por la mala direccion del abogado, por cuyas contingencias pocos querian esponerse al riesgo de la pena del talion: pero á pesar de lo dicho, pudiera ser declarada á favor del acusado la indemnizacion de costas y perjuicios, segun advierte el cit. autor: añad. tambien á Bart. que afirma la citada consuetud en las ll. 3. y 7. D. *de accusation.* Asi pues, lo que dice la glos. en la cit. l. 3. C. *qui accus. non poss.*, á saber, que se entienda tácitamente la obligacion del acusador por la pena del talion, aun cuando no se hubiese espresado, lo que afirma asimismo Bald. en la l. ult. C. del mismo tit.; no tendria lugar donde se observase aquella costumbre; bien que aun en defecto de la obligacion espresa, no dejará de aplicarse al acusador la pena de calumniador, como enseña el Abad en el cap. 2. *de calumniat.*, cual pena será estraordinaria desde que cesa la inscripcion, segun lo que enseña Bart. en la l. 6. D. *de custod. reor.*, y Salicet. en la l. 7. C. *de accus.*, col. 6. vers. 12. *quæro.*

(65) Concuerd. cap. *si quis uxorem*, 32. cuest. 1. cap. *præcepit*, y cap. *christiana*, 32. cuest. 5.; l. 8. §. 1. C. *de repud.*, y añad. la glos. á la l. 1. C. *ad leg. Jul. de adult.*

(66) Véas. la l. 1. C. *ad leg. Jul. de adult.*, cap. *publico*, 32. cuest. 1. y l. 1. tit. 17. Partida 7.

(67) Añad. l. 3. §. 1. D. *de accusation.*, pudiendo oponerse esta escepcion aun en segunda instancia, como lo nota Bald. en la l. 2. C. *qui accus. non poss.*, col. ult., porque no procede el indicado libelo ó demanda, aun sin oposicion de parte, segun enseña Bart. en la citada l. 3. y se prueba aqui y en el citado §. 1. Añad. á Alex. consil. 72. volum. 1.

(68) Véas. la cit. l. 3. §. 1.

(69) Añad. l. 16. D. *de accus.*, l. ult. D. *de collus. deteg.*, y l. 13. tit. 1. Part. 7., siendo de advertir que los que se presentan como acusadores, no pueden ser testigos en la causa á que dió orígen su acusacion, aunque para sostenerla hubiese sido elegido uno de entre aquellos; asi la glos. en el cap. *in primis*, 2. cuest. 1. part. *accusationis*, que al intento cita el cap. *cum P. Manconella*, *de accus.* A pesar de lo dicho Inoc. en la rub. *qui matrim. accus. poss.*, sostiene que en las causas matrimoniales pueden ser testigos los acusadores, citando en prueba el cap. *si duo*, el cap. *Episcopus*, al fin caus. 35. cuest. 6. y el cap. *præterea*, 7. *de testib. cogend.*: opina tambien en este sentido Specul. en el mismo tit., donde Juan Andr. en las adic. dice que no puede persuadirse que sea testigo idóneo el acusador, porque caso de sucumbir en la acusacion intentada debe pagar las costas de la causa, y sacar indemne al acusado; asi pues, pretende que la doctrina de Inoc. debe entenderse de aquellos que nó como acusadores, sino para cumplir un deber de conciencia manifiestan al obispo la consanguinidad ú otro impedimento del matrimonio; y añade que en este sentido debe esplicarse el cit. cap. *præterea*; y creemos justa y admisible esta interpretacion.

(70) A menos de probar la colusion del primero, segun la l. 3. D. *de prævaricat.*, y la l. 7. §. 2. D. *de accus.*

(71) Aun en el fuero eclesiástico, segun el cap. *à nobis*, 2. *qui matrim. accus. poss.*, y la caus. 2. cuest. 8. y la caus. 3. cuest. 9. toda.

buena fama (72), sobre pleyto de acusacion, que sea fecha para departir el casamiento por razon de parentesco, o de cuñadez, fasta el quarto grado. E porque dubdarian algunos sobre tal razon, si podrian ser aduchos los parientes en testimonio, touo por bien Santa Eglesia, de lo mostrar; e mando (73) que si la muger acusasse al marido, o el marido a ella, que eran parientes, o cuñados fasta el quarto grado sobredicho; que tambien fuessen recibidos por testigos los parientes del marido, como de la muger, para desfazer tal matrimonio. E touo por bien, que estos fuessen ante recibidos que otros: porque mejor saben ellos el parentesco, que otros ningunos; e se trabajan, quanto pueden (74), para saber su linaje. Otro tal seria, que estos sobredichos deuen ante ser recibidos en testimonio, que otros ningunos, para desfazer tal matrimonio, si la acusacion fiziesse alguno su pariente de los que estouiessen (n) casados, o otro estraño qualquier. E lo que dize de suso en esta ley, que deue ser guardado en los matrimonios que fuessen ya fechos, esso mismo deuen guardar en los que se quisiessen casar; denunciando alguno, que auia entrellos tal embargo, como sobredicho es.

LEY 16. *En que manera los que demandan pleyto de Casamiento, pueden aduzir sus parientes mismos en testimonio, o non.*

Negando alguna muger en juyzio, que non fiziera pleyto de casar con aquel que la demandasse por esposa, si aquel que la demandasse, (ñ) pudiesse esto prouar, puede aduzir en testimonio los sus parientes mismos en vno con los della, o los della tan solamente, o otros qualesquier de buena fama. Pero si aquel que demandasse la muger por esposa, non fuesse tan rico (75), nin tan honrrado, nin tan poderoso, nin de tan buen linage, como ella, non puede aduzir sus parientes en testimonio: porque sospecharian contra ellos, que querian acrescer honrra, e pro de su pariente. Mas si fueren eguales en estas cosas sobredichas, bien puede aduzir, aquel que la demanda por esposa, en testimonio sus parientes con los della, o con otros estraños. E si alguna muger demandasse por esposo algund ome, e lo el negasse, en essa misma manera podria testimoniar contra el.

LEY 17. *En que guisa pueden testimoniar los parientes de aquellos, que se quieren casar.*

Paladinamente seyendo fecha la denunciacion, como quieren algunos casar, segund dize en la ley deste Titulo, que comiença: Denunciado; si alguno dixesse estonce, que auia embargo entrellos de parentesco, por que non deuian casar; en tal razon como esta pueden testimoniar otrosi los parientes de aquellos que quieren casar. Ca si ellos dixessen en su testimonio, que non eran parientes, de manera quel casamiento se de-

(n) assi casados, Acad.

(ñ) quisiere Acad.

(72) Segun esto, deben ser de muy buena fama los testigos que se ministran en causa criminal, como se indica aqui y en el cap. *insuper*, 4. *qui matrim. accus. poss.*; y añade la glos. en el cap. 1. *de consanguin. et affinit.*, que deben ser mayores de toda escepcion. Cualquier testigo se presume de buena fama á no probarse lo contrario, segun el cap. 1. *de scrutinio*, l. 5. D. *de probat.*, y l. 77. §. 25. D. *de legat.*, 2. Si la ley ó estatuto exigiesen que los testigos fuesen de muy buena fama, en tal caso parece debiera sobre el particular formarse artículo, para demostrarlo, como lo dice Ang. en la l. 1. §. ult. D. *quemadmod. testam. aperiant.*, siguiéndole Juan de Imol. l. cit. §. ult. col. 4. y 5.: añad. lo que nota Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de instrument. edit.*, en la rub. col. 4. Socin. consil. 207. vol. 2. col. 2. al princ. y consil. 274. char. pen. y á Dec. consil. 205. col. pen.

(73) Véas. cap. *videtur*, 3. *qui matrim. accus. poss.*, caps. 1. y 2. caus. 35. cuest. 6. y la glos. en la sum. Si entre los esposos hubiese grande diversidad en nobleza ó en riquezas, fuera por esto sospechoso el matrimonio, segun lo recuerda Juan Andr. despues de Hostiens. en el cit. cap. *videtur*, y véase ademas la l. sig.

(74) Lo mismo se dice en el cit. cap. *videtur*, y prueba esta ley que se presume saber mas el que mas ha estudiado, porque para adquirir mayor caudal de ciencia se necesita mayor trabajo, y asi está escrito en el Eclesiastés 1. al fin vers. 18. *qui addit scientiam addit et laborem.*

(75) Concuerd. cap. *super eo*, 22. *de testib.*, y añad. la glos. en el cap. *videtur*, *qui matrim. accus. poss.*, de cuyas doctrinas y de la de Inoc. en la rub. del mismo tit. deriva esta ley y la anterior, con las que parece aprobarse lo que enseñó Inoc. en la cit. rub., á saber, que no es sospechoso el testimonio de los

uiesse porende embargar; contando algunos de los grados (76) de la vna parte, e de la otra, e jurando que assi era; deue valer su testimonio, e non deuen dexar de fazer el casamiento. Pero si despues que el casamiento fuesse ya acabado, quisiessen algunos acusar (77) aquel matrimonio por razon de parentesco, si lo prouassen con otros que non fuessen parientes de los casados, deuese desfazer el matrimonio; fueras ende, si aquellos parientes mismos que testimoniaron en la denunciacion, o otros desse mismo linaje testiguassen otra vez (78) en la acusacion, que non auia entre ellos atal embargo. Ca si desta manera testimoniaren, non desuariando (79) de lo que dixeron primero, e fueron mas, e mejores, que los otros que dizen el contrario, o tantos (80), e tan buenos; el testimonio de los parientes deue valer, e non de los otros: e non deue ser desfecho el matrimonio. E la razon por que pueden ser aduchos otra vez los testigos, en aquel mismo pleyto sobre que testiguaron ya, es porque se cambio (81) la demanda. Ca primeramente testiguaron sobre la denunciacion, e despues sobre la acusacion.

LEY 18. *Quales desposajas se embargan de ligero por el testimonio de los parientes.*

Ligeramente se embargan las desposajas que son fechas por palabras del tiempo que es por venir, si non son firmadas por juramento. Ca si el padre, o la madre, de alguno de los que ansi fuessen desposados, o alguno de los otros parientes que son cer-

parientes cuando se trata de probar el parentesco, y por lo mismo que deben ser admitidos, segun se ha dicho en la l. precedente; si se tratase, empero, de probar el contrato de matrimonio, entonces debe aplicarse la distincion de que se habla en esta ley. Como quiera, segun se ha advertido en las notas sobre la l. anterior, Hostiens. y Juan Andr. dicen que en ambos casos debe hacerse la misma distincion, lo que parece muy razonable, sin que de otra parte lo contradiga esta ley.

(76) Nótese la manera de probar la consanguinidad, debiendo los testigos distinguir por ambos lados los grados de las personas cuyo parentesco se busca, segun se indica aquí y en el cap. *licet ex quadam*, 47. *de testib.*, y lo enseña la glos. en el cap. *de parentela,* 35. cuest. 6. El testigo que declarase sobre parentesco sin especificar grados, no mereceria crédito alguno, por cuanto parece declarar de solo derecho, lo que corresponde al juez: deberá pues señalar las distancias ó grados para que de estos se infiera el parentesco, como asi lo enseña el Abad en el cit. cap. *licet ex quadam*, col. penult. vers. *ego simpliciter inhæreo*, y lo defiende Anch. consil. 52. que comienza, *pro pleniori decisione.* Lanfran. en la repet. cap. *quoniam contra,* col. penult. *de probation.*, señala la forma y modo de probar el parentesco distinguiendo las personas y los grados. Cuando se tratase de probar la casi posesion de paternidad, filiacion ó fraternidad, véase á Cin. y DD. en la l. 15. C. *de probat.* Si es necesario ó nó que los testigos al declarar sobre el parentesco, distingan los grados comenzando por el tronco comun? Véase la glos. en el cit. cap. *de parentela*, 8. caus. 35. cuest. 6. y el cit. cap. *licet ex quadam,* glos. ult., donde véas. tambien al Abad col. penult., que examina si será bastante que algunos testigos depongan de un grado y otros de otro.

(77) Dícese impropiamente acusar, puesto que la acusacion tiende propiamente á la vindicta pública, la que no se busca aqui cuando solo se trata de la separacion de los consortes: véas. al Abad en el cap. *cum in tua, de testib.* prim. notabl.

(78) Aun publicadas las declaraciones, segun el cap. *cum in tua*, 44. *de testib.*, del cual tomó orígen la presente ley; y sobre el cit. cap. véas. al Abad y DD.

(79) Estando discordes los testigos no valdria su declaracion, como se dice aqui y lo nota ademas la glos. en el cap. *cum in tua*, y en el cap. *veniens*, *de testib.;* y segun esto, si un testigo en el plenario declarase contra lo que manifestó en el sumario, no será atendido su dicho. Sobre la discordancia de testigos y el mérito que á sus dichos deba darse, véase á Bartolo en la l. 27. D. *ad leg. Corn. de falsis*, al Abad en el cap. *per tuas*, *de probat.*, y en el cit. cap. *cum in tua*, á Specul. tit. *de test.*, §. 1. col. 12. con lo que dije en las ll. 26., 31. y 32. tit. 16. Part. 3., y á Bart. en la autent. *de testib.,* §. *quia vero*, col. penult. colac. 7.

(80) Aprueba la doctrina de Inocen. en el cit. cap. *cum in tua*, quien la funda en que deben ser preferidos los testigos que declaran á favor del matrimonio; y puede añadirse á esto que los parientes saben mejor el parentesco que los estraños, segun se ha dicho en la l. 15. de este tit. y Part.

(81) Lo propio se dice en el cit. cap. *cum in tua*, al fin, cuyo texto nota el Abad allí. Aun en las causas espirituales parece tiene lugar la sutileza de derecho que establece, que las pruebas hechas para un objeto ó fuera del

canos, dixesse, o fama fuesse en aquel logar, que tal embargo auia entre ellos porque non deuen casar, non deue ser fecho el casamiento. E esto es, porque touo por bien Santa Eglesia, que sobre tal razon, como esta, que fuesse cabido testimonio de vn ome bueno (82), o de una buena muger, o que se embargasse tal casamiento por la fama (83) de aquel logar. Mas si tal desposorio, como sobredicho es, fuesse firmado por jura (84), non seria creydo en su cabo ningun destos susodichos. Mas deuen caber el testimonio del vno dellos con otro, o con la fama (85) de la vezindad. Pero si el casamiento fuesse acabado, non lo deuen desfazer, a menos de prouar el embargo, aquel que acusa el matrimonio, con tantos testigos (86), e tales, quales fueren menester para prouar esto. E lo que dize en esta ley, se prueua que assi deue ser, por vna regla que lo demuestra; que muchas cosas embargan el matrimonio, ante que se faga, que nol pueden desfazer (87) despues que assi es fecho.

LEY 19. *Quales deuen ser los testigos para desatar el Casamiento: et en que guisa los deuen juramentar.*

Tales (88) deuen ser los que testimoniaren para desfazer el matrimonio, que fuesse fecho entre algunos, por razon de qual embargo quier, que sea sin pecado mortal, sin otra sospecha mala. E ante que digan el testimonio, deuelos fazer jurar el Juez sobre los Santos Euangelios, o en sus manos, si fuere Obispo o Clerigo Missacantano, en esta guisa (89): Vos juraes a Dios, e a Santa Maria, e a mi, sobre estos Santos Euangelios, que

juicio, no valgan en juicio ó para efecto distinto; y con la doctrina de esta ley concuerda el cap. *veniens*, 10. del mismo tit., y sobre la materia véas. á Bart. en la l. 2. D. *judicatum solvi*, y al Abad en el cap. *causam quæ*, 11. *de testib.*

(82) Cap. *præterea*, 12. *de sponsalib.*, y cap. *super eo*, 22. *de testib.*, teniendo lugar esta doctrina cuando no fuese pariente el testigo recibido. A pesar de esto, Hostiens. en el cit. cap. *præterea*, aconseja que se atienda á la calidad del testigo si es persona vil ó grave, ó si por algun motivo especial se opone al matrimonio, ó si en el mismo concurren otras circunstancias que le hagan digno de fe: sobre la materia véas. la glos. y el texto del cit. cap. 1. *de consanguin. et affinit.*, vers. *quinto gradu.*

(83) Cap. *super eo*, 12. *de consanguin. et affin.*

(84) Concuerd. cit. cap. *præterea*, donde lo defiende precisamente Inoc.: Hostiens. sobreentendia la palabra *maxime*, diciendo que aun los esponsales roborados con juramento, pueden impedirse por la deposicion de un solo testigo de fama íntegra, si de otra parte le pareciese exacto al juez el relato del impedimento: la doctrina de Hostiens. sigue Juan Andr. allí, y al cit. cap. *præterea*, puede contestarse que el que declarase en la especie de dicho cap. manifestaria su propia torpeza. Pero ya que esta ley conforme con la doctrina de Inoc. esplica el derecho canónico, parece debe enseñarse y seguirse lo que se contiene en ella, advirtiendo que segun el espíritu de la misma, cuando fuera del dicho del testigo ocurriera otra circunstancia probable, entonces debiera estarse por lo que opina Hostiens. El Abad en el cap. *super eo*, *de eo qui cognovit consang. uxor. suæ*, y en el cap. *super eo*, *de consang. et affin.*, dice que basta el dicho de un solo testigo para impedir los esponsales jurados; pero como las opiniones de los DD. estan discordes en esta parte, y esta ley enseña la insuficiencia del testigo único, fuese cual fuese su integridad, parece que tal resolucion debe valer por respeto al juramento, maximè cuando segun ella opinaba la glos. en el cit. cap. *præterea*, y en el cit. cap. *super eo*, *de consanguin. et affin.*, y allí el Abad, Enriq., Anton. y el Prepos.

(85) De estas palabras y de las que siguen se ve que el dicho de un testigo grave puede impedir la celebracion del matrimonio, pero nó dirimir el contraido ya: añad. el Abad en el cit. cap. *super eo*, al fin *de consanguin. et affin.*

(86) Bastarian dos testigos de buena fama hombres ó mugeres; asi el Abad en el cap. *super eo*, 22. 3. notab. y en el cap. *quotiens*, del mismo tit. 1. notab.

(87) Asi tambien en el cap. *quemadmodum*, 25. *de jurejur.*

(88) Véas. á Inoc. en la rub. *qui matrim. accus. poss.*, donde dice que deben ser admitidos como testigos en causas matrimoniales, todos los que nó estan escluidos por derecho canónico: véas. tambien á Specul. en el tit. *qui matrim. accus. poss.*, col. 2. vers. *testis quilibet;* á Dec. consil. notab. 163. col. 4. y 5., y la glos. palabra *majores*, en el cap. 1. *de consanguin. et affin.*, y á Alex. consil. 146. col. penult. vol. 5.

(89) Sobre el modo cómo debe prestarse este juramento, véas. el cap. *de parentela*, 35. cuest. 6. y el cap. *quotiens*, 5. *de testib.*

sobre el parentesco, o otro embargo, que dizen que es entre tal ome, e tal muger (nombrando cada vno dellos por su nome), sobre qual embargo quiere departir el matrimonio que es entre ellos, que vos digaes verdad de lo que sabeys, quier por vista, quier por oyda de vuestros Mayorales, o de otros: e que por amor, nin por desamor, nin por don que (o) aues rescibido, nin (p) atendes de rescibir, nin por miedo, nin por otra cosa que ser pueda, que non digaes si non verdad: e aquello que dixieredes en esta razon desto testimonio, que crees (90) que es assi? E ellos deuen responder, que assi lo juran: e el Juez deue dezir, que si lo fizieren assi, que los ayude Dios; e si non, que el los confunda: e deuen responder, amen.

(o) habedes Acad.
(p) atendedes Acad.

LEY 20. *Que los que testiguan por oydas, que non deuen ser creydos.*

Conjurados seyendo los testigos, segund dize en la ley ante desta, si aquel embargo sobre que vienen los testigos, para desfazer (91) el matrimonio, fuere por razon de pa-

¶ (90) Los testigos que deponen sobre parentesco, ó sobre otro impedimento semejante del matrimonio, deben espresamente jurar al fin de su declaracion la creencia de ser tal el hecho cual lo han manifestado, como se indica aqui, en el cit. cap. *quotiens*, 5., en el cap. *licet ex quadam*, 47. *de testib.*, y en el cap. *litteras*, 14. *de præsumpt.*; aunque segun el contexto de la presente ley, no queda viciada la declaracion con tal que al fin de esta diga simplemente el testigo creer verdadero cuanto ha declarado: sobre esto véas. lo que nota el Abad en el cit. cap. *quotiens*, y ademas véase lo que se dice en la l. 29. tit. 16. Part. 3.

(91) De estas palabras parece inferirse que cuando se probase la consanguinidad ó afinidad para fines distintos de la anulacion del matrimonio, no fueran necesarios todos los requisitos que espresa la ley y tambien el cit. cap. *licet ex quadam*; y aun tratándose de ascendientes remotos de los cuales no hay memoria de hombres, parece formarian prueba plena los que testificasen de oidas, porque sobre hechos de mas de cien años de antigüedad, ó sobre los que no puede haber testigos presenciales, bastan los de oidas, segun la l. 28. D. *de probat.*, l. 1. §. ult. y el sumar. de la l. 2. §. 7. D. *de aq. pluv. arcend.*: y aunque diga la glos. en el cit. §. 7. que no puede hoy el parentesco probarse de oidas, segun el cit. cap. *licet ex quadam*, con lo que se conforma Bart.; sin embargo, deben entenderse estos textos y doctrinas cuando se trata de la disolucion del matrimonio, como lo entiende Franc. de Aret. consil. 37. dud. 2. que comienza: *sequendo ordinem dubiorum*, citando el recordado cap. *licet ex quadam*, al princ. y al fin, y advirtiendo que la decision de dicho cap. no debe traerse á colacion por ser correctoria del derecho antiguo, como se infiere del princ. del cap. cit.; recuerda ademas en su apoyo la glos. en la l. 28. D. *de probat.*, cuya glos. admiten comunmente los DD. segun Juan de Imol. en el cit. §. 7., quien enseña, que para probar hechos acaecidos en tiempo que escede la memoria de los hombres, basta que los testigos digan haber oido de quien lo vió el hecho de que se trate; lo que sin embargo no bastaria, tratándose de la division del matrimonio, como se prueba aqui y en el cit. cap. *licet ex quadam*; y en este concepto es claro, segun el cit. autor, que la disposicion recordada no tiene aplicacion en otros casos. Dice ademas el propio autor lug. cit., y es muy notable, que tratándose de hechos antiguos de que no hay memoria, no se necesita probar la fama pública, á mas de las pruebas que resultan de los testigos de oidas, como sienten Hostiens. y Juan Andr. en el cit. cap. *licet ex quadam*, cuya doctrina sigue allí el Abad 4. notab. y Juan de Imol. que da la razon, porque si debiese probarse la fama pública, poco ó nada aprovecharian los testigos de oidas, por cuanto la prueba fundada en la fama pública presupone formal y virtualmente el testimonio de oidas, y nó de unos pocos sino de la mayor parte; asi que, si fuese siempre necesaria la fama pública, nada valdria la prueba particular de oidas; y en la opinion de los que son de contrario sentir, se confundiria el derecho que manda la admision de la prueba de oidas, y el que ordena que en hechos antiguos el testimonio de oidas se tenga por suficiente. Sin embargo, como sea de mucho peso la autoridad de los entendidos DD., por esto vale mas que se pruebe la fama pública, si esto fuere posible; y esto debe hacerse con mayor motivo en vista de las leyes del reino que disponen sobre la prueba de la costumbre inmemorial, como son, la l. ult. tit. 13. lib. 3. *Orden. real*, l. 41. del *Orden. de Toro*, y la *pragmática de Córdoba*, que hablando sobre las pruebas de inmunidad ó nobleza dice: *que depongan de oydas e de fama publica.* En órden á las pruebas de parentesco, véas. otros dos modos de probar que recuerda Aret. allí,

rentesco (92), si dixeren, que aquello que testiguan que lo saben por oyda (93), non deuen ser creydos, nin vale su testimonio; a menos de dezir, que vieron, e conoscieron algunas personas de aquellos grados que cuentan, onde dizen que descendieron aquellos que estan casados, e que se quieren partir. E avn han menester que digan sus nomes de aquellas personas, que dizen que vieron, e conoscieron; e que digan señaladamente, en que grado son parientes de aquellos que quieren departir. E avn ay otra razon por que non deue ser cabido su testimonio, del que dixere que lo sabe por oyda. Ca si dixere, que lo oyo a vn ome solo, e non mas, non lo deuen creer; maguer diga, que lo oyo ante quel pleyto fuesse començado: e aunque dixesse, que lo oyo a muchos despues quel pleyto fue començado (94), e que non lo sabia dante, non deue otrosi ser cabido su testimonio: porque podrian sospechar contra el, que fuera falagado, o rogado de alguna de las partes. Esso mismo seria si dixesse, que lo oyera a omes de mala fama, o a otros qualesquier que fuessen enemigos, o malquerientes, o atales que si ellos mismos viniessen a testimoniar, que non rescibiran su testimonio.

TITULO X.

DE EL DEPARTIMIENTO DE LOS CASAMIENTOS.

Sobreuiniendo alguno de los embargos, que son dichos en el Titulo ante deste, por que se deua departir el matrimonio que es fecho entre algunos, desque la querella, o la acusacion fuere fecha, e el embargo prouado, segund dize en el Titulo ante deste, deue ser departido el casamiento por juyzio de Santa Eglesia; fueras ende, si el embargo fuere sobre cosa que pertenezca a juyzio de los legos, assi como sobre razon de adulterio. E pues que en los Titulos ante deste diximos de los embargos por que deuen ser desfechos los matrimonios, e de las acusaciones en que manera deuen ser fechas; conuiene que digamos en este, del departimiento del matrimonio, que es llamado en latin, diuortium. E mostraremos, onde tomo este nome. E por que razones se puede fazer el departimiento, entre el varon e la muger. E quien puede dar el juyzio. E en que manera deue ser dado.

LEY 1. *Que cosa es diuorcio, e onde tomo este nome.*

Diuortium en latin, tanto quier dezir en romance, como departimiento. E es cosa (1) que departe la muger del marido, e el marido de la muger, por embargo que ha entrellos, quando es prouado en juyzio derechamente. E quien de otra guisa esto fiziesse, departiendolos por fuerça, o contra derecho, faria contra lo que dize Jesu Christo nuestro Señor en el Euangelio: A los que Dios ayunta, non los departa ome. Mas seyendo departidos por derecho, non se entiende que los departe estonce el ome, mas el derecho escrito, e el embargo que es entrellos. E diuorcio tomo este nome (2), del departimiento de las voluntades del ome, e de la muger; que son contrarios en el departimiento, de quales fueron, o eran, quando se ayuntaron.

(92) Tratándose de otros impedimentos del matrimonio, no bastaria la prueba de oidas como se indica aqui y se convence ademas en el cap. *licet ex quadam*, *de testib.*, de donde se tomó la presente ley, y allí lo sostienen Juan Andr. y el Abad.

(93) Cuando se trata de probar el parentesco, se admiten testigos de oidas, lo que es especial en este caso, supuesto que por punto general no valen tales testigos, segun las ll. 28. y 29. tit. 16. Part. 3. donde véas. lo que hemos dicho.

(94) El pleito se dice comenzado cuando haya sido contestado, segun la l. 3. tit. 10. Part. 3., y lo enseña Archid. en el cap. 1. 35. cuest. 6., donde da la razon porque no valga la declaracion de lo que se oye despues de comenzado el pleito, á saber, porque puede haber fraude en dicha declaracion, procurando los testigos antes de rendirla, oir lo que sobre la cosa de que han de declarar digan los parientes mas próximos; y esto quiere igualmente esta ley. La razon alegada milita tambien antes de la contestacion del pleito, con tal que se hubiese presentado en juicio la demanda, porque corre luego la voz en el lugar, lo que creemos bastaria para poderse decir comenzado el pleito para el efecto de que hablamos.

(1) Nótese la definicion del divorcio, que es; legítima separacion de los consortes mediante justa causa deducida y probada en juicio, como se dice aqui y en el cap. *quos Deus conjunxit*, 33. cuest. 2.

(2) Concuerd. l. 2. D. *de divort.*

LEY 2. *Por que razones se puede fazer el departimiento entrel varon, e la muger.*

Propiamente son dos razones, e dos maneras de departimiento, a que pertenesce este nome de diuorcio; como quier que sean muchas razones, por que departen aquellos que semejan que sean casados, e no lo son, por algun embargo que ha entre ellos. E destas dos es la vna Religion; la otra pecado de fornicio: e por la Religion se faze diuorcio en esta guisa: ca si algunos que son casados con derecho, non auiendo entre ellos ninguno de los embargos por que se debe departir el matrimonio, si alguno dellos, despues que fuessen ayuntados carnalmente, le viniesse en voluntad de entrar en Orden (3), e gelo otorgasse (4) el otro, prometiendo el que fincaua al siglo, de guardar castidad (5), seyendo tan viejo (6), que non pueden sospechar contra el, que fara pecado de fornicio, e entrando el otro en la Orden; desta manera se faze el departimiento, para ser llamado propiamente diuorcio. Pero deue ser fecho por mandado del Obispo (7), o de alguno de los otros Perlados de Santa Eglesia, que han poder de lo mandar. Otrosi, faziendo la muger contra su marido pecado de fornicio, o de adulterio, es la otra razon, que diximos, por que se faze propiamente el diuorcio; seyendo fecha (8) la acusacion delante del Juez de Santa Eglesia, e prouando el fornicio, o el adulterio, segund dize en el Titulo ante deste. Esso mismo seria del que fiziesse fornicio spiritualmente (9), tornandose Hereje, o Moro, o Judio, si non quisiere fazer emienda (10) de su maldad E la razon por quel departimiento que es fecho sobre alguna destas dos cosas, de Religion, e fornicio, es propiamente llamado diuorcio, mas que el departimiento que se faze por razon de otros embargos, es porque, maguer departe los que estouieren casados, segund dize en esta

(3) Lo mismo fuera si quisiese ser promovido á órden sagrada, segun el cap. 5. *de convers. conjug.* Si el marido quisiese admitir un obispado, debiera su muger, por mas que su continencia no infundiese sospechas, entrar en religion, no bastando que hiciese voto de castidad, segun el cap. *sanè*, 6. *de convers. conjugat.*

(4) Con repugnancia ó ignorancia del consorte, no puede el casado entrar en religion, segun se dice en el cap. *quidam*, 3., en el cap. *placet*, 12. y en el cap. *uxoratus*, 8. *de convers. conjugat.*; no bastando el permiso obtenido con dolo ó por miedo, cap. *accedens*, 17. del mismo tit., ni tampoco el silencio ó disimulo sin dar el permiso espreso, segun lo entienden los DD. en el cap. *consuluit*, del mismo tit., y lo defiende el Abad en el cap. 1. del propio tit.

(5) Tampoco basta el permiso, si el que lo da, siendo jóven no entra en religion, ó siendo viejo no vota la castidad; cap. 1. cap. *cum sis*, 4. y cap. *conjugatus*, 5. y otros, *de convers. conjug.* Sin embargo, la glos. en el cap. *si quis uxorem*, 33. cuest. 5. citando la opinion de Hugo dice: que si el marido da permiso á su consorte para entrar en religion, con esto se entiende haber votado tácitamente la continencia, cuya doctrina queda probada con el texto allí y la defiende el Abad en el cap. 1. al fin *de convers. conjug.*, sin que respecto del marido sea atendible la ignorancia de derecho que alegase mas tarde, si bien por lo que mira á la muger hay dudas en este caso, como dice la glos. en el cit. cap. *si quis uxorem*; pretendiendo el Abad en el cit. cap. 1., que autorizando la muger al marido para entrar en religion, debe quedar sabedora y enterada de la obligacion en que está de hacer voto de continencia, con lo cual concediendo el permiso puede decirse que vota, lo que no fuera así en otro caso: véas. al Abad en el cit. cap. 1.

(6) Si fuese jóven el consorte no debe el superior permitirle el ingreso en la religion, á menos que el otro consorte hiciera lo mismo, segun el cap. *cum sis*, 4., el cap. *uxoratus*, 8. y el cap. *ad apostolicam*, 13. *de convers. conjug.*; no obstante, si ingresare á pesar de todo, valdria el ingreso, segun opina el Abad á quien puede verse en el cit. cap. 1.

(7) Véas. en el cap. *si vir et uxor*, 27. cuest. 2., donde la glos. dice que valdria el ingreso si se verificase sin licencia del Obispo; lo que aprueban generalmente los DD. y lo defiende el Abad en el cit. cap. 1. *de convers. conjug.*, diciendo que se prueba claramente al fin de dicho cap.

(8) No puede un consorte separarse del otro sin autorizacion de la Iglesia, segun el cap. *porrò*, 3. *de divort.*, á menos que fuese notorio el adulterio, segun el cap. *significasti*, 4. del mismo tit.

(9) Añad. cap. 2. *de divort.*

(10) Otra cosa fuera si quisiese arrepentirse, sobre lo cual véas. la glos. en el cap. ult. *de convers. conjug.*, donde véas. al Abad y al mismo en el cap. *de illa*, 6. *de divort.*

ley, e en la de ante della, siempre tiene (11) el matrimonio; assi que non puede casar ninguno dellos, mientra que biuieren; fueras ende en el departimiento que fuesse fecho por razon de adulterio (12), ca podria casar el que fincasse biuo, despues que muriesse el otro.

LEY 3. *Por que razones el que se faze Christiano, o Christiana, se puede departir de la muger, o del marido, con quien era ante casado segund su Ley.*

Contumelia Creatoris, que quiere tanto dezir, como denuesto de Dios, e de la nuestra Fe, es en manera de fornicio spiritual, por que podria acaescer, que seria fecho diuorcio entre algunos que estouiessen casados. E esto seria, como si algunos que fuessen Moros, o Judios, seyendo ya casados segund su Ley, se fiziesse alguno dellos Christiano; e el otro, queriendo fincar en su Ley, non quisiere morar con el, o si quisiesse morar con el, denostasse antel muchas vezes a Dios, e a nuestra Fe, o se trauasse con el cada dia, que dexasse la Fe de los Christianos, e se tornasse a aquella que auia dexado. Ca por qualquier destas tres razones (13) el Christiano, o la Christiana, puedese partir del otro, non demandando licencia (14) a ninguno: e puede casar con otro, o con otra, si quisiere. Pero ante desto que se parta della, deue llamar (15) a omes buenos, e fazer afrentas dello, mostrandoles aquel embargo por que se quier partir della. E sera menester, que aquellos que llamare para esto, que lo oyan ellos dezir, e que sean ende ciertos, porque lo pueda despues prouar con ellos, si menester fuere.

LEY 4. *Que departimiento ha entre los Casamientos que fazen los Christianos, e los otros que son de otra Ley.*

Initiatum, ratum, consummatum, tanto quier dezir en latin, como cosa que ha comienço, e afirmança, e acabamiento. E estas tres cosas ha en el casamiento que es fecho derechamente entre los Christianos, e non las ha entre los otros casamientos que se fazen segund las otras Leyes: ca en los otros casamientos que fazen entre si los otros que non son Christianos, non han mas de las dos destas tres cosas, que son, comienço, e acabamiento (16); mas non han la segunda cosa, que es firmança. E porende ha departimiento entre los casamientos que fazen los Christianos (17), e los de las otras Leyes. Ca segund Santa Eglesia manda, nunca el casamiento se destruye, pues que es fecho derechamente, maguer venga y diuorcio. Mas siempre tiene en vida daquellos quel fizieron, e nunca puede casar ninguno dellos, mientra

(11) En cuanto al vínculo, segun el cap. *ex publico*, 7. al fin *de convers. conjug.*, el cap. *dixit Dominus*, 32. cuest. 1. y el cap. *ex parte*, 9. *de sponsal.*

(12) Porque si la separacion se hubiese verificado por el monacato ó por haber entrado en religion, entonces el sobreviviente que quedó en el siglo, si hubiese hecho voto de continencia, no pudiera contraer matrimonio por razon del voto. ¿Muerto el cónyuge que entró en religion, si el que quedó en el siglo contrae matrimonio, será este válido? Parece que lo será en efecto, porque el voto supuesto no fue solemne no habiendo el supérstite recibido órden sagrada, ni profesado en religion aprobada, segun el cap. unic. *de voto*, lib. 6., en el que funda su opinion Juan Andr. sobre el cap. *dudum*, *de convers. conjug.*, col. 2. contraria á la de Inoc. y Hostiens.: véas. á Doming. en el cit. cap. unic.

(13) Quedan bien esplicadas en la ley y deben tenerse presentes para mayor aclaracion del cap. *quanto*, 7. *de divort.*, del cual se toma aquella, y del cap. *sit enim*, 28. cuest. 1.

(14) En estos casos se disuelve el matrimonio *ipso jure*, segun la glos. 28. cuest. 2. cap. *si infidelis*, y el Abad en el cap. *gaudemus*, *de divort.*, sobre la glos. en la palabra *compellentur*.

(15) Para verificar la prueba como se dice luego.

(16) Entre los infieles hay verdadero matrimonio aunque no sea rato, como se indica aqui, y lo propio se dice en el cap. *quanto*, 7. *de divort.*; y dice Bald. en la l. 2. C. *de secund. nupt.*, que el matrimonio de los infieles no lo es por derecho divino sino por derecho de gentes, y que los padres infieles tienen á sus hijos bajo su potestad.

(17) El bautismo, como primer sacramento de la fe, es el firme cimiento despues del cual no se pierde lo que una vez se adquirió, segun el cit. cap. *quanto*, 7. y el cap. *sicut*, 151. *de consecr.*, dist. 4.; y por lo mismo el sacramento del matrimonio despues del bautismo es indisoluble como el mismo bautismo. Tal es la doctrina de Godofredo, Hostiens. y Juan Andrés en el cit. cap. *quanto*, y añad. lo que dijimos en la l. 7. tit. 2. de esta Part.

que biuiere el otro. Mas en los otros casamientos que se fazen segund las otras Leyes, auiene departimiento; assi como por libello de repudio, o por alguna de las otras razones que dize en la ley ante desta; de manera, que biuiendo el uno, casara el otro.

LEY 5. *En que manera an los Casamientos comienço, e firmedumbre, e acabamiento.*

Han comienço los casamientos, en los desposorios que son fechos por palabras de futuro, o de presente, consintiendo derechamente, el vno en el otro, aquellos que se desposan. Pero en el desposorio que es fecho por palabras de presente, a tal firmeza, que non se pueden departir los que assi fuessen desposados: fueras ende en vna manera, si alguno dellos entrasse en Orden de Religion (18), ante que se ayuntassen carnalmente, segund dize el Titulo de los Casamientos. E rescibe el matrimonio firmedumbre (19), e acabamiento, quando el marido, e la muger, se ayuntan carnalmente: de manera que siempre finca firme el casamiento, maguer acaesciesse que los ouiessen a departir por razon de adulterio (20), segund dize en la ley que comiença: Propiamente.

LEY 6. *De los maridos que fazen fornicio, despues que son departidos, por sentencia, de sus mugeres por razon de adulterio.*

Auiniendo, que acusasse alguno a su muger, que fiziera adulterio, de manera que lo prouasse, segund dize en el Titulo ante deste, e que diessen sentencia de diuorcio contra ella; si despues desto fiziesse fornicio el marido con otra muger, por tal razon como esta puedelo demandar (21) la muger, que torne a ella; e deue la Eglesia apremiar que lo faga: e non se puede escusar que non torne a ella, maguer diga que fueron departidos por juyzio de Santa Eglesia. E esto es, porque cayendo en semejable pecado de aquel que fizo su muger, entiendese que renuncio la sentencia (22) que era dada por el.

(18) Asi en el cap. *ex publico*, 7. *de convers. conjug.*, y en el cap. *desponsatam*, 27. cuest. 2., donde véas. una glos. notabl. ¿Puede el Papa dispensar en un matrimonio no consumado, disolviéndolo por otra causa fuera del ingreso en religion? La glos. en el cit. cap. *ex publico*, sostiene la afirmativa, recordando no obstante opiniones contrarias. Como quiera, para la entendida dispensacion debiera haber justa causa, segun Hostiens. y el Abad allí, sobre lo cual véas. el notabl. consil. 112. de Dec. Silvestr. en la sum. part. *casus*, §. 1. al fin, refiere que los teólogos sostienen contra el comun de los canonistas, que el Papa no puede conceder la notada dispensacion; y aun pretenden estos que sin causa justa puede el Papa absolutamente hablando, disolver el matrimonio no consumado concurriendo la voluntad de ambos esposos, segun Hostiens. y Juan Andr. en el cit. cap. *ex publico.* — * Véas. can. 6. ses. 24. *de sacram. matrim.* conc. trid.

(19) El Papa no puede dispensar para la disolucion del matrimonio consumado: asi la glos., el Abad y DD. en el cit. cap. *ex publico.*

(20) Aunque por causa del adulterio del marido ó de la muger, se hubiese proferido sentencia de divorcio *quoad thorum et habitationem*, si el inocente quisiese reconciliarse con el culpado, este quedará precisado á la reunion aun á pesar suyo, á menos que antes de la reconciliacion hubiese profesado en religion aprobada, segun la glos., el Abad y doctores en el cit. cap. *ex litteris*, del cual tomó su orígen la presente ley; y lo propio debiera decirse cuando ambos consortes fuesen reos de adulterio, porque por compensacion quedaria entonces borrado el delito comun, ó por lo menos mediante el oficio del juez debiera ser rehabilitado el matrimonio, segun el cit. cap. *ex litteris*, y la ley próxima siguiente. Véas. can. 7. *de sacram. matrim.*, ses. 24. concil. trid.

(21) ¿Y si la muger no hiciese instancia sobre esto? El juez de oficio mandará la reunion de los consortes, segun Inocen. en el cap. *de illa, de divort.*, lo que sostiene igualmente el Abad en el cap. *ex litteris*, del mismo tit. de donde se tomó la presente ley, y esto es para evitar el adulterio, mas temible durante la separacion de los consortes.

(22) No solo de palabra sino tambien por hechos puede alguno renunciar el beneficio que obtuvo por la sentencia proferida á su favor: sirve al intento el texto del cap. *dilecti filii*, 52. *de appell.*, y los textos que allí cita la glos., y sirve esta doctrina para resolver la cuestion, sobre si debe entenderse haber renunciado el derecho que se declaró en alguna sentencia, aquel que habiéndola obtenido favorable presenta nuevamente la misma demanda, para lo cual sirve la l. 40. D. *de minor.*, aunque lo contrario sostiene en esta parte Bald. en la l. ult. al fin C. *de usur. rei judicat.*: y sirve asimismo la preinserta doctrina para determinar, si renunció ó nó el derecho adquirido con la sentencia, aquel que pagó las

LEY 7. *Quienes pueden dar la sentencia del departimiento del Matrimonio, e en que manera.*

Pronunciada, o dada deue ser la sentencia de diuorcio, que se faze entre el marido, e la muger, por los Arçobispos, o por los Obispos, de cuya jurisdicion fueren aquellos que departen. E esto es, porque el pleyto de departir el matrimonio, es muy grande, e muy peligroso de librar. E porende tal pleyto como este, e avn todos los otros spirituales grandes (23), pertenescen de librar, mas a los Obispos (24), que a otros Perlados menores, porque son mas sabidores (25), o deuen ser, para librarlos mas derechamente. Pero si costumbre fuesse (26) en algunos lugares, vsada por quarenta años, de los librar los Arcedianos, o los Arciprestes, o algunos de los otros Perlados menores que los Obispos, bien lo pueden fazer. Esto se entiende, si fueren letrados (27), e sabidores de derecho; o tan vsados (28) de los pleytos, que lo sepan fazer sin yerro. E esso mesmo seria, si el Papa otorgasse (29) a algunos por su priuilegio, que librassen tales pleytos como estos. E en aquella misma manera deue ser dado el juyzio del departimiento del matrimonio, que se deuen dar los otros juyzios acabados: assi como se muestra en la tercera Partida deste Libro, en el Titulo que fabla de las Sentencias como deuen ser dadas.

LEY 8. *Por que razones el pleyto de departir Casamiento non deue ser metido en manos de arbitros.*

Arbitri son llamados en latin, omes en que se auienen algunos, para meter en su mano algund pleyto, que lo libre segund su aluedrio, poniendo pena a las partes. E defiende la Santa Eglesia, que en mano de tales omes

costas cuando por la sentencia dicha obtuvo exencion de ellas; sobre lo cual véas. estensamente lo que notan Cyn. y DD. en la l. 12. C. *de excusat. tutor.*, y en las ll. 1. y 2. C. *de his qui spont. muner. suscep.* Véas. lo que nota Alex. vol. 5. consil. 33. donde habla con mucha estension y elegancia sobre la materia.

(23) Lo mismo en el cap. *perlectis*, dist. 25. cap. 1. *de offic. archidiac.*

(24) El conocimiento de causas matrimoniales pertenece al Obispo, segun el cap. *accedentibus*, 12. *de exces. prælat.*, que es texto notable.

(25) Debe el Obispo tener exacto conocimiento del antiguo y nuevo testamento, segun se dice en el cap. *qui Episcopus*, dist. 23. y 62.; y debe igualmente saber los cánones, segun el cap. 1. *de consanguin. et affin.*, y lo esplican Inoc., Hostiens., Juan Andr. y el Abad en el cap. *cum in cunctis, de elect.*, al princ. Si el Obispo debe ó nó saber el derecho civil? lo enseña Bart. en la autent. *apud quos oporteat monachos causas dicere*, colac. 6. y en la autent. *de sanctissimis Episcopis*, §. *si quis contra aliquem*, colac. 9. Debe asimismo el Obispo saber todo el salterio, y lo demas que se indica en el cap. *omnes psallentes*, dist. 38., y véas. tambien el cap. *archidiachonum Florentinum*, dist. 85. ¿Si peca ó nó el Obispo que preguntado en el acto de su consagracion, si sabe el nuevo y antiguo testamento, contesta que sí, ignorándolo? Véas. al Prepos. en el cit. cap. *omnes psallentes*, donde esplica el sentido en que debe entenderse este conocimiento del antiguo y nuevo testamento. La sentencia proferida por el Obispo que ignorase los cánones, seria válida por mas que pecase el que la diere sin consejo, segun Juan Andr. en el cit. cap. 1.

(26) Añad. cap. *auditis*, *de præscription.*, palabra *causarum matrimonialium*, con la glos. 3. y el Abad allí 6. notabl., donde se prueba que aun el prelado regular puede adquirir por prescripcion este poder: y añad. la glos. en el cap. 1. 33. cuest. 2., y en el cap. *pervenit*, 16. cuest. 1.

(27) Asi valdria la costumbre en la especie de la ley, con tal que los súbditos no ignorasen las disposiciones canónicas, segun el cit. cap. 1. *de consang. et affinit.*

(28) Se estiende aqui la disposicion de la l. 17. C. *de judic.*, y de la 3. tit. 4. Part. 3., donde véas. lo que se ha dicho.

(29) Es práctica de la curia romana hacer comision á solos los Obispos para el conocimiento de las causas matrimoniales, segun el cap. *causam matrimonii*, *de offic. deleg.*, y allí el Abad 1. notab. El delegado del Papa puede subdelegar á otro para el conocimiento de la causa matrimonial, segun el cap. *ex litteris*, *de in integr. restit.*, donde lo nota el Abad. segund. notab., de donde infiere que los Obispos pueden delegar las causas matrimoniales, lo que parece contrario á esta ley que al parecer enseña, que solo al Papa corresponde hacer tales delegaciones á un inferior; si bien puede decirse que las palabras de la ley se refieren á concesiones generales para las causas de matrimonio, pero nó á las comisiones particulares que puede hacer el Obispo ú otro

non sea metido pleyto de departimiento (30) de matrimonio; quier sean Clerigos, o legos, nin aunque fuessen Obispos. E esto es por dos razones. La vna, porque todo pleyto que es metido en mano de arbitros, non se puede acabar si non por miedo de pena, e non deue ser puesta en pleyto de matrimonio. Ca el matrimonio deue ser libre, e quito de toda manera de premia; e porende los arbitros non pueden tal pleyto librar. La otra razon es, porque el matrimonio es spiritual, e fue establescido primeramente por nuestro Señor Dios, segund dize en el Titulo de los Casamientos. E porende tal pleyto como este no lo puede otro librar, si non aquellos que tienen lugar en la Eglesia de nuestro Señor Jesu Christo, e que han jurisdicion para lo fazer.

TITULO XI.

DE LAS DOTES, E DE LAS DONACIONES, E DE LAS ARRAS.

Dotes, e donaciones (1), e arras, se dan en los matrimonios el marido a la muger, el vno al otro, quando se casan. E fueron fallados (2) de comienço, porque los que se

ordinario, segun el cap. 1. *de consanguin. et affin.*, y allí el Abad. —* Véas. cap. 20. ses. 24. *ref. matrim.* concil. trid., donde se dispone que las causas matrimoniales queden privativamente reservadas al conocimiento del Obispo.

(30) Tiene orígen de lo que nota la glos. en el cap. 1. *de consanguin. et affin.*, en el cap. penult. *de in integr. restit.*, y en el cap. ult. *de transaction.* Cuando se trate de matrimonio espiritual, véas. al Abad en el cap. *ex parte, de arbitris*, 1. notab.

(1) El que las donaciones por causa de matrimonio se consideren privilegiadas como las dotes, se lee tambien en Dec. consil. 414. col. 3.

(2) Pues el contrato de dote es de los nominados, y pertenece al derecho de gentes, segun Bald. á la l. 6. C. *de dot. promis.*, y á la l. 1. §. 3. D. *de just. et jur.*, vers. 3. *quæritur;* y es tenido por cosa de menos valer el casarse con una muger indotada, segun el mismo Bald. á la l. 4. C. *de dot. promis.* Sin embargo, Licurgo, el legislador de los lacedemonios, estableció que pudiesen casarse las doncellas indotadas; y dió la razon; esto es, para que no se viesen las pobres privadas de hacerlo, y para que los jóvenes eligiesen á sus esposas por su virtud y buenas costumbres, y nó por la sed de las riquezas: por cual motivo prohibió tambien los afeites y adornos, con los cuales suelen algunas aparentar una hermosura que no tienen ó exagerar la que han recibido de la naturaleza: siendo de advertir que segun Bald. á la l. 1. C. *de jur. dot.*, en caso de duda, nunca se presume que el marido haya consentido en casarse sin dote. —* El sistema dotal es otra de las instituciones completamente desconocidas de la legislacion goda, en la cual ni en los demas códigos nacionales hasta el Ordenamiento de Alcalá inclusive, no se lee disposicion alguna que regularice ni presuponga siquiera la costumbre y mucho menos la obligacion de señalar dotes los padres á las hijas, ni de constituirlas las mugeres á sus maridos; hasta que, importado aquel sistema de la legislacion romana á nuestro código de las Partidas, y admitido tal vez en las costumbres aun antes que lo adaptara y regularizara el sabio Rey, se transmitió á las leyes posteriores, esto es, á las de *Toro* y á las pragmáticas, en las cuales se presupone vigente en materia de dotes el derecho de Partidas, y se establecen varias disposiciones secundarias dirigidas á declarar 1º la obligacion que tienen las hijas de colacionar ó imputarse á sus porciones legítimas lo que por via de dotes hubieren recibido, cuando por la muerte de sus padres procedan con sus hermanos á la particion de la herencia de aquellos: 2º la tasa ó cantidad proporcionada á los bienes de los padres, de la cual no pueden esceder las dotes que estos señalen á sus hijas: 3º y último, la responsabilidad de los bienes comunes ó gananciales de los padres al pago de las dotes prometidas, ó la de los propios y particulares del padre, segun que aquellos sean ó nó suficientes y que hayan otorgado la promesa el padre y la madre juntamente, ó el padre por separado, ll. 5., 6. y 4. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.; sobre cuyo último punto nada habian declarado ni era posible que lo hiciesen las leyes de Partidas, toda vez que no reconocian estas el sistema de gananciales, ó el principio de sociedad legal entre los cónyuges. Adviértase, empero, que, al decir, como hemos dicho, que en nuestros primitivos códigos no era conocido el sistema dotal ni la costumbre de hacer los padres donaciones á sus hijas al tiempo de colocarlas en matrimonio, no hemos entendido ni podíamos entender escluir el hecho de que asi alguna vez se verificara; antes bien en varias de las leyes góticas se habla de donaciones hechas por las desposadas á favor de los esposos por via de *arras* y antes de celebrarse el matrimonio; en términos que estaba

casan ouiessen con que biuir, e pudiessen mantener (3), e guardar el matrimonio bien, e lealmente. E porque tales dotes, e donaciones, e arras, como sobredicho es, se fazen a las vegadas en los desposorios, e a las vegadas despues que los casamientos son acabados, e aun porque maguer sean otorgados, non son estables, si auiene despues departimiento; por todas estas razones conuino, que fablassemos primeramente de los matrimonios, e de los embargos por que deuen ser departidos. E esto es, porque las dotes, e las donaciones, e las arras, quando el casamiento se parte, se ganan, o se pierden. Onde, pues en los Titulos ante deste fablamos de los Matrimonios, e de todas las cosas que les pertenescen, tambien por ayuntarlos como para departirlos, conuiene que digamos en este, de las dotes, e de las donaciones, e de las arras. E primeramente, que cosa es dote, e donacion, e arra, que se faze por razon de los casamientos: e en que tiempo se pueden fazer. E quantas maneras son dellas. E quien las puede fazer, e como, e de que cosas: e a quien pertenesce el pro, o el daño de las cosas que son dadas, en qualquier destas razones que diximos, quando son crescidas, o menguadas, o vencidas por juyzio. E por quales razones gana el marido la dote que le fizo la muger, o ella la donacion que le fizo el marido por razon del casamiento. E si puede la muger demandar la dote que dio al marido, mientra que durare el matrimonio. E a quien deue ser entregada, si ella muriere, e quando. E que despensas puede contar, e auer el marido, quando la entregare.

LEY 1. *Que cosa es dote, e donacion, e arra: e en que tiempo se pueden fazer.*

El algo que da la muger al marido por razon de casamiento, es llamado dote: e es como manera (4) de donacion, fecha con en-

dispuesto hubiesen de devolverse aquellas á la donadora, no llegándose á verificar el casamiento por caso fortúito, aunque hubiese ya intervenido el ósculo, l. 5. tit. 1. lib. 3. del Fuero Juzgo: y se hacia en otras leyes referencia á lo que los padres hubiesen donado á sus hijas al tiempo de colocarlas en matrimonio, disponiéndose tambien que hubiesen de llevar á colacion lo que por dicha cáusa hubiesen recibido, al repartirse con los demas hermanos la herencia del padre comun, l. 3. tit. 5. lib. 4.; de donde sin duda trae origen la disposicion análoga de las leyes de *Toro*. Mas, ni las referidas donaciones parece que fueran muy frecuentes, ni se las consideraba hechas por las mugeres para ayudar al marido á conllevar las cargas del matrimonio, ni se las designaba jamas con el nombre de *dotes;* antes es lo mas probable, que se las haria en lugar de los presentes ó regalos de armas que entre los primitivos godos ó germanos solian hacer las esposas á sus esposos, como en testimonio de pasar á ser las compañeras de sus fatigas y peligros, segun el enérgico pasage de Tácito: *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert.... munera non ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova nupta comatur sed boves et frenatum equum, et scutum cum framea gladioque. In hæc munera uxor accipitur.* « *Atque* » *ipsa invicem armorum aliquid viro affert:* » *hoc maximum vinculum, hæc arcana sacra,* » *hos conjugales deos arbitrantur. Ne se mulier* » *extra virtutum cogitationes, extraque bello-* » *rum casus putet, ipsis incipientibus matrimo-* » *nii auspiciis admonetur venire se laborum pe-* » *riculorumque sociam, idem in pace, idem in* » *prælio passuram ausuramque...* » Tambien en la l. 10. tit. 1. lib. 3. del propio Fuero Juzgo (segun la version de los códices Tol. Esc. 1. y Malp. 2.) se establece que *el casamiento no sea sin dote*: pero, fuera de que en los otros códices mas autorizados y cuya version es mas generalmente admitida, se halla continuada dicha ley en términos del todo diferentes, es indudable que aun en la primera de las espresadas versiones, al prohibirse en la citada ley gótica la celebracion de matrimonios sin dote, se hacia espresamente referencia, nó al que la muger llevase ó constituyese al marido, sino al que, con arreglo á la costumbre germánica de que hablan Tácito en el lugar citado y Estrabon y las demas leyes del Fuero Juzgo, hacia el marido á favor de la muger, y era el que constantemente se designaba en dicho código con el nombre de *dote.*

(3) Asi, pues, la dote se considera suficiente, con tal que baste para alimentarse y vestirse decentemente, segun Bald. á la autent. *præterea*, al fin C. *unde vir et uxor;* bien que los matrimonios entre personas de rango mas elevado requieren tambien unas dotes proporcionadas al mismo, Bald. á la l. 1. col. 2. C. *de secund. nupt.*, y véas. lo anotado á la l. 8. C. *de donat.*

(4) Véase la definicion de la dote que trae Bart. á la rubr. D. *solut. matrim.*, col. 3. y

tendimiento de se mantener (5), (*a*) e ayuntar el matrimonio con ella: e segund dizen los Sabios antiguos (6), es como proprio patrimonio de la muger. E lo que el varon da a la muger por razon de casamiento, es llamado en latin, donatio propter nuptias; que quiere tanto dezir, como donacion que da el varon a la la muger, por razon que casa con ella: e tal donacion como esta dizen en España propriamente, arras (7). Mas segund las leyes de los Sabios antiguos, esta palabra de

(*a*) et ayudar el matrimonio con ella, Acad.

4., pudiendo verse allí si para reclamar una dote, podrá intentarse una accion universal: y véas. Bald. nov. trat. *de dote*, fol. 3. col. 1.

(5) Y si se hubiere convenido, al constituir la dote, que sea la muger la que haya de alimentarse á sí y á sus hijos ¿valdrá ese pacto? Parece que sí, segun se infiere de la l. ult. princ. D. *de dol. except.*, y l. 4. hácia el fin D. *de pact. dotal.*; y, segun sostiene Ang. á la rubr. D. *solut. matrim.*, donde pone el ejemplo de una muger que se case con un jóven hermoso á quien hubiese deseado mucho: y hace al mismo propósito lo que se lee en Isaias cap. 4. vers. 1. *Panem nostrum comedemus, et vestimentis nostris operiemur: tantummodò invocetur nomen tuum super nos*: y lo propio parecen opinar Juan de Imol. y Alex. diciendo que tambien incumben al marido por razon del matrimonio otras cargas, fuera de la espresada ó de la de mantener á la muger.

(6) L. 3. §. 4. D. *de minor.*: y asi se dice que la dote no forma parte de los bienes del padre l. 4. D. *de collat. bonor.*: Bald. no obstante, á la l. 1. col. ult. C. *de act. et oblig.*, dice que la dote es patrimonio comun del marido y la muger.

(7) Tenemos, pues, que en España han sucedido las *arras* á las antiguas donaciones *propter nuptias*, como lo confirma la l. 87. tit. 18. Part. 3., en la cual se propone la fórmula de las escrituras de donacion de dichas *arras*; y de las mismas, con arreglo á la costumbre de España, se trata en el cap. *et si necesse*, 5. *de donat. int. vir. et uxor.*, segun lo espositan Vicent. y Abb. antig. citados por Juan Andr. y Abb. Panor. allí: de lo cual parece inferirse que todo cuanto se dispone en el derecho comun acerca de las donaciones *propter nuptias*, será aplicable á la donacion de *arras*; [V. la adic. á la presente nota] y en este concepto, asi como puede otorgarse dicha donacion *propter nuptias* durante el matrimonio, l. 27. D. *de donat. int. vir. et ux.*, y ll. 19. y 20. C. *de donat. ant. nuptias*, asi tambien podrá hacerse durante el matrimonio, la donacion de *arras*. Asi parece que lo entendió tambien Montalbo á la l. 1. tit. 2. lib. 3. *Fuero de las leyes*, y lo sostienen espresamente Palac. Rub. en su repeticion á la rubr. *de donat. int. vir. et ux.*, col. 100. *in formis minoribus*, y Rodrig. Suarez en su repeticion á d. l. del *Fuero* fol. 8. y 9. vers. *pone quod tempore*, donde trata estensamente de esta materia y contesta á Abb., quien parece haber sostenido lo contrario á d. cap. *et si necesse*, 1. notab., oponiendo á este las palabras que se leen al fin de la presente ley *mas las dotes e las donaciones que faze el marido a la muger, e la muger al marido.... se pueden fazer ante que el matrimonio sea acabado, o despues.* Creo que tambien hubiera podido oponérsele la citada l. 87. donde dice, *a doña Teresa su muger* y contínúa *de manera que ella, e los fijos que ouieren amos de consuno* etc.: cuyos dos textos son los mas poderosos fundamentos de la referida opinion de Suarez; pudiendo contestarse fácilmente á dicha l. 20. y demas que se citan en contrario y de que se ocupa el mismo Suarez, observando que en aquella se habla de la donacion *propter nuptias*, tal como se la conocia por derecho comun, la que es muy distinta de nuestra donacion de *arras*, y que el permitirse en la misma l. 20. el que adquiera la muger la donacion *propter nuptias*, á pesar de ser hecha durante el matrimonio provino, segun derecho comun, de que tambien el marido adquiria durante el matrimonio, la dote, y asi por via de reciprocidad fueron permitidas dichas donaciones, con tal que al mismo tiempo se constituyese dote, y con tal que no consistiese esta en menor ni en mayor cantidad que aquella; de donde se infiere que dichas donaciones no estaban autorizadas en calidad de verdaderas donaciones, como lo están entre nosotros las *arras*. Sobre esto, no obstante, no deja de ofrecerse alguna dificultad, atendido que por las ll. 1. y 2. del *Fuero*, parece establecerse que la donacion, ó á lo menos la promesa de las *arras* se deba hacer al tiempo de contraerse el matrimonio, y atendido que en general estan prohibidas las donaciones entre marido y muger durante el matrimonio, aun por derecho canónico, segun el cap. ult. *de donat. inter vir. et ux.*, y l. 4. de este tit.; por cuales razones deberia decirse tal vez que la opinion antes espresada podrá tan solo ser admitida, cuando pueda presumirse haber sido el marido inducido á hacer á la muger semejante donacion de *arras* por la nobleza' de aquella,

por lo considerable de la dote que hubiere aportado ó por otras causas probables; mas nó cuando no concurrieren tales circunstancias y aparecieren dichas *arras* como una gratúita y verdadera donacion del marido á la muger; y asi viene á confirmarlo la l. 3. C. *de donat. ant. nupt.*, y lo anotado por Bart. á la l. 21. D. *de verbor. oblig.*, y por la glos., Bald. y los DD. á dicha l. 4. C. *de dot. promis.*, el mismo Bald. á la l. 1. C. *de donat. ant. nupt.*, y Bald. nov. trat. *de dote*, fol. 30. col. 4. y fol. 31. col. 1. [En efecto, segun se manifiesta en la adic. á la presente nota, va mucha diferencia de la donacion *propter nuptias* del derecho comun á las *arras* de nuestro derecho patrio, en cuanto las primeras habian sido inventadas y autorizadas esclusivamente para servir como de compensacion ó hipoteca de las dotes respectivamente constituidas, y las segundas estaban admitidas y regularizadas por el derecho patrio aun antes de conocerse en España el sistema dotal, y por consiguiente ninguna relacion tenian con las dotes. Y, como las leyes romanas en tanto permitian las espresadas donaciones durante el matrimonio, en cuanto al tiempo de otorgarlas el marido, se le constituyese á este por la muger una dote equivalente, pues no estaba prohibido á los cónyuges hacerse donaciones con tal que fuesen recíprocas, falta de consiguiente respecto de las *arras* del derecho gótico la razon de aquella permision; siendo este el motivo de establecerse en nuestras antiguas leyes ó presuponerse á lo menos, que dichas *arras* no pudiesen prometerse á la muger sino antes de estar contraido el matrimonio. Despues se ha admitido tambien en España el sistema dotal, y ya que no está prohibido á los esposos hacer donaciones á las esposas por consideracion á las dotes que de estas reciban, y ya que de todos modos el marido no se hace mas pobre por las *arras* que done á su muger si al mismo tiempo recibe de esta una dote equivalente, aunque no las haya donado por consideracion á aquella, parece que deberia creerse permitido el donarlas aun durante el matrimonio, mientras que se las compensase con la correspondiente dote. Pero, segun observarémos en la adic. á la presente nota, las *arras* por derecho español pasan al dominio irrevocable y á libre disposicion de la muger, y no tiene esta que restituirlas al disolverse el matrimonio: y si esto no es aplicable á la dote, como no lo es en efecto, ¿dirémos que aun en el caso de ser mutuas las liberalidades ejercidas entre marido y muger en los términos espresados, podrá nunca por derecho español quedar salvo el principio de la compensacion ó reciprocidad necesarias para legitimar las donaciones entre cónyuges? Parece que nó: y asi tal vez no será permitida la donacion de *arras* durante el matrimonio, aunque al tiempo de hacerla se constituya dote al marido: á menos que se espresare hacerse aquella en calidad de verdadera donacion *propter nuptias*, y como mera compensacion de la dote, á lo que será consiguiente el que la muger no adquiera irrevocablemente lo que asi le fuere donado, sino que haya de restituirlo disuelto el matrimonio ó en todo caso de restitucion de dote.] Igualmente puede inferirse de lo que se ha dicho al principio que, asi como respecto de la donacion *propter nuptias*, constante el matrimonio, no corre la prescripcion contra la muger, segun el Abad al cap. *pervenit, de empt. et vend.*, lo propio sucederá respecto de las *arras*; sobre lo cual véas. al mismo Suarez repet. á d. l. 1. vers. *sed pone quæstionem, quam habui de facto* etc. Infiérese tambien que el menor, sin decreto judicial, no podrá donar cosas inmuebles por via de *arras*, asi como tampoco podia hacerlo por via de donacion *propter nuptias*, segun la l. 22. C. *de admin. tut.*, véase á d. Suarez allí vers. *sed utrum minor.* Finalmente las *arras*, como la donacion *propter nuptias*, podrán otorgarse á favor de una viuda, segun lo comprueba la l. 1. tit. 2. lib. 3. *Fuero de las leyes*, y se infiere de dicha l. 87., la cual en la fórmula de la escritura no continúa las palabras que suelen poner los escribanos, esto es, *en reconocimiento de la virginidad*, sino que dice simplemente *por razon de casamiento.* Empero la donacion *propter nuptias* se diferencia de las *arras* 1º en la tasacion de la cantidad que puede darse por ellas; pues en dicha l. 1. del *Fuero* se halla establecido que, por via de *arras*, no pueda darse ni prometerse mas de la décima parte de los bienes [y en la l. 1. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec. está declarado que no pueda renunciarse á dicha prohibicion, y que, haciéndose dicha renuncia, sea esta nula y de ningun efecto, bajo pena de privacion de oficio al escribano que la hubiere autorizado. V. la adic. á la presente nota]; nada de lo cual tenia lugar en la donacion *propter nuptias*, l. 9. y autent. *æqualitas*, C. *de pact. convent.*, l. ult. C. *de donat. ante nupt.*: tambien se diferencian 2º en que los bienes donados *propter nuptias* permanecen en el dominio del marido, segun la l. 7. de este tit., lo que no sucede en las *arras*, segun d. l. 1. y l. 3. tit. 2. lib. 3. del *Fuero de las leyes*, y la citada l. 87.: 3º y últimamente, se distinguen en cuanto al modo de adquirir; pues la donacion *propter nuptias* vuelve al marido disuelto el matrimonio, pero nó las *arras*, segun d. l. 1. y l. 51. de *Toro* [es la l. 2. d. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec., en la cual se dispone que si una muger no tiene hijos del matrimonio en que haya habi-

do promesa de *arras*, vayan estas á los herederos testamentarios ó intestados de la muger, y nó al marido]: pudiendo verse todas las espresadas diferencias en Palac. Rub. lugar antes citado. Adviértase, no obstante, sobre lo que antes se ha dicho de quedar, durante el matrimonio, en el dominio del marido las cosas donadas *propter nuptias*; que quedan en él para el efecto de tenerlas en su poder y de usar y disfrutar de ellas; pero el dominio de las mismas pasa á la muger aun durante el matrimonio, autent. *donatione*, C. *de jur. dot.*, y autent. *permissa*, *de don. ant. nupt.*, conforme lo declara Bald. nov. trat. *de dot.*, fol. 31. col. 4. vers. *decimum privilegium*, cuyo tránsito del dominio á la muger debe entenderse simplemente en cuanto se le requiere para asegurar la dote, que es el objeto para el cual se ha introducido la donacion *propter nuptias*; de manera, empero, que, disuelto el matrimonio, vuelva dicho dominio al marido, segun el cap. ult. *de donat. inter vir. et ux.*, y l. 7. del presente tit. — * No es fácil cosa el deslindar, como al parecer se propuso hacerlo nuestro glosador aqui, el verdader sentido en que se ha usado respectivamente en todos nuestros códigos la palabra *arras*, y hasta qué punto se ha querido significar con ella lo que en el derecho comun se conocia por *sponsalitia largitas*, ó por donacion *propter nuptias*. En el Fuero Juzgo se habla repetidamente bajo el nombre de *arras* de las donaciones que, entre los godos, se acostumbraban hacer por los maridos á las mugeres, y se prometian al tiempo de celebrarse los esponsales; que era en lo que consistian entonces los contratos matrimoniales ó accesorios del matrimonio. No se daban esas *arras*, ni se habia introducido la costumbre de estipularlas al objeto de garantizar con el temor de perderlas, el cumplimiento de la promesa de matrimonio; pues, si bien las adquiria la desposada y quedaba privado de ellas el esposo, cuando este se resistia á casarse sin motivo legal y suficiente, l. 3. tit. 1. lib. 3. *F. J.*, pero se las estipulaba mas bien con la mira de que las adquiriese, como en efecto las adquiria, la muger llegándose á celebrar las bodas: de suerte que dichas *arras* donadas por el marido á la muger figuraban en los matrimonios, como figuran hoy las dotes constituidas y aportadas por la muger al marido, segun el célebre dicho de Tácito. *de morib. german. Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*: con la diferencia, empero, de que dichas *arras* pasaban por el matrimonio al dominio y poder de la muger ó de los parientes de esta, quienes tenian accion para reclamar su entrega, y que ese dominio no era temporal y revocable, como el que de la dote adquiere hoy el marido, sino que podia la muger disponer libremente de aquellas, con la sola limitacion de haber de dejar las tres cuartas partes á los hijos que tuviese del marido de quien las habia recibido, y aun, teniendo hijos del mismo, habia podido en los primeros tiempos dejarlas á cualquier estraño, ll. 5., 6., 7. y 10. tit. 1. l. 3. tit. 6. lib. 3. y l. 2. tit. 5. lib. 4. del Fuero Juzgo; de todo lo cual se infiere que la esencia y primitivo objeto de las *arras*, segun el Fuero Gótico, hubo de ser esclusivamente el de asegurar á favor de las mugeres al desposarse, lo que era costumbre recibiesen de sus maridos por razon del matrimonio, á cuyo fin lo estipulaban de los mismos antes de contraerse aquel; y el haberse establecido que perdiesen las *arras* prometidas los desposados en caso de resistirse injustamente á cumplir el contrato de esponsales ó promesa de casamiento, hubo de ser y fue una disposicion ocasional y secundaria que solo accidentalmente entraba en la primitiva y originaria idea de semejantes *arras* ó donaciones; como entraria accidentalmente en la idea de las *dotes*, si por ej., en alguno de los paises en que está admitido el sistema dotal se reconociese la necesidad ó conveniencia de precaver la resistencia que opusieran las mugeres desposadas á contraer los matrimonios convenidos, y se adaptase para ello el medio de declararlas en caso de resistirse privadas de la dote que al celebrarse los esponsales hubiesen prometido aportar ó aportado: nadie diria por esto que semejante pena de privacion entrase en la esencia de la dote, ni que debiese definírsela por «lo que da ó promete la esposa al »esposo en seguridad y garantía de que no se »resistirá á contraer el matrimonio convenido.» Del mismo modo, pues, debemos decir que el perderse para el esposo y adjudicarse á la esposa las *arras* prometidas ó entregadas en el caso de denegarse aquel á cumplir los esponsales, fue por derecho gótico, una modificacion ocasional y secundaria introducida en el contrato de *arras*, despues que ya estaba aquel admitido por la costumbre y regularizado por la ley; por donde se ve que las espresadas *arras* del Fuero Juzgo tenian bastante semejanza con las *sponsalitiæ largitates* de los romanos, en cuanto lo mismo que estas, eran hechas por el esposo á la esposa y pasaban al dominio de aquella, verificándose la condicion que tácitamente importaban de llegarse á verificar el matrimonio, y tambien en cuanto constituian una garantía de que aquel llegaria á celebrarse por la pérdida de lo donado en que incurria el esposo, caso de dejarse de celebrar el matrimonio por culpa del mismo: no menos que en cuanto perdia aquel la mitad de dichos regalos esponsalicios si, habiendo dado el ósculo á la esposa, dejaba de casarse con

ella por cualquier motivo fortúito y aunque no fuese por su culpa. Por lo que hace á las donaciones *propter nuptias*, llamadas primitivamente *ante nuptias*, del derecho comun, es necesario fijar bien determinadamente su objeto y naturaleza para conocer la mayor ó menor analogía que tuvieran ó pudieran tener con ellas las *arras* de las leyes godas. En cuanto al objeto, sabemos que dichas donaciones *propter nuptias*, no tenian otro que el de recompensar y asegurar el marido la dote que le aportaba la muger. Y como, no realizándose el matrimonio, no llegaba la constitucion dotal á tener efecto, de aqui el considerarse las donaciones *propter nuptias* sujetas por su naturaleza á la condicion resolutoria de si no llegase á celebrarse el matrimonio: y pues, aun realizándose este, la dote no pasaba perpetua é irrevocablemente al dominio del marido, sino que debia restituirse á la muger ó á sus herederos viniendo el caso de disolucion, de aqui el que tampoco pasasen al dominio perpetuo é irrevocable de la muger las donaciones *propter nuptias*, y que estuviesen sujetas á la restitucion en los mismos casos que la dote por via de justa y consecuente reciprocidad: y, como la idea de compensar y asegurar la dote fuese la que esclusivamente entraba en la esencia de dichas donaciones, de aqui el que, al tratarse de tasar la cuantía de que no podia esceder su importe, se hubiese buscado, como se buscó por derecho comun, una justa y equitativa proporcion, nó con los bienes del donador, para que este no los dilapidase con imprudente prodigalidad, sino con la cuantía de la dote aportada por la muger donataria, para que no se escediesen los límites de una justa y moderada compensacion: y pues, aun dejándose de realizar el matrimonio, siempre que esto fuese por culpa del esposo, quedaba en cierto modo injuriada ó menoscabada la persona de la esposa, y siempre que hubiese intervenido ósculo, aun rompiéndose los esponsales sin culpa del esposo, podia decirse que este habia empezado á disfrutar de su desposada y equivalia el ósculo á un principio de consumacion, de aqui el que en ninguno de dichos casos la condicion resolutoria de no llegar á celebrarse el casamiento produjese todo su efecto respecto de las donaciones ó *largitates* esponsalicias, y que no pudiese repetirlas el esposo en fuerza de aquella condicion, sino que perdiese la mitad de ellas en el último caso, y todas en el primero en pena de haber quebrantado la fe prometida: y de aqui tambien el que lo contrario tuviese lugar respecto de las donaciones *propter nuptias*, ya que inventadas estas y autorizadas por el emperador Justiniano al único y esclusivo objeto de compensar con ellas y asegurar las dotes respectivamente aportadas ó prometidas, y puesto que la dote prometida no debia entregarse, y entregada debia restituirse en todo caso que se dejase de realizar el matrimonio, era consecuente que respecto de dichas donaciones produjera siempre é indistintamente la condicion todo su efecto, ó lo que es lo mismo, que, llegando á romperse los esponsales, no debiese el esposo hacer efectiva la donacion prometida ó pudiese repetir la ya entregada, ora hubiera ó nó intervenido el ósculo, ora fuera ó nó por culpa del mismo que dejase de celebrarse el matrimonio, porque en uno y otro caso puede quedar perjudicada la persona de la desposada, mas queda siempre íntegra la causa de su dote: y al contrario por la razon opuesta, era consecuente, y asi estaba declarado que perdiese el esposo la donacion *propter nuptias*, ó el derecho de repetirla disuelto el matrimonio, siempre que, durante este, hubiese dado motivo á que pidiese el divorcio la muger, ó lo hubiese él pedido injustamente; ya que en iguales casos perdia respectivamente la muger el derecho de pedir la restitucion de la dote, y en todo debia equipararse á esta la citada donacion. Ahora, las *arras* de que se habla en el Fuero Juzgo, no se daban ni podian darse en retribucion de las dotes, por la sencilla razon de que estas eran entre los godos desconocidas: pero se daban sí en reconocimiento y recompensa de las prendas personales de la muger: de donde claramente se infiere que dichas *arras*, en cuanto á su naturaleza y efectos, debian convenir con las donaciones *propter nuptias*, en todo aquello que se refiriese á lo que unas y otras tenian de comun en cuanto al fin y objeto; y discrepar por el contrario en todos los efectos que hiciesen relacion á las circunstancias esenciales ó naturales en que diferian. Asi, vemos que dichas *arras*, por las leyes góticas, importaban tambien la tácita condicion de que llegase á realizarse el matrimonio, faltando la cual se resolvian y no llegaban á tener efecto; todo lo cual se hallaba en iguales términos establecido por derecho comun, respecto de las sobredichas donaciones: y asi vemos por el contrario, que las *arras* se perdian para el esposo donador en caso de dejarse de celebrar el matrimonio por su culpa, y la mitad de ellas en caso de haber intervenido ósculo, aunque no mediase dicha culpa: dd. ll. 3. y 5. tit. 1. lib. 3. *F. J.*, y asimismo vemos que las espresadas *arras* no estaban sujetas á restitucion por el hecho de disolverse el matrimonio, antes bien la muger podia disponer libremente de ellas con solas las limitaciones que antes hemos espresado; y vemos por último que, al tratar las leyes godas de poner tasa á las inmoderadas liberalidades de los esposos, no to-

maron por punto de comparacion la cuantía respectiva de las dotes como el derecho romano, sino la de los bienes del esposo donador, estableciendo que las *arras* no pudiesen esceder la décima de los mismos, d. l. 2. tit. 5. lib. 4. y l. 6. tit. 1. lib. 3. *F. J.* — En el Fuero Viejo de Castilla ll. 1., 2., 3., 4. y 5. tit. 1. lib. 5. se habla tambien de las *arras* en el propio sentido que en el Fuero gótico, sin dar á las mismas otro carácter, significacion ni objeto que los que se dejan esplicados; y con la sola diferencia, de aumentarse la tasa y permitirse que todo fijodalgo pudiese prometer y donar por via de tales *arras* hasta el tercio de sus bienes, en lugar de la décima que tasaba el Fuero Juzgo; ademas las *arras* no pasaban por el Fuero Viejo á ser propiedad perpetua de la muger, de modo que esta pudiese disponer libremente de ellas disuelto el matrimonio y no teniendo hijos; antes bien podian los herederos del marido reclamar en dicho caso inmediatamente su devolucion, y aun en el caso de nó hacer aquellos uso de semejante derecho y de quedarse con las *arras* la muger, estábale prohibido á esta el enagenarlas, y despues de su muerte ó pasando á contraer segundas bodas, debian aquellas hacer reversion á dichos herederos, d. l. 1. tit. 1. lib. 5.: lo cual, empero, no procedia de que las *arras* hubiesen cambiado de naturaleza y se hubiesen asimilado mas á las donaciones *propter nuptias* de los romanos, en cuanto se regian estas por la ley de reciprocidad con las dotes constituidas ó aportadas por las mugeres, sino de la tendencia que constantemente se observa en nuestras leyes del tiempo de la reconquista á adoptar el sistema de troncalidad, y del deseo de que se conservasen los patrimonios íntegros en las familias que habian empezado á poseerlos: asi lo indica el ver que en la l. citada del Fuero Viejo, al paso que respecto de las *arras* se adoptó el principio de reversion, y se dispuso que la muger no pudiese enagenar en toda su vida, y hubiese de restituir á los herederos del marido lo que de este al casarse hubiese recibido, y que podia importar una tercera parte de los bienes de aquel, pero se esceptuaron aquellas prendas de uso personal, como la cama y los vestidos, que por su naturaleza no eran ni podian ser considerados como patrimoniales, *e quando el marido murier, puede ella* (la muger) *levar todos suos pannos, e suo lecho, e sua mula ensellada e enfrenada, si la adujo, o «si ge la dio el marido» o si la eredo de otra parte, e el mueble que trajo consigo en casamiento, e la meitat de todas las ganancias, que ganaron en uno.* — En el Fuero Real se habla tambien de las *arras*, en el propio sentido que en los mas antiguos códigos citados, derogándose las leyes del Fuero Viejo, en cuanto habian modificado las del Fuero Juzgo, y restableciéndose las de este último, en cuanto disponian que por via de *arras* no pudiese donarse mas que la décima parte de los bienes, y que aquellas pasasen irrevocablemente al dominio y libre disposicion de la muger, la cual pudiese dejarlas á quien quisiera no teniendo hijos del mismo matrimonio, y en caso de tenerlos hubiese de dejar á estos las tres cuartas partes, pudiendo disponer de la cuarta restante á favor de cualquier estraño; con la particularidad, empero, de que, muriendo la muger sin haber otorgado testamento, se establecia por dicho Fuero Real que pasasen dichas *arras*, nó á los herederos intestados de la muger, como parecia natural y consecuente, toda vez que se las consideraba como bienes propios suyos y de libre disposicion, sino á los herederos del marido, ll. 1., 2. y 5. tit. 2. lib. 3. Fuero Real. — Nuestras leyes de Partida, que adoptaron en todas sus partes el sistema dotal, fueron consecuentes en modificar la teoría de las *arras*, en cuanto era menester para ponerla en consonancia con la nueva teoría de las dotes; y asi fue que, á mas de reconocer y autorizar las verdaderas *arras* en el jurídico y genuino sentido de esta palabra, *como peño que es dado entre algunos, porque se cumpla el matrimonio que prometieron de fazer*, l. 1. de este tit., y la *sponsalitia largitas* ó el *don que da el esposo a la esposa, o ella a el, francamente sin condicion, ante que el matrimonio sea cumplido, por palabras de presente*, l. 3., reconocieron tambien y autorizaron la verdadera donacion *propter nuptias* del derecho comun, diciendo ser esta *lo que da el marido a la muger, por razon de la dote que recibio de ella*, l. 2.: por manera que se adoptaron en el código alfonsino los mismos principios que en los romanos respecto de la *sponsalitia largitas* y de la donacion *propter nuptias*, y aun se hizo mas, pues se reconoció entre los contratos accesorios del matrimonio ó esponsales un verdader contrato de garantía ó de *arras*, ó sea aquel que se celebra dando ó prometiendo algo el desposado á la esposa ó esta á aquel en seguridad del futuro matrimonio con este esclusivo objeto, y con el pacto de perder el donante ó prometente lo donado ó prometido, caso de dejarse de realizar el matrimonio por su culpa; contrato que no encontramos espresamente reconocido por el derecho comun, pues, si bien se halla en este admitida en general la teoría de las *arras*, y se designa con este nombre todo lo que se da ó promete en seguridad ó garantía de que se cumplirá un contrato convenido ó perfeccionado, y con la condicion de

perderlo aquel de los contratantes por culpa de quien deje de tener cumplimiento el contrato principal, y si bien esa misma teoría la vemos incidentalmente aplicada á las donaciones matrimoniales, asi á las *sponsalitiæ largitates* como á las donaciones *propter nuptias*, estableciéndose que unas y otras se adquieran para el donatario, aunque no llegue á celebrarse el matrimonio, siempre que esto proceda de culpa del donador, y á pesar finalmente de que por esa razon tambien en el derecho comun, aunque nó tan constantemente como en el gótico, se designan las espresadas donaciones con el nombre de *arras*, con todo, no vemos que entre los romanos se hubiese hablado jamas de *arras* matrimoniales esencialmente distintas é independientes de las *largitates sponsalitiæ* ó donaciones *propter nuptias*, y dadas con el único y esclusivo objeto de garantizar con ellas el cumplimiento de los esponsales ó la celebracion del matrimonio convenido. De todos modos, pues, y teóricamente hablando, encontramos esa novedad introducida por el derecho de Partidas á lo establecido, no solo por los antiguos Fueros nacionales sino tambien á lo que lo estaba por el derecho comun, al cual por lo demas quiso el Rey sabio acomodarse; pero dudamos mucho que en las costumbres y en la práctica haya llegado á realizarse aquella novedad teórica, ó que se haya generalizado jamas el uso de semejantes donaciones hechas en el concepto de verdaderas *arras*, ó de simple contrato de garantía y accesorio del de esponsales. Una donacion que no tuviese mas objeto que el espresado, importaria la necesaria condicion de resolverse al llegarse á celebrar el matrimonio, por cuanto, cumplida la promesa ó contrato principal, cuyo cumplimiento estaba destinada á garantizar, dejaria absolutamente de tener objeto, y deberia en dicho caso restituirse lo entregado ó condonarse lo prometido, por faltar las condiciones bajo las cuales se habria hecho la promesa ó entrega, ó sean las de no llegar á casarse los esposos y la de dejar de hacerlo por culpa del donador ó promitente: y no creemos que jamas haya estado en uso semejante reversion, que fuera sin embargo la consecuencia necesaria de las *arras, dadas como peño porque se cumpla el matrimonio prometido*. Por lo demas, empero, y si bien no todas las innovaciones introducidas en el derecho patrio por las leyes de Partida, han sido recibidas en la práctica, no dirémos que asi se haya verificado respecto de la innovacion que antes hemos observado, ó sea la de autorizarse las donaciones *propter nuptias* del derecho comun, con el objeto de compensar y asegurar con ellas los maridos las dotes que les aportasen y constituyesen las mugeres. Ya hemos notado antes, que nuestros antiguos Fueros desconocian y debian desconocer semejantes donaciones por la sencilla razon de que desconocian tambien las dotes: mas cuando el sistema dotal empezó á admitirse y generalizarse, era natural y consecuente que se generalizase tambien el uso de hacer los maridos recíprocas donaciones para compensar las dotes: y entonces, al paso que debió regir como supletorio el derecho de Partidas respecto de una institucion regularizada por el mismo y que no estaba en oposicion con el antiguo derecho de los Fueros, sino que sencillamente habia sido por estos omitida, hubo de verificarse por necesidad una de dos cosas, á saber, ó que las *arras* del Fuero Juzgo y Fuero Real quedasen modificadas y pasasen á participar mas completamente de las donaciones *propter nuptias* de los romanos, en cuanto entraba en estas la idea de reciprocidad con las dotes, ó bien que á mas de las espresadas *arras* en calidad de *sponsalitiæ largitates*, se generalizase el uso de otras donaciones *propter nuptias* hechas al único y esclusivo objeto de compensar y asegurar las dotes, y entendidas en los términos en que las autoriza la l. 2. del presente título y Partida. Como quiera que de esto sea, lo cierto es, que nuestras leyes posteriores á las de Partidas y en especial las de *Toro* y las pragmáticas mas recientes, se han ocupado de las donaciones hechas por causa de matrimonio, y han dictado acerca de ellas varias disposiciones secundarias; importando de consiguiente mucho el averiguar en qué concepto han tratado de regularizarlas, y las han presupuesto práctica ó teóricamente admitidas y generalizadas. La l. 50. de *Toro* (que es la 1. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.) ratifica y prescribe la observancia de la ley del Fuero, prohibitiva de dar en *arras* mas de la décima parte de los bienes; previene que no pueda renunciarse á dicha prohibicion, y declara incurso en la pena de perdimiento de oficio al escribano que autorice contrato ó escritura en que intervenga la espresada renuncia. La l. 51. de *Toro* (que es la 2. de dd. tit. y lib. N. R.), corrigiendo la del Fuero Real antes citada, en que se establecia que la muger pudiese disponer en testamento de las *arras* recibidas del marido, pero que, no haciéndolo, pasasen aquellas á los herederos de dicho marido y nó á los intestados de la muger, dispone que, no teniendo esta hijos del matrimonio en que haya intervenido promision de *arras*, y aunque no disponga espresamente de ellas, pasen al heredero ó herederos de la misma, ora haya otorgado testamento ó nó. Es visto, pues, que en esas dos leyes se habló de las *arras*, tales como las habian reconocido los antiguos Fue-

ros, á cuyas disposiciones se hacia referencia para ratificarlas ó ampliarlas; y que no se las consideró modificadas con la idea de poderse ó acostumbrarse á hacerlas para compensar y asegurar las dotes, ó á lo menos se prescindió completamente de las consecuencias legales y necesarias de semejante modificacion, ya que, al renovar la tasa establecida por el Fuero Juzgo y el Fuero Real, se buscó ó siguió la proporcion absoluta con la cuantía de los bienes del marido ó esposo donador, y nó la relativa con la cuantía de las dotes que se hubiesen aportado; y ya que, al modificar el derecho que adquiere la muger sobre las cosas que por via de *arras* se le hayan prometido ó entregado, no solo no se pensó en consignar el principio de reciprocidad ó de reversion de dichas *arras* para el caso de haberse de restituir la dote disuelto el matrimonio, sino que aun se dió mas amplitud al principio de irrevocabilidad del dominio y á la libre disposicion de las *arras* por parte de la muger, declarándose que hubiesen de adquirirlas los herederos ó sucesores testamentarios á quienes aquella las hubiese dejado espresamente, como lo disponia el Fuero Real, y tambien los herederos ó sucesores intestados de la misma muger caso de morir esta sin testamento ó sin disposicion espresa, lo que por las leyes del Fuero hemos visto estaba en dicho caso terminantemente escluido. La l. 52. de *Toro* (que es la l. 3. de dd. tit. y lib. N. R.) declara en su primera parte que, en caso de disolverse el matrimonio antes de haberse consumado, se adquiera para la muger la mitad de todo lo que hubiere recibido del esposo, si este hubiere llegado á besarla, y que no adquiera aquella nada, ó que todo haya de restituirse á los herederos del esposo, caso de no haber intervenido el ósculo: en lo cual se halla conforme enteramente con lo establecido no solo en nuestras antiguas leyes nacionales, sino tambien en las del derecho comun: pero en su segunda parte distingue la misma ley espresamente entre las *arras* y *las otras donaciones* que tal vez haya hecho el esposo á su desposada, y dispone que en el caso de haber mediado unas y otras, no puedan la muger ni sus herederos despues de muerto el donador, disponer libremente de las *arras* y de las demas espresadas donaciones, sino tan solo de las primeras, si prefieren restituir las segundas, ó de estas si prefieren restituir las primeras, á su eleccion; con tal que elijan dentro el preciso término de veinte dias despues de haber sido requeridos por los herederos del marido: y que, no eligiendo dentro del término prefijado, pase á estos últimos el derecho de hacerlo ó de optar por la restitucion de las *arras* ó la de las otras donaciones. Hé aqui como la citada ley literalmente se espresa: *pero si cualquier de ellos muriere despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que, seyendo desposados, la hobo el esposo dado, no habiendo* arras *en el tal casamiento y matrimonio; pero si* arras *hobiere, que sea en escogimiento de la muger, o de sus herederos, ella muerta, tomar las* arras *o dejarlas, y tomar todo lo que el marido la hobo dado, siendo con ella desposado, lo qual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y si no escogieren dentro del dicho termino, que los dichos herederos escojan:* Es, pues, necesario conocer y determinar cuáles sean y en qué consistan esas *donaciones* que contrapone la cit. l. á las *arras*, y que reconoce como esencialmente distintas de estas últimas, sin embargo de pertenecer tambien á la clase de las esponsalicias ó de las hechas por causa de matrimonio, porque de lo contrario no serian válidas ni las supondria autorizadas d. l. de *Toro*, al publicarse la cual estaba ya vigente el derecho de Partidas, en cuanto prohibia, como el romano, todas las demas donaciones entre cónyuges. Todos los intérpretes de nuestro derecho nacional estan conformes en que bajo el nombre de *arras*, ha querido significarse por las leyes patrias las donaciones hechas por los esposos á las esposas por consideracion al matrimonio y consistentes en metálico ó en bienes, pero siempre de tal naturaleza, que en ellas se trasluzca la intencion por parte del donante, de señalar ó asegurar en cierto modo un patrimonio ó capital á favor de la donataria: á diferencia de las consistentes en joyas, vestidos ó cosas semejantes que se hacen como mera espresion de cariño, y al único y conocido objeto de que pueda la muger ó esposa adornarse ó ataviarse con ellas; las cuales no se conocen con el nombre de *arras*, sino con el de *donaciones esponsalicias* en un sentido mas limitado, con el de *dádivas*, ó mas vulgarmente con el de *vistas*, Sala Ilustracion al Derecho Real de España lib. 1. tit. 5. §§. 16., 17. y 18., Febrero Novísimo lib. 1. tit. 2. cap. 7. §. 1. y D. Joaquin Escriche, Diccion. de Legisl. y Jurispr. art. *arras*. Los SS. Goyena, Aguirre y Montalban en su Febrero reformado §. 395. sec. 11. tit. 5. lib. 1., conviniendo con las esplicadas teorías, pero partiendo sin duda del principio de acostumbrarse donar las *arras* en compensacion ó seguridad de las dotes, indican muy oportunamente una diferencia que de hecho existe entre dichas *arras* y las llamadas *vistas*, á saber, la de que, aquellas por lo comun se ofrecen ó se prometen y no se dan, ó lo que es lo mismo, no llega á realizarse su entrega, y estas suelen darse y

entregarse sin habérselas antes ofrecido ó prometido. Pero, prescindiendo de esas accidentales diferencias en el modo de esplicar las *arras*, al hacer aplicacion de la transcrita l. 52. de *Toro*, espresan todos los citados escritores que son las *donaciones esponsalicias*, esto es, las *dádivas* ó *vistas*, las que en ella se ha querido significar como donaciones distintas de las que se conocen con el nombre de *arras*. Creemos que efectivamente fue esta la intencion de los legisladores de *Toro;* y es, en nuestro concepto, muy fácil demostrar que con ella se avinieron estos exactamente con el espíritu que reina sobre el particular en nuestras antiguas leyes. Desde luego es digno de observarse que, á pesar de hallarse establecido en las ll. 7. y 23. del presente título y Part., que las *arras* ó donaciones *propter nuptias* hayan de restituirse al marido donador disuelto el matrimonio, del mismo modo que la dote se restituye tambien en igual caso á la muger que la ha constituido, con todo, segun antes hemos dicho, ni está admitida semejante reversion en España, ni vemos en ninguno de nuestros códigos anteriores á las Partidas el menor indicio de que jamas lo haya estado; y, si bien una vez admitido el sistema dotal y (lo que es consiguiente) el principio de que las espresadas donaciones se entendieran hechas para compensar y asegurar las dotes, parece que debia aceptarse tambien la propia idea de reciprocidad en cuanto á los efectos, y observarse por lo tanto á lo menos como supletorio en ese caso no previsto por las leyes anteriores el derecho de Partidas, en cuanto establece la mencionada reversion, con todo es lo cierto, que las leyes de *Toro* y los que las continuaron en la nueva y en la novísima Recopilacion, partieron todavía del principio de que las *arras* pasaban siempre al dominio irrevocable de la muger, y que esta ni sus herederos debian restituirlas disuelto el matrimonio; lo que equivale á declarar que no se tuvo por recibido ni puede señalarse por vigente en esta parte al derecho de Partidas; y asi es muy exacto lo que han dicho los señores Sala y Escriche, de no haber estado ni estar en uso en España las donaciones *propter nuptias* en el sentido en que las entendia y autorizaba el derecho comun. En segundo lugar, nótese que, despues del Fuero Juzgo, en el que algunas veces se llamaba *dotes* y mas comunmente *arras* á las donaciones hechas por el marido ó esposo á la muger ó desposada, en todos los demas códigos nacionales posteriores, esto es, en el Fuero Viejo, Fuero Real y en las leyes de *Toro*, se las designa constantemente con el nombre de *arras* (esceptuando el epígrafe de la l. 3. tit. 2. lib. 3. Fuero Real, en el que todavía por incidencia se las denomina *dotes*); con la particular circunstancia de que las donaciones designadas en dichos cuerpos legales con el nombre de *dotes* y últimamente con el de *arras*, son constantemente las hechas por el marido á la muger en bienes ó en dinero, y por consideracion á las prendas personales de esta ó á la dote que haya aportado, en contraposicion de los dones ó regalos hechos como espresion de mero cariño, y consistentes en vestidos ó adornos que son los llamados vulgarmente *vistas*. Asi en el Fuero Viejo l. 1. tit. 1. lib. 5. se denominan *arras* aquellas donaciones hechas por el esposo que, segun la misma ley, no pueden esceder el tercio de los bienes de aquel; y, al hablarse en la l. 2. de las otras donaciones que solian hacer los esposos á las esposas y podian consistir en la *piel de abortones... con tres sanefas de oro llamada abes*, *una mula ensillada e enfrenada*, *e un vaso de plata e una mora*, cuya cuantía estaba tasada en mil maravedís, ya no se la llama *arras*, sino simplemente *donadio;* asi tambien en el Fuero Real, siempre que se trata de donaciones por causa de matrimonio (ll. 1., 2., 3., 4. y 6. tit. 2. lib. 3.) se las designa con el nombre de *arras*, menos en la l. 5. de d. tit. en la que, al establecerse las reglas de reversion de las espresadas donaciones en caso de que por la muerte del esposo no se hubiere llegado á celebrar el matrimonio convenido por cuya contemplacion se las hubiese otorgado, se distingue espresamente entre las llamadas *arras* y las *donas en paños o en otras cosas*, previniéndose que la esposa en dicho caso haya de restituir las primeras ó que las adquiera *asi como manda la ley*, segun que haya ó nó intervenido cópula entre los prometidos esposos, y que de las segundas haya de hacer la esposa restitucion en su totalidad, ó adquiera la mitad de ellas, segun que hubiere ó nó intervenido ósculo: asi finalmente insiguiéndose el mismo espíritu de las ya citadas leyes en la 52. de *Toro* que antes hemos transcrito, se hace mérito separadamente y con distincion de las *arras* y de las otras *donaciones* entre esposos. Y no es esto solo, sino que en las disposiciones mas posteriormente promulgadas sobre la materia (l. 6. tit. 3. lib. 10. Novis. Rec., y en la pragmática de Felipe IV de 11 de febrero de 1623., y la de Felipe V. de 5 de noviembre de 1723. que forman las ll. 7. y 8. de dd. tit. y lib.), al tratarse de poner tasa á los gastos escesivos que se hacian por razon de los matrimonios, y señaladamente en las *joyas* y *vestidos* que solian regalar los esposos á las esposas, y al establecerse que el valor de aquellos regalos no pudiese esceder la octava parte de las dotes respectivamente constituidas, ó no se usó el nombre de *arras*,

(aunque se comprendia tambien á estas en la referida disposicion, pues se hablaba en general de donaciones hechas en vestidos y joyas ó *en otra cosa alguna* d. l. 6.; ó mas en general todavía de *gastos de los casamientos* d. l. 8.), ó si se usó aquella palabra como en d. l. 7., no se la usó sola y aisladamente, sino que se dijo *dotes* y *arras* y *joyas* y *vestidos*, como al intento de que las joyas y vestidos no pudiesen entenderse comprendidos tambien bajo el nombre de *arras*. Por esto, segun antes dejamos dicho, creemos poder afirmarse que en nuestras leyes patrias, esceptuando las de Partidas, se ha querido designar constantemente con dicho nombre las donaciones esponsalicias hechas ó prometidas á las esposas en bienes ó en dinero, en consideracion á su dote ó á sus prendas personales, y por consiguiente al efecto de constituirles como un patrimonio ó peculio propio, ó como una fianza ó hipoteca de sus dotes, y siempre con esclusion de los dones ó regalos mas ó menos preciosos hechos como mera espresion de cariño y en calidad de atavíos ó adornos: en cuyo sentido juzgamos ser la interpretacion que se ha dado á la citada l. 52. de *Toro* la única admisible y verdadera.

Por lo demas, es bien sabido que, fuera de las espresadas *arras* y donaciones esponsalicias ó *vistas*, se habla en las leyes de *Toro* de otra especie de donaciones, á las cuales han designado aquellas especialmente con el nombre de donaciones *propter nuptias;* y son las que suelen otorgar los padres á sus hijos al tiempo de casarse estos; respecto de las cuales se halla establecido que se las pague de los bienes gananciales comunes, cuando los hubiere suficientes, ya las hayan prometido el padre y la madre juntamente, ya tan solo el padre, y que no bastando dichos bienes gananciales para pagar lo prometido, se haga efectivo de los bienes propios del padre y de la madre, cuando ambos hubieren hecho la promesa, ó de los del padre tan solo, cuando sea este separadamente el que la hubiere otorgado, l. 53. de *Toro*, ó l. 4. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec., y se dispone tambien que, al deferirse la herencia paterna ó materna á favor de los hijos, y al procederse entre estos á la consiguiente particion, haya de colacionar cada uno lo que tal vez por via de donacion *propter nuptias* hubiere recibido; á menos que prefiriere renunciar á dicha herencia; en cual caso podrá retenerse todo lo donado, mientras que la donacion no fuere inoficiosa, esto es, que, reteniéndosela el donatario, no hubieren de percibir los demas hermanos menos de lo que les corresponde por derecho de legítima sobre los bienes paternos ó maternos, l. 29. de *Toro*, ó sea l. 5. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

Una dificultad podria ocurrir que nos parece conveniente hacer notar antes de dejar esta materia de donaciones esponsalicias. Supuesto que las leyes de *Toro* y aun las pragmáticas posteriores, lejos de derogar, han ratificado las disposiciones del Fuero Real y Fuero Juzgo, por las cuales estaba prohibido á los esposos donar á sus esposas por via de *arras* mas de la décima parte de sus bienes, y supuesto que despues han establecido ademas, que dichas *arras* y demas donaciones esponsalicias no pudiesen esceder la octava parte de las dotes respectivamente aportadas, ¿cuál de esas dos tasas legales deberá considerarse vigente? ó en caso de estarlo entrambas ¿cuándo deberá aplicarse la una con preferencia á la otra? Es evidente que, no habiendo dote, deberá estarse á la tasa de la décima. Pero si, habiendo dote, hace el esposo donacion ó constituye *arras* á su esposa por una cantidad menor que la octava parte de la dote aportada por esta última ¿será válida dicha donacion aunque, como puede suceder, se haya consumido en ella mas del décimo ó la mitad ó la mayor parte de los bienes del donador? Y al contrario si en la donacion ha empleado el donador menos de la décima parte de sus bienes propios, ¿será válida aquella, aunque esceda la octava parte de la dote? Creemos que en ninguno de los dos casos propuestos lo será, y que la tasa relativa á la octava parte de la dote establecida por las pragmáticas, debe entenderse sin perjuicio de la tasa absoluta de la décima parte de los bienes: de manera que deberán considerarse prohibidas las *arras* ó dádivas que se hicieren por mayor valor de la octava parte de las dotes, aunque no escedan el décimo de los bienes, y al contrario tambien las que escedan de dicho décimo, aunque no lleguen á la octava parte de las dotes respectivas. Asi se infiere claramente de la citada pragmática de Felipe IV, en la cual, al prescribirse la tasa relativa con las dotes, se recordó á continuacion la absoluta de los bienes; y en tanto hubo de entenderse que no se la derogaba, como que se recomendó mas estrechamente todavía su observancia, y se previno que en adelante no pudiesen otorgarse por el Consejo gracias ni dispensas sobre el particular, las cuales en caso de concederse serian nulas y de ningun valor; imponiéndose ademas á los escribanos la obligacion de haber de dar cuenta á las Justicias de todos los contratos de *arras* ó donaciones esponsalicias que autorizasen en adelante, y á los escribanos de los Ayuntamientos la de llevar un libro en que debiesen tomar razon de dichos contratos denunciados, á fin de poder averiguar si las

arra (8) ha otro entendimiento: porque quier tanto dezir, como peño (9) que es dado entre algunos, porque se cumpla el matrimonio que prometieron de fazer. E si por auentura el matrimonio non se cumpliesse, que finca se en saluo el peño, a aquel que guardasse (10) el prometimiento que auia fecho; e que lo perdiesse el otro, que non guardasse lo que auia prometido. Ca como quier que pena fuesse puesta sobre pleyto

donaciones otorgadas escedian de la tasa legal, y en caso afirmativo aplicar á los contraventores las penas conminadas por las leyes, ó sea la nulidad de dichos contratos en cuanto al esceso y la aplicacion del mismo esceso á la Real cámara. Algunos de nuestros intérpretes han entendido que lo que no podia esceder la octava parte de la dote eran las verdaderas donaciones esponsalicias ó las llamadas *vistas*, y que estaba esclusivamente prescrita para las *arras* la tasa de la décima parte de los bienes. A primera vista no deja de parecer fundada esta opinion, por cuanto en la parte de la citada pragmática en que se recuerda la disposicion del Fuero Real, se hace tan solo referencia á las *arras:* pero, al prescribirse que las donaciones esponsalicias no puedan esceder la octava parte de la dote, se hace espresamente estensiva esta prohibicion, segun ya hemos observado antes, á todo lo que se dé por el esposo á la esposa en *joyas y vestidos, ó en otra cosa alguna:* y á mas de esto ¿qué razon puede haber para que en regalos ó joyas ó vestidos preciosos haya permitido la ley consumir mas de la décima parte de los bienes, cuando no ha permitido consumirla en las *arras?* ni ¿de qué serviria esta última prohibicion si pudiese sencillamente eludírsela prodigando en regalos preciosos lo que no pudiese invertirse en bienes ó en dinero, ó al contrario? Es verdad que no se presentará fácilmente el caso de haberse consumido en dichos regalos mas del décimo de los bienes, y tal vez por esta razon las leyes se han referido á lo que puede acontecer con mas frecuencia: pero, nó por calificarse un abuso de menos factible ó iminente, deja de haber motivo para que preventivamente se le haya prohibido: antes al contrario, en las leyes que han tratado de evitar un mal menor ó mas iminente debe reconocerse por lo mismo la intencion de prohibir un mal mayor aunque menos temible.

(8) Nótese acerca de esto que no solo por la ley del Fuero antes citada, sino tambien por derecho de Partidas (como lo prueba la l. 9. tit. 4. Part. 5.) estaba prohibido el donar por via de *arras*, mas de la décima de los bienes. —* No vemos, á la verdad, que la l. 9. tit. 4. Part. 5. pruebe semejante cosa: antes bien en ella se establece que «todo ome »pueda fazer donacion por carta o sin ella, »*dando quanto quisiere para sacar catiuos*, o »para refazer alguna Eglesia, o casa derriba»da; o por dote, o *por donacion que se faze* »*por razon de casamiento.*» Y si bien á continuacion en la misma ley se dispensa mas espresamente de la formalidad de la escritura y consiguiente insinuacion á las donaciones hechas *a alguna Eglesia, o a logar religioso, o a Ospital*, prescribiéndose que no puedan otorgarse sin los espresados requisitos, siempre que escedieren de *quinientos maravedis de oro*, todas las demas donaciones que se otorguen *a otro ome o a otro logar*, pero evidentemente esto último se refiere á las donaciones comunes, esto es, á todas las no otorgadas para objetos piadosos ó por razon de matrimonio, las cuales pueden hacerse *por carta o sin ella dando quanto se quisiere:* de lo contrario careceria completamente de sentido y aplicacion la primera parte de d. ley que antes hemos transcrito, y deberíamos decir tambien (lo que á nadie se le habrá ocurrido) que hasta en las donaciones hechas para redimir cautivos, escediendo de los 500 maravedís, se requiere la insinuacion, toda vez que tampoco se las mienta en la segunda parte de la misma ley. Por derecho de Partidas, pues, no estaba prohibido el donar por via de *arras* mas de la décima parte de los bienes, como lo estuvo por el Fuero Juzgo y Fuero Real, y lo está hoy por las leyes de *Toro* y las pragmáticas. V. la adic. á la nota 7. al fin.

(9) Véase, pues, aqui lo que se entiende por *arra*, para la inteligencia de las ll. 3. y ult. C. *de sponsal.*, y de lo anotado al cap. *gemma*, d. tit. —* V. la adic. á la sig. nota.

(10) Otra cosa seria si estuviese dispuesto á cumplir por su parte lo prometido el que hubiese dado las *arras*, pues en tal caso deberian restituírsele aquellas, segun Abb. d. cap. *gemma*. —* Es decir, que, como la simple razon natural lo indica, siendo el que ha recibido las *arras* el que faltare á la fe prometida, y estando dispuesto á casarse el que las hubiere dado, deberán serle restituidas á este, á pesar de no llegarse á celebrar el matrimonio. Esta nos parece ser la doctrina del Abad en el lugar citado aqui por el glosador, y nó la de que realizándose el matrimonio hubiesen de devolverse las *arras* al que las dió, por quedar ya cumplida la obligacion que estaban aquellas destinadas á garantizar: lo que no encontramos establecido en el derecho canónico, ni en el comun, segun hemos dicho en la adic. á la nota 7.: y, á pesar de ser, como hemos

de matrimonio, non deue valer. Pero peño, o arra, o postura (11), que fuesse fecha en tal razon, deue valer. E estos peños se vsaron a dar antiguamente, en los casamientos que son por fazer. Mas las dotes, e las donaciones que faze el marido a la muger, e la muger al marido, assi como de suso diximos, se pueden fazer ante que el matrimonio sea acabado, o despues (12). E deuen ser fechas egualmente (13); fueras ende, si fuesse costumbre vsada (14) de luengo tiempo en algunos lugares, de las fazer de otra manera. E si por auentura, despues que el matrimonio fue acabado, el marido quisiere crescer (15) la donacion a la muger, o la muger la dote al marido (16), puedenlo fazer egualmente, assi como sobredicho es.

LEY 2. *Quantas maneras son de dotes, e de donaciones, e de arras.*

Aduentitia, e profectitia llaman en latin a dos maneras que son de dote: e aquella es dicha aduentitia, que da la muger por si misma de lo suyo a su marido, o la que da por ella su madre, o alguno otro su parien-

observado allí, una legítima y necesaria consecuencia de las *arras* consideradas como simple contrato de garantía, es digno de notarse que ni aun en la presente ley de Partida se la admite espresa ni tácitamente con todo y haberse en ella autorizado y reconocido á las *arras* en dicho sentido ó como *peño que es dado.... porque se cumpla el matrimonio que prometieron de fazer*, ni, lo que es mas notable todavía, en la l. 84. tit. 18. de esta Partida en que se continúan muy minuciosamente todas las fórmulas ó cláusulas propias del espresado contrato, se lee una palabra de estipularse en él á favor del que dió las *arras* la devolucion de las mismas, llegándose á realizar el casamiento: y esto prueba que ni siquiera en las Partidas se le reconoció el derecho de recobrarlas en dicho caso, pues que, á habérselo reconocido, no se hubiera dejado de consignarlo en la citada l. tan prolija y sobrecargada de fórmulas aun las mas superfluas, como todas las de su género que van insertas en el propio tit. 18. de esta Partida.

(11) V. lo anotado á la l. 84. tit. 18. de esta Part.,* y la adic. á la nota que antecede.

(12) V. acerca de esto lo dicho en la nota 7.

(13) Concuerd. autent. *sed jam necesse*, y autent. *dos data*, C. *de donat. ante nupt.*, y autent. *æqualitas*, C. *de pact. conv.* — * El principio de perfecta igualdad ó equivalencia entre las donaciones *propter nuptias* y las dotes respectivas, consignado por Justiniano, al permitir que dichas donaciones se otorgaran durante el matrimonio y para conciliar esta permision con las leyes prohibitivas de las donaciones entre cónyuges, está tan lejos de haber sido admitido por nuestro derecho patrio, como que al contrario las leyes recopiladas prohiben severamente á los esposos el hacer á sus esposas donacion alguna que esceda la octava parte de las dotes que estas hayan aportado. V. la adic. á la nota 7. hácia el fin.

(14) Pueden hacerse las donaciones *propter nuptias* en la cantidad que sea de costumbre, segun la glos. á d. autent. *æqualitas*; y segun Bald. á la l. 19. C. *de donat. ant. nupt.*, es costumbre en toda la Italia el hacerlas en cantidad igual á las respectivas dotes; pudiendo decirse lo mismo de España, á no ser que se hagan dichas donaciones por via de *arras*, segun se ha dicho antes. (Nota 7. al fin [con la adic. allí] y nota 8.); y hasta es válida tambien la costumbre de no hacerse semejante donacion en cantidad alguna, segun Bald. á d. l. 19.; bien que es muy útil á las mugeres el que se les haga alguna, como espresa el mismo Bald. allí, y mas clara y estensamente el Abad á d. cap. ult. col. ult. *de donat. inter vir. et uxor.*, donde esplica cuatro de las ventajas que de dichas donaciones les resultan á las mugeres. — * Supuesto que, segun hemos dicho en la adic. á la nota 7., las antiguas leyes españolas no conocian las dotes aportadas por las mugeres á los maridos, y que mas adelante, si bien se introdujo el sistema dotal, pero no se conocieron las donaciones *propter nuptias* verdaderamente tales ó hechas al único y esclusivo objeto de compensar y asegurar las dotes, sino las *arras* ó donaciones hechas para dicho objeto, y principalmente para el de reconocer las prendas personales de las esposas, escusado es observar que nunca habrá estado en uso el que se hicieran las espresadas donaciones en cantidad igual á las de las dotes respectivamente aportadas; antes al contrario, por nuestro derecho novísimo está severamente prohibido el que se las otorgue, segun queda dicho en las adiciones á d. nota 7. y á la nota 13.

(15) Conc. l. 19. C. *de donat. ante nupt.*

(16) Conc. d. l. 19. l. ult. d. tit. y §. 3., Instit. *de donat.*; pudiendo verse sobre esto á Bald. nov. trat. *de dote*, fol. 30. col. 4. vers. 8. *speciale privilegium*, y debiendo notarse bien que en d. l. 19. vers. *sed si e contrario*, se dispone que, asi como pueden aumentarse, sea lícito tambien el disminuir durante el matrimonio las dotes y donaciones *propter nuptias*, de lo cual no se habla en nuestra ley aquí; y asi deberá decirse tal vez, que por

te, que non sean de aquellos que suben, o descienden, por la linea derecha (17), mas de los otros, assi como tio, o primo, o otro qualquier pariente, o estraño. E es llamada aduentitia, porque viene de las ganancias que fizo la muger por si misma, o de donacion que le dieron, que viene de otra parte, que non es de los bienes del padre, nin del abuelo, nin de los otros parientes que suben por linea derecha, onde ella desciende. E la otra manera de dote es llamada profectitia, e dizenla assi; porque sale de los bienes del padre, o del abuelo, o de los otros parientes que suben por la linea derecha. Mas si el padre deuiesse algo a la fija, e lo diesse por su mandado della (18) a su marido en dote;

derecho español no podrá hacerse la referida disminucion, porque huele á donacion, y está prohibido á los cónyuges el hacerse donaciones durante el matrimonio; del mismo modo que, durante este, tampoco puede pagarse la dote á tenor de la l. 1. C. *si const. matrim. dos solut. fuer.* V. Bald. nov. d. trat. fol. 31. col. 2. vers. *nonum privilegium*, y Alex. á la l. 2. pr. col. 2. D. *solut. matrim.* Por lo demas, la glos. y los DD. se esfuerzan estraordinariamente en conciliar d. l. 19. vers. antes citado con la l. única C. *si const. matre dos solut. fuer.*, sin que sea, empero, satisfactorio ninguno de los medios de que se valen al efecto. — * La circunstancia de haberse omitido en la presente ley la permision consignada en el derecho comun de disminuir ó reducir los cónyuges durante el matrimonio, lo que recíprocamente se hubiesen donado ó prometido por via de *arras* y de dote, podria ser en efecto un motivo para creer que los compiladores de las Partidas tuvieron la intencion de desechar en esa parte lo que establecia la citada ley 19. del código romano, ya que la adoptaron en todo lo demas, si hubiese por otro lado alguna razon en que semejante intencion pudiese apoyarse: mas no nos parece plausible la esplicacion que da Gregorio Lopez, suponiendo que se quiso prohibir la indicada reduccion de la dote y *arras*, por habérsela equiparado á una donacion entre cónyuges; pues, tratándose de las reducciones que se hagan simultáneamente y en igual valor ó cantidad de lo aportado por la muger al marido y de lo donado por el marido á la muger, única cosa que permitia el derecho comun, esa idea de reciprocidad escluye necesariamente la idea de donacion, ó hace á lo menos que, si la hay, sea de aquellas por las cuales no se hace mas rico el donatario ni mas pobre el donador, y que estan permitidas espresamente á los cónyuges por derecho comun y por el de Partidas. Por esto se permite en la presente ley al marido *crescer la donacion a la muger, e a la muger la dote al marido.... egualmente.... despues que el matrimonio fue acabado....* y por igualdad de razon parece debia permitirse tambien que se redujesen ó disminuyesen recíprocamente la dote y *arras*; pudiendo creerse que el no haberse asi espresamente permitido, no fue por querer apartarse deliberadamente de lo dispuesto en el derecho comun, sino por una de las omisiones involuntarias que padecieron los compiladores de las Partidas aun en aquello mismo en que querian amoldarse á la legislacion romana que habian tomado por modelo. V. la adic. á la nota 28.

(17) Sin que se atienda para calificar la dote de profecticia á la circunstancia de hallarse la hija constituida bajo la potestad del padre ó del abuelo, ó emancipada, l. 5. §§. 11. y ult. D. *de jur. dot.* V. lo anotado por la glos. á la l. 6. C. d. tit., y Azon allí *in summa* col. 2.; de suerte que, genéricamente hablando, en uno y otro caso se dice la dote profecticia; pero en rigor y para el efecto de quedar establecida la comunion de accion entre el padre y la hija respecto de la dote se requiere el derecho de la patria potestad, como lo declara Bald. á d. l. 6. col. 2. Nótese, empero, que la dote que da el padre á la hija por sus buenos servicios se entiende ser adventicia y nó profecticia, segun la glos. á la l. 13. C. *de collation.*, y á la autent. *unde si parens*, C. *de inoff. testam.*, y véas. á Jason declarando en iguales términos dicho texto á la l. 4. C. *de collation.*, col. 2.; y en el mismo sentido genérico, segun se ha dicho, se llama tambien profecticia la dote que da á la hija un estraño por contemplacion del padre, Alex., á quien puede verse, consil. 179. vol. 5.: y conviene tener presente lo que acaba de indicarse, para aplicarlo á los casos en que la dote debe llevarse á colacion por las hijas, ó ser imputada á las mismas en pago de sus legítimas.

(18) A tenor de lo declarado en nuestra ley aqui, puede adoptarse una buena práctica para el caso en que el padre sea deudor á la hija, ó retenga, por ejemplo, en su poder los bienes que esta hubiese heredado de su madre difunta: en tales casos no es verdaderamente el padre quien dota á la hija, ni conviene que asi se esprese, ni que el padre diga que paga la dote por aquella; pues, haciéndolo asi, aunque se esprese en general que el padre dota á la hija de los bienes maternos, de nada le aprovechará, segun respecto de un caso análogo se dispone en la l. ult. C. *de dot. pro-*

maguer pagasse el padre tal dote como esta de sus bienes propios, non seria por esso llamada profecticia, mas aduenticia. E esto es, porque non gela da assi como padre, mas assi como gela daria otro estraño. Esso mismo seria, si algun otro diesse al padre alguna cosa, que diesse en dote a su fija; que maguer el padre la diesse al marido della, non seria profecticia, mas aduenticia. Otrosi dezimos, que de donacion, o de arras, que son dos maneras. La vna es, lo que da el marido a la muger, por razon de la dote que recibio della, assi como de suso diximos. La otra es, lo que da el esposo a la esposa francamente, a que dizen en latin sponsalitia largitas, que quier tanto dezir, como donadio de esposo: e este donadio se da, ante que el matrimonio sea acabado por palabras de presente. Otra manera es de donacion, que faze el marido a la muger, e la muger al marido, despues que el matrimonio es acabado: e atal donacion como esta defienden las leyes, que non se faga. E la natura de cada vna destas donaciones se muestra en las leyes deste Titulo.

LEY 3. *De la donacion que faze el esposo a la esposa, o ella a el, assi como de joyas, o de otras cosas.*

Sponsalitia largitas en latin, tanto quiere dezir en romance, como don (19) que da el esposo a la esposa, o ella a el, francamente sin condicion, ante quel matrimonio sea cumplido por palabras (20) de presente. E como quier que tal don como este se diesse sin condicion, pero siempre se entiende quel deue tornar aquel quel recibe, si por su culpa (21) finca, que el matrimonio non se cumpla. Mas si por auentura acaesciesse (*b*)

(*b*) que el matrimonio non se compliese Acad.

miss. Ang. y Bald. allí, Jas. á la l. 1. col. 6. D. *solut. matrim.*, y Palac. Rub. al cap. *per vestras*, col. 282., acerca de lo cual hay varias opiniones; y asi para evitar dificultades, convendrá adoptar la recomendable práctica sobre indicada, de modo que no se diga ser el padre, sino la hija quien constituye la dote, espresándose que si aquel paga, lo hace por voluntad y encargo de esta con los bienes de la misma ó con las cantidades de que le es deudor. Por lo demas, lo dispuesto en esta ley de Partida se ha tomado de la l. 5. §. 11. D. *de jur. dot.*, y de lo dicho por Azon *in summa* C. d. tit., pudiendo verse á propósito de lo espuesto aqui el texto notable de la l. 82. D. *de jur. dot.*, con lo anotado á la ley próx. antec., nota 7.

(19) Y sobre si, en caso de duda, se presumirá donada la propiedad de las cosas que asi se hubieren regalado, ó tan solo concedido el uso de ellas, véas. lo anotado por Bart. á la l. 1. §. 15. D. *de collat. bon.*, col. 4., Bald. á la autent. *ex testamento*, col. 5. vers. *duodecimum*, C. *de collat.*, y estensamente Palac. Rub. en su repeticion á la rubr. d. tit. num. 10. y siguientes; pudiendo verse tambien en las decisiones napolitanas la decis. 315., y añad. Alber. y Ang. á la l. 5. §. 10. D. *commod.*, y l. 2. hácia el fin tit. 2. Part. 5. — * V. lo anotado allí (nota 12.) y lo que se ha dicho en la adic. á la nota 7. del presente tit. acerca de lo dispuesto en la l. 3. tit. 3. lib. 10. Nov. Recop., que es la 52. de *Toro*, aunque en algunas ediciones de la Novísima, se dice ser la 54.

(20) Asi, pues, por derecho de Partidas la donacion esponsalicia hecha por el esposo á la esposa, al celebrarse el matrimonio de presente, no era válida, aunque fuese hecha antes de haber entrado esta última á la casa del esposo; lo mismo que se habia establecido por derecho comun en la l. penult. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, á tenor de la cual sostiene la propia opinion Juan de Imol. á la l. 49. D. *solut. matrim.*, separándose en esta parte de la que el mismo en sentido contrario habia sostenido á la l. 44. §. 1. D. d. tit.; siendo aquella en efecto la mas recibida por derecho comun, segun afirma Socin. consil. 123. vol. 1. que empieza, *supra scripti*; bien que Azon *in summa* C. *de donat. ant. nupt.*, pretende, aunque nó decididamente, que deberá tenerse por válida la referida donacion hecha de presente por el esposo á la esposa, y lo funda en el texto del §. 1. de d. l. pen., cuya doctrina es hoy aprobada por derecho español, segun es de ver en la l. 52. de *Toro*. — * D. l. de *Toro* (ó la l. 3. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.) parece presuponer en efecto, que son válidas las donaciones esponsalicias, aunque hechas despues de contraido el matrimonio ó los esponsales de presente; pues, al aplicar á semejantes donaciones lo que acerca de ellas estaba dispuesto por derecho comun, ó sea que adquiriese la muger la mitad de ellas aun no celebrándose el matrimonio, si hubiese recibido el ósculo, ó que las lucrase en su totalidad si dejase de celebrarse aquel por culpa del esposo donador, empieza dicha l. 52. con estas palabras: «Qualquier esposa *ora sea de presente*, ora sea de futuro etc.»

(21) Conc. l. 15. C. *de donat. ant. nupt.*

que non se cumpliesse, muriendo ante alguno dellos; en tal caso como este ha departimiento. Ca si se muriere el esposo, que fizo el don, ante que besasse la esposa (22), deue ser tornada la cosa quel fue dada, por tal donadio como este, a sus herederos del finado. Mas si la ouiesse besado (23), non les deue tornar, saluo la metad (24), e la otra metad deue fincar a la esposa. E si acaesciesse, que la esposa fiziesse don a su esposo, que es cosa que pocas vegadas auiene, porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas (25), e auariciosas; e si muriesse ella, ante que el matrimonio fuesse acabado; estonce en tal caso como este, quier sean besados, o non, deue tornar la cosa dada, a los herederos de la esposa. E la razon por que se mouieron los Sabios antiguos, en dar departido juyzio sobre estos donadios, es esta (26): porque la desposada da el beso a su esposo; e non se entiende que lo recibe del. Otrosi, quando recibe el esposo el beso, ha ende plazer, e es alegre, e la esposa finca enuergonçada.

LEY 4. *Quales donaciones non valen, que el marido e la muger fazen entre si, despues quel matrimonio fuere acabado, e en que manera se pueden desfazer.*

Durando el matrimonio, fazen a las vegadas donaciones, el marido a la muger, o ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno vno con otro. E tales donaciones como estas son defendidas (27), que las non fagan, porque

(22) Conc. l. 16. C. d. tit.

(23) Y si el matrimonio llega á consumarse corporalmente, lucra entonces la esposa el total de las cosas donadas, segun d. l. de *Toro:* pero si aquellas cosas que se suelen donar de presente y antes de celebrarse el casamiento, se donasen despues de consumado el matrimonio, no las adquiriria la esposa, segun *à sensu contrario* se infiere de la misma ley, y lo opina la glos. allí; debiendo decirse lo mismo en el caso de haberse hecho dichas donaciones despues de entrada la novia en la casa del novio, porque por el mero hecho de haber entrado se presume que ha intervenido cópula, segun la misma glos. allí, confirmándose lo dicho por lo que se lee en el cap. *litteris*, 12. *de præsumpt.*, y en la l. 15. D. *de condit. et demonstr.*, y l. 5. y sig. D. *de rit. nupt.*, y añad. Azon lug. citado.

(24) Lo mismo seria si la esposa entrase en religion despues de haber intervenido ósculo, véase Corne. cons. 228. vol. 1.

(25) Añad. l. 33. §. 1. D. *de don. int. vir. et uxor.*, y l. 4. D. *ad Vellejan.*

(26) Asi se lee en Azon que fue el primero en señalar la razon indicada, *in summa* C. *de don. ant. nupt.*, y glos. á d. l. 16. C. d. tit., donde lo funda Cyn. en otra razon distinta.

(27) Conc. ll. 1., 2. y 3. D. *de don. int. vir. et uxor.*: y, en órden á las donaciones de que aqui se trata, puede verse latísimamente á Palac. Rub. en su elegante repetic. rubr. versic. *sunt et aliæ*, col. 18., en donde dilucida muy por estenso la materia, y señala cuatro casos en que debe entenderse ampliada la disposicion de la presente ley, y siete en que dice deber entendérsela con alguna limitacion: y sobre lo que dice el mismo acerca de la tercera de las indicadas limitaciones, ó sea, acerca de la cuestion de si semejantes donaciones se confirman por el juramento, añad. Bald. nov. trat. *de dote*, *charta* 49. col. 3., y Dec. consil. 202. y 232., con Alex. consil. 157. vol. 2., en donde afirma ser comun opinion la de que quedan aquellas confirmadas por el juramento, sin que, cuando interviene este, haya de esperarse para su confirmacion la muerte del marido. Debe notarse aqui que, á pesar de estar prohibido á los cónyuges hacerse donaciones, pueden, empero, celebrar entre sí lícitamente todos los demas contratos, lo mismo que pueden hacerlo con cualquier estraño, Alex. consil. 86. vol. 5., donde alega á este propósito varios textos muy conducentes respecto de los contratos de depósito, sociedad universal, compra y venta, mutuo y peño. V. al mismo allí, y añad. la notable especie de Bald. á la l. 20. C. *de jur. dot.*, ó sea, que si la consorte dejase consumir por avaricia los frutos de que le hubiese hecho donacion el marido, y este los consumiese pródigamente, no podria despues repetirlos el donador, ya porque no resultaria haberse hecho mas pobre, ya tambien porque de todos modos hubieran debido consumirse en su misma casa; especie que dudo mucho sea verdadera, mayormente cuando Bald. ninguna razon alega que la justifique, bien que por la autoridad de este jurisconsulto merece tenerse presente: V. tambien esplicada por el mismo allí la razon de diferencia por la cual la consorte hace suyos los frutos que percibiere de las cosas donadas á la misma por su marido, [ó lo que es igual, vale la donacion en cuanto á los frutos percibidos por la donataria] segun la l. 17. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, y no obstante no adquiere los frutos de que el propio marido le haga dona-

non se engañen, despojandose el vno al otro, por amor que han de consuno: e porque el que fuesse escasso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. E porende, si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer (28), si el vno se

cion, cuando se la hiciere de ellos principalmente. [La razon de esta disposicion, que segun la l. 45. D. *de usur.*, debe entenderse limitada á los frutos industriales ó á los que el donatario *suis operis adquisierit* de la cosa donada, consiste sin duda en que semejantes frutos no pueden en rigor considerarse adquiridos por el título lucrativo de la donacion, ya que para producirlos y llegarlos á percibir habrá sido necesario emplear el trabajo, y por consiguiente no se habrá hecho por ellos mas rico el donatario, ó si en realidad se hubiere enriquecido, no será por efecto directo é inmediato de la donacion, sino de los gastos y trabajos invertidos en hacer productiva la cosa donada; por cual razon se sostienen las donaciones del marido á la muger en cuanto á los frutos, aunque *ex eis uxor locupletata sit*, d. l. 17. Ahora, dicha razon no es aplicable á los frutos ya pendientes de una cosa de los que el marido hubiera hecho donacion á la muger, y por lo mismo dicha donacion no tiene efecto: y decimos frutos ya pendientes, por ser claro que los haria suyos la muger si el marido se los hubiere donado en esperanza, ó, por mejor decir, si le hubiese hecho donacion del derecho de sembrar y cultivar una finca para que hiciese suyos los frutos que naciesen de la misma, los cuales evidentemente se hallarian en el mismo caso que los percibidos por la muger de la cosa ó finca que se le hubiese simplemente donado.] Añádase, por lo demas, á lo dicho, que los consortes bien pueden hacerse lícitamente donaciones, con tal que estas sean recíprocas, Bald. á la l. *si pater*, [será la 12.] C. *de inoff. testam.*

(28) En tanto, que no nace de ellas obligacion natural siquiera, Bart. á la l. 18. pr. y Alex. allí col. 3. D. *de adquir. poss.* — * Es digno de notarse, empero, que por nuestras antiguas leyes no estaba igualmente prohibido á los cónyuges hacerse donaciones aunque no fuesen recíprocas; antes se les permitia espresamente el donar el uno al otro lo que quisieran, sin otra limitacion ni formalidad que las establecidas para las demas donaciones en general, y en particular la de haber de otorgarlas por escrito ante dos ó tres testigos, l. 7. tit. 2. lib. 5. Fuero Juzgo: mas adelante se restringió aquella facultad, y se prohibió á los cónyuges hacerse donaciones durante el primer año del matrimonio; pero se les autorizó para hacerlas pasado dicho término, ll. 3. y 9. tit. 12. lib. 3. Fuero Real. Y esto es lo que en rigor deberia observarse, atendido que no estando derogado por otras leyes posteriores, no pudiera considerarse que lo estuviese por las de Partida, las que, como es sabido, ninguna fuerza tienen cuando se hallan en oposicion con los antiguos Fueros. Con todo, el derecho de Partidas es el que en esta parte se ha considerado y se considera vigente, sin duda por lo grave y poderoso de los motivos en que, como el derecho comun, habia fundado aquel la citada prohibicion de las donaciones entre cónyuges. De estrañar es, sin embargo, que al partir todos nuestros intérpretes de ese principio, y al conceder semejante preferencia á las leyes de Partidas sobre las del Fuero Real, lo hayan hecho sencillamente y como una cosa natural, sin dar razon alguna que legitimase semejante conducta. Como quiera, puede decirse que está hoy universalmente admitida en España la absoluta prohibicion de las donaciones entre cónyuges, permitiéndoselas tan solo en el caso de ser recíprocas y de no hacerse por ellas mas pobre el donador, ó el donatario mas rico, todo en los términos en que lo establecen las leyes del presente título. Mas aun suponiendo admitido este principio, es menester proceder con mucho cuidado al hacer aplicacion de él, porque podria inducir á error el aplicarlo indistintamente y sin tener en cuenta otras importantes diferencias entre lo dispuesto por los antiguos Fueros y aun por derecho novísimo, y lo que lo estaba por las leyes de Partidas. Asi se declara en la l. 1. del presente título que equivale á una donacion recíproca, y por consiguiente debe tenerse por acto lícito y válido el de aumentarse ó disminuirse los cónyuges en igual proporcion y durante el matrimonio la dote y la donacion *propter nuptias* que respectivamente se hubiesen constituido y otorgado: pero esto que por derecho de Partidas es lógico y consecuente, no podria admitirse para el efecto de poderse tambien aumentar y disminuir, durante el matrimonio, las dotes y las *arras* respectivas, por cuanto las *arras* por derecho español, segun se ha dicho en la adic. á la nota 7., pasan irrevocablemente al dominio y libre disposicion de la muger; y no sucediendo, como no sucede, lo mismo con la dote, la cual en todo caso queda sujeta á restitucion, se sigue de aqui que nunca puede haber perfecta reciprocidad, ó en otros términos, que siempre se hará mas pobre el marido y la muger mas rica con el aumento de las *arras*, por mas que simultáneamente aumente aquella la dote.

fiziere por ello mas rico (29), e el otro mas pobre (30); fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la reuocasse (31), nin la desfiziesse en su vida (32): ca estonce fincaria valedera. Mas si reuocasse la donacion en su vida el que la fiziesse, diziendo señalada-

(29) Segun la l. 5. §. 8. y l. 7. §. 5. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, l. 45. d. tit., y añad. Juan Lob. de Palac. en su citada repet. fol. 215. versic. *requiritur etiam*: y requiérese que la consorte sea eñ efecto mas rica al tiempo de la muerte del marido; de suerte que, si habiéndosele hecho donacion de ciento, resultase haber aquella consumido 50, solo deberian restituirse los 50 restantes; pero á la restitucion de estos estaria obligado el heredero de la consorte, aunque él los hubiese consumido, porque por la consuncion de lo donado puede perjudicar al marido su consorte, nó el heredero de esta, l. 15. §. 5., y Paul. de Castr. allí D. *ad leg. Falcid.*, y véas. l. 7. pr. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, en la que se indica tambien que para decidir si la consorte se ha hecho ó nó mas rica, debe atenderse al tiempo de la contestacion del pleito, [y nó al de hallarse ya ejecutoriada la sentencia revocatoria de la donacion.]

(30) Declárase esto en las ll. 5. y 6. de este mismo tit., y en la l. 5. §§. 13. y 15. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, á tenor de la cual opina Socin. consil. 114. vol. 1., que el marido puede renunciar al pacto ó estipulacion de lucrar la dote, ó al estatuto en que se le adjudique dicho lucro: véás. lo anotado por el citado Juan de Palac. Rub. d. repet. §. *sunt et aliæ*, limitacion 3ª

(31) Pues si, despues de haberla revocado, volviese á aprobarla de nuevo, no se tendria por revocada; antes bien se confirmaria por la muerte del donador, porque en este particular debe atenderse á la intencion ó voluntad últimamente manifestada, l. 32. §§. 2. y 3. D. *de donat. inter vir. et uxor.*.

(32) Pues, no siendo revocada, se la entiende confirmada por la muerte, segun se declara aqui y en la l. 25. C. *de donat. int. vir. et uxor.*, y d. l. 32. §§. 1. y 2. D. d. tit. Debe, empero, advertirse, que se requiere la tradicion de las cosas donadas para que se entienda la donacion asi confirmada por la muerte, no bastando que se la haya otorgado simplemente, sino que se haya hecho entrega al tiempo de la otorgacion ó despues de ella y en vida del cónyuge donante, l. 23. D. d. tit. arg. l. 2. C. *si quis alt. vel sibi*; y lo mismo observa Bald. al cap. 2. hácia el fin *de feud. dat. in vim leg. comm.*, donde puede verse al adicionador, sosteniendo que bastaria para dicho efecto la tradicion fingida por medio de las cláusulas de constituto ó precario: y añad. la glos. y Bart. á la l. 2. C. *de dot. caut. non num.*, y á Dec. consil. 296. col. 1. princ. donde, dando otras razones, concluye tambien que basta la tradicion fingida; y añad. finalmente á Jason á la l. 21. D. *de verb. obligat.*, col. 3. Por lo demas, confírmanse dichas donaciones por la muerte, aunque esta sea violenta ó provenga de alguna fortúita desgracia, l. 11. y Bald. allí C. *de don. ant. nupt.*: y sobre si se entenderán tambien confirmadas por la muerte civil, véas. al mismo á la l. 8. col. 9. vers. *quæro quidem*, C. *de exec. rei judic.*, donde opina por la afirmativa, al efecto de evitar asi que el fisco se apodere de las cosas donadas; bien que el donador muerto civilmente podrá, dice, durante su vida natural, revocar la donacion, y lo funda en el texto que califica de singular de la l. 13. D. *de don. inter vir. et uxor.*, y en el de la l. 24. C. d. tit. que observa ser análogo al primero; añadiendo la notable especie de que si en el caso propuesto revocare en efecto la donacion el marido, se harán del mismo las cosas donadas, y no pertenecerán al fisco, por no haber podido ser comprendidas en la confiscacion, l. 7. D. *de legat.* 3.; de cuya especie, como muy singular, hace mencion Jas. á la l. 76. §. 1. hácia el fin col. 2. D. *de verb. oblig.* Acerca de si las donaciones confirmadas por la muerte necesitan de insinuacion, véas. dicha l. 25. C. d. tit. [en la cual se declara que es necesaria la espresada insinuacion para que las donaciones entre cónyuges, escediendo la tasa de la ley, se entiendan tácitamente confirmadas por el mero hecho de no haberlas revocado el donador; pero que no deben ser insinuadas para que produzcan efecto siempre que el cónyuge donador en última voluntad las hubiere espresamente ratificado ó confirmado.] y Bald. á la l. ult. C. *de usuc. pro donat.*: y debe notarse que, en virtud de semejante confirmacion, se retrotraen los efectos de las donaciones confirmadas al tiempo de su respectiva otorgacion en cuanto á la adquisicion de los frutos, pero nó en cuanto á la del dominio, segun la glos. á d. l. 25., donde se desecha la contraria doctrina de las demas glosas á la l. 68. D. *de legat.* 2., y l. 16. D. *de solut.*, desechada tambien por Bart. á d. l. 68., donde observa que la singularidad de lo declarado en ella consiste, nó en que se retrotraigan los efectos de las espresadas donaciones en cuanto á la adquisicion del dominio, sino en cuanto, al tiempo de morir el donador, se consideran las cosas donadas fuera de los bienes, y no se ha de esperar que el heredero de

mente: Tal donacion como esta, que fize a mi muger, non quiero que valga; o si callasse non diziendo nada, e la diesse despues (33) a otro, o la vendiesse; o si muriesse aquel (34) que rescibiera la donacion, ante de aquel que la fizo; desatarse y e por qualquier destas razones la donacion primera.

LEY 5. *Por que razones valen las donaciones que el marido, et la muger se fazen vno a otro.*

Casos y a, e razones, en que valdria el donadio que fiziesse el marido a la muger, o ella al marido, durando el matrimonio. E esto podria acaescer en dos maneras. La vna es, assi como quando el que da la donacion, non se faze por ella mas pobre, e aquel a quien la da, se faze por ella mas rico. E esto seria, como si algun (35) ome, o muger, fiziesse su heredero algun ome casado, diziendo assi: Yo fago mi heredero a tal ome (nombrandole señaladamente), e mando, que quando el finare, que este heredamiento quel yo do, que finque a su muger. Ca si el marido della, ante que entrasse en tenencia de aquella heredad, la diesse a su muger, valdria tal donacion. E esto es, porque non seria el porende mas pobre; pues que non era avn en tenencia del heredamiento, e non se

aquel haya adido la herencia para que la donacion quede confirmada: siendo tan cierto que la retroaccion no se refiere á la adquisicion del dominio, como que, para el efecto de usucapirse las cosas donadas, no se atiende al tiempo de su entrega, sino al de la confirmacion, segun Bald. á d. l. ult. C. *de usuc. pro don.* Paul. de Castr. á la l. 1. §. 1. D. *pro donat.*, y Ang. allí. Y nótese por último, que semejantes donaciones confirmadas por la muerte constituyen una especie singular distinta de la simple donacion, del legado y de lo dejado por testamento, segun Bart. á d. l. 68., y Alex. consil. 26. vol. 2., pues, como antes he observado, no se requiere que la herencia del donador haya sido adida para que tenga lugar la espresada confirmacion; véas. tambien á Bald. á la l. 1. C. *de donat. inter vir. et uxor.*

(33) Añad. cap. ult. *de donat. inter vir. et uxor.*, l. 12. C. d. tit., y Azon *in summa* col. 6. vers. *revocatur*, donde propone el caso de que el cónyuge donador hubiese dado en peño las cosas donadas, y véas. Bart. á la l. 18. D. *de adim. leg.*, quien distingue en dicho caso entre la dacion en peño ó hipoteca general de todos los bienes, y la especial de las cosas donadas ó alguna de ellas: y añad. Bart., Bald. y DD. á d. l. 12. sosteniendo que, por el hecho de legar el donador las cosas donadas, no se entiende revocada la donacion, porque quedando con la muerte confirmada antes de la adicion de la herencia han debido quedar aquellas cosas fuera del patrimonio del donador, l. 77. §. 17. y Paul. de Castr. allí D. *de legat.* 2., y l. antepen. C. *de donat. inter vir. et uxor.* — * Por derecho comun es sabido que los legados seguian en todo la suerte de la institucion testamentaria hasta el punto de quedar enteramente sin efecto si el heredero instituido no llegaba á adir la herencia; de donde infieren los autores aqui citados por Gregorio Lopez que las donaciones entre cónyuges no se entendian revocadas por el hecho de haberse legado las cosas donadas, toda vez que no debiendo esperar el cónyuge donatario á que fuese adida la herencia para poseer dichas cosas como propias, no podia sostenerse la tácita revocacion en virtud de un acto que aun despues de muerto el donador, no se sabia si tendria efecto y podia muy bien dejar de tenerlo: pero esto no tendria lugar por derecho español, segun el cual, subsistiendo los legados independientemente de la institucion, pasan al dominio del legatario luego de la muerte del testador, sin estar sujeto ese traspaso, como entre los romanos á la condicion resolutoria de «si no llegare á adirse la herencia;» á mas de que, aun por derecho comun no dejaria de ser dudosa la espresada opinion, ya que el haberse legado por el cónyuge donador las cosas donadas no deja de importar por necesidad la voluntad revocatoria de la donacion, y habiendo sido esta manifestada en tiempo hábil, tal vez deberia decirse que produciria su efecto aunque el legado no llegase á tenerlo, y que en consecuencia no podria entenderse confirmada la donacion, por mas que para ello y por punto general no haya de esperar el donatario á que esté adida la herencia del donador.

(34) Añad. l. 18. C. d. tit. y véas. Dec. consil. 240., quien pretende tener asimismo lugar lo dispuesto aqui, aunque la donacion haya sido otorgada con juramento; lo cual, empero, tengo por muy dudoso, y parece inclinarse á la contraria opinion Bald. nov. trat. *de dot.*, fol. 49. col. 3.

(35) Conc. l. 5. §§. 13. y 15. D. *de donat. inter vir. et uxor.* Añad. Azon *in summa* C. d. tit. col. 2.: y esos casos en que son válidas las donaciones entre marido y muger constante el matrimonio pueden verse reunidos por Luc. de Pen. á la l. 9. C. *de incol.*

le mengua ninguna cosa del patrimonio que auia ante. Esso mismo seria, si alguno en su testamento mandasse al marido alguna cosa, assi como casa, o viña, o heredad, en la manera sobredicha, e despues la diesse a su muger, ante que fuesse apoderado della. Otro tal seria, si el marido diesse a la muger alguna cosa que non fuesse suya (36): ca valdria la donacion, para poderla ganar la muger por tiempo. Esso mismo seria, ca valdria la donacion que fuesse fecha en alguna otra manera (37) semejante destas entrel marido, e la muger.

(36) Conc. l. 25. D. *de donat. inter vir. et uxor.* — * Es decir, que valdrá semejante donacion de cosa agena para el efecto único que puede producir, ó sea el de quedar por ella la muger donataria constituida en la condicion de usucapir, d. l. 25.

(37) Fácilmente pueden discurrirse los casos análogos á que se refiere nuestra ley aqui, y véanse varios ejemplos de ellos en Azon lugar citado; pudiendo tambien inferirse otros de las especies contenidas en las ll. 5. §. 8., 7. §. 5. D. d. tit. y l. 10. C. d. tit., bien que mejor se refieren estas á los casos prevenidos en la l. prox. sig., y asi con mas propiedad puede referirse á la presente el de que habla la l. 31. §. 7. D. d. tit. Infiérese, por lo demas, de esta nuestra ley de Partida y de las citadas del derecho comun, que, renunciando la muger, aunque durante el matrimonio, á los gananciales que por su parte podria adquirir, es válida semejante renuncia, por mas que esten prohibidas las mutuas donaciones entre cónyuges; como asi, fundándose en los mencionados textos, encuentro haberlo declarado la Rota en la 842ª de sus antiguas decisiones; y á la misma opinion se inclina Rodrigo Suarez en su comentario á la l. 1. tit. *de las ganancias*, 3. lib. 3. del Fuero de las leyes, citando la decision de la Rota en la primera escepcion de lo dispuesto en aquella ley. Favorece esta misma doctrina la regla establecida en la l. 27. §. 2. D. *de pact.*, esto es, que sin dificultad pueden los gananciales volver á adquirirse en su totalidad para el marido, toda vez que por derecho comun ya íntegramente le pertenecian, l. 56. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, y l. 6. C. d. tit. Añádase lo que, á tenor de las citadas leyes sostiene Socin. vol. 1. consil. 114. que empieza, *viso testamento dominæ Marianæ*, ó sea, que es válida la renuncia hecha por el marido al pacto ó estipulacion de lucrar la dote, por cuanto nada viene á donar con ella de su propio patrimonio, sino que renuncia tan solo á unas ganancias ó lucro que hubiera podido adquirir, arg. l. ult. hácia el fin C. *de codicill.*, y l. 6. pr. D. *quæ in fraud. credit.*, pues en tanto se considera haber verdadera donacion entre marido y muger, en cuanto por ella se desprende uno á favor de otro de una cosa ó dominio que ya tenia adquirido, Bald. á la l. 19. col. 3. C. *de sacros. Eccles.* Paréceme, no obstante, que semejante opinion podria ser exacta respecto de la renuncia que hiciese la muger al tiempo de contraerse el matrimonio y antes de haber entrado en la casa del marido: mas, otorgándose la renuncia despues de la consumacion, creeria mas bien que seria ilícita y nula por muchas razones: primera, porque la validez y eficacia de semejantes actos daria fácilmente ocasion á perfidias y disensiones entre los cónyuges, siempre que uno de ellos quisiese obtener á su favor aquellas renuncias y se resistiese el otro, disensiones que detesta el derecho, segun las ll. 1. y 2. D. *ne fidej. dot. dent.*; segundo, por ser innegable que el consorte tiene autorizada y legítimamente adquirida por la misma disposicion de la ley la esperanza de lucrar los gananciales, y el renunciar á esta esperanza equivale por lo tanto á donar un derecho ya adquirido y radicado en la persona del propio renunciante, l. 3. y otras D. *de donat.*; tercero, porque, á ser cierta esta doctrina, deberíamos decir tambien por igualdad de razon que el marido puede válidamente renunciar á sus gananciales, para que estos se adquiriesen en su totalidad para la muger, lo que sin embargo fuera notoriamente inícuo y absurdo, pues procediendo dichos lucros ó ganancias como proceden, del trabajo é industria del marido, se haria este mas pobre si perdiese dicho trabajo ó industria, á la cual se tiene principalmente en consideracion respecto de dichos gananciales, arg. l. 29. §. 1. D. *pro soc.*, §. 2. Instit. *de societ.*, y l. 4. tit. 10. Part. 5ª Muéveme tambien á pensar asi la grande consideracion que, respecto de los gananciales, se tiene al trabajo ó cooperacion de la muger, en cuanto esta se dedica á la economía y conservacion de lo

LEY 6. *De que cosas podrian fazer donacion el marido, e la muger, vno a otro; maguer el matrimonio fuesse acabado.*

Empobresciendo el que fiziesse la donacion, por razon della, e non enriquesciendo mas por ella aquel a quien la diessen, es la otra manera, de que fizimos emiente en la ley ante desta, que valdria la donacion que fiziesse el marido a la muger, o el vno al otro, durando el matrimonio. E esto seria, como si vno dixiesse al otro, quel daua

alguna sepultura (38) suya, en que se soterrasse, ol diesse, ol comprasse logar en que la fiziesse; ol diesse heredad alguna, en que fiziesse alguna Eglesia, o Monasterio; ol diesse renta de alguna heredad, o dineros, o otra cosa, quel diesse por luminaria a alguna Eglesia: tales donaciones como estas, o otras semejantes dellas, deuen valer, porque aquel a quien las dan, non se aprouecha dellas en su vida; otrosi, porque son dadas en manera que se torna en seruicio de Dios.

LEY 7. *Que las donaciones, e las dotes, que son fechas por razon de Casamientos, deuen ser en poder del marido, para guardarlas, e aliñarlas.*

En possession (39) deue meter el marido a la muger, de la donacion quel faze; e otrosi la muger al marido, de la dote quel da;

adquirido, pues no menos apreciable que el adquirir es el ahorrar los caudales, educar los hijos y gobernar la familia, segun observa, bien que á otro propósito, Rodrigo Suarez á d. l. 1. tit. 3. lib. 3. del *Fuero;* cuarto, porque, á pesar de haber opiniones sobre si la muger puede contratar con el marido, porque por el hecho mismo de contratar con ella, parece que presta este su consentimiento, segun lo anotado por Bart. á la l. 77. §. 27. D. *de legat.* 2., y por el Abad al cap. *cum in veteri*, col. 3. *de elect.*, sin embargo, no deja de ofrecer esto bastante dificultad, si se considera que el marido, al dar licencia á la muger para contratar, ejerce un acto en cierto modo de autoridad que no le es dado ejercer en negocios propios, l. 1. y Bart. allí *de auctor. tut.*, y véase Bald. á la l. 35. §. 1. C. *de inof. testam.*, donde dice que á las hijas, si por estatuto particular no pueden contratar sin el consentimiento de sus padres, no pueden estos otorgárselo para que contraten con ellos mismos; á mas de que, al prescribir las leyes que la muger para contratar necesite licencia de su marido, no lo han hecho en beneficio de este último, segun Bald. á la l. 1. C. *und. vir et uxor.*, sino por la debilidad de la muger, y para que por efecto de esta misma debilidad no resulte perjudicada, arg. l. 20. C. *de donat. ant. nupt.*, y Luis Rom. á la l. 3. C. *de collat.*, col. 6., en cuya atencion seria duro é inicuo que se la permitiese contratar con el marido: quinto, porque los textos antes citados y que se alegan en favor de la opinion contraria se refieren á un caso muy distinto, esto es, al en que no se trate de derechos ya radicados en la persona del cónyuge renunciante, y por tanto no puede decirse lo mismo en el caso de tratarse, como se trata respecto de los gananciales, de esperanzas ó derechos legítimamente adquiridos, arg. l. 3. hácia el fin y l. sig. D. *de don. int. vir. et uxor.* Sin que obste á lo dicho el que de semejantes renuncias no siempre resulta una pérdida al que las hace, antes puede renunciar un beneficio, en cuanto la muger, renunciando á los gananciales, no está obligada por las deudas del marido, segun lo indica el propio Rodrigo Suar. á d. l. 1. limitacion 1ª, y lo arguye la l. 12. C. *de inoff. test.;* porque para librarse de aquella responsabilidad le queda de todos modos á la muger el medio de renunciar á los gananciales despues de disuelto el matrimonio, sin necesidad de que lo haga antes y en vida del marido, de lo cual siempre le resulta un daño abdicándose de un derecho adquirido. Hace á este mismo propósito lo anotado por Dec. á la l. 11. C. *de transact.*, y parece ser esta en efecto la mas probable opinion, por mas que haya dicho en contrario el citado Palacios en d. repet. á la rubr. *de donat. inter vir. et uxor.*, col. 211. y sigs. de la edicion que yo tengo á la vista, pudiendo verse tambien en confirmacion de lo dicho lo que se lee en Francisc. de Rip. á la l. 8. cuest. 11. C. *de revoc. don.*, (aunque tal vez algo dudoso respecto del caso de d. l., á que él pretende aplicarlo, segun Cárlos Molin. en su comentar. á las costumbres parisienses §. 1. glos. 3. col. 8.) esto es, que la renuncia de un derecho se reputa una verdadera donacion, siempre que el tal derecho renunciado, aunque nó efectivo de presente, esté, empero, radicado ya y se tenga una esperanza cierta ó probable de llegarlo á disfrutar; de donde infiere que semejante renuncia debe entenderse ser prohibida por la disposicion de d. l. 8.

(38) Añad. l. 5. §. 8. y l. 34. D. *de donat. inter vir. et uxor.*, y Azon *in summa* lugar antes citado.

(39) Pues la donacion *propter nuptias* debe hacerse de modo que el marido ponga á la muger en posesion de las cosas donadas, con lo cual se aprueba aquí la opinion de Azon *in summa C. de don. ant. nupt.*, porque debe transferirle á aquella el dominio de tal manera que pueda la muger revindicar dichas cosas, segun la autent. *permissa*, C. *de donat. ant. nupt.*, y autent. *donationem*, C. *de jur. dot.*, con lo dicho mas arriba á la l. 1. de este tit.; de suerte que, aun cuando no se entregue la posesion á la muger, se le da, sin embargo, la accion útil *in rem*, como dicen la glos., Salic. y DD. á d. autent. *donationem.*

e como quier quel vno meta al otro en tenencia dello, todavia el marido deue ser señor (40), e poderoso de todo esto sobredicho, e de rescebir los frutos de todo comunalmente, tambien de lo que da la muger, como de lo que da el marido para gouernar a si mismo, e a su muger, e a su compaña; e para mantener, e guardar el matrimonio bien, e lealmente. Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enajenar (41), nin malmeter, mientra que durare el matrimonio, la donacion que el dio a la muger, nin la dote que (c) recibio della; fueras ende, si la diere apreciada (42). E esto deue ser guardado, por esta razon: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque a cada vno dellos libre, e quito (43) lo suyo, para fazer dello lo que quisiesse (44); o a sus herederos, si se departiesse el matrimonio por muerte.

LEY 8. *Quien deue dar las dotes.*

Establescidas pueden ser las dotes en maneras muchas: ca tales y a, que las establescen de su voluntad; assi como la muger, que la puede dar por si misma a su marido, o otro qualquier (45) que la de en esta manera en nome della. E otros y ha, que son te-

(c) rescebiese della Acad.

(40) Esto es, respecto de la administracion, conservacion y percepcion de los frutos, como se añade en seguida en esta misma ley, y con esto se aprueba la opinion de Azon lugar antes citado, á pesar de pretender el doctor Palacios en su citada repetic. cap. *per vestras*, rubr., col. 69. de mi edicion, que la presente ley debe entenderse en otro sentido: véase al mismo allí.

(41) Añad. autent. *sive à me*, C. *ad Vellejan.*, y cap. *pervenit*, 6. *de empt. et vendit.*

(42) Esto es, si la recibió estimada, con la estimacion que causa venta, segun la l. 10. §. 4. D. *de jur. dot.*, y véas. lo anotado á las ll. 18. y 19. de este tit. Entiéndase tambien que lo dispuesto en la presente ley tendrá lugar, cuando la dote haya sido estimada al tiempo de entregársela, nó cuando lo hubiere sido despues, pues entonces de ningun modo causará venta la estimacion, segun Bald., Salic. y Jas. á la l. 11. C. *de pact.*, donde da la razon de esto el mismo Salic.: y del propio modo se requiere que el marido sea solvente en la cantidad en que se haya apreciado la dote, pues, no siéndolo, tampoco causará venta el justiprecio, antes podrá la muger revindicar la cosa dotal, aunque estimada, de cualquiera tercer poseedor, l. 30. pr. C. *de jur. dot.*, Bald. y Salic. á la l. 6. C. *de usufr.*, y Bald. nov. trat. *de dote*, chart. 35. col. 1. pr. ¿Qué dirémos, empero, en el caso de haber recibido la muger el precio de la cosa dotal que se hubiese enagenado? ¿Quedará por este hecho confirmada la enagenacion, aunque la dote no se haya dado estimada? Parece que nó; sino que á tenor de lo anotado por Bald. á la l. 1. C. *sine cens. vel reliq.*, se considerará todavía la cosa como dotal y disfrutará los privilegios de tal, pudiendo la muger reclamarla de cualquiera.

(43) Añad. cap. ult. *de donat. inter vir. et uxor.*: y en órden á si se requiere que haya sido pagada primeramente la dote, para que la donacion *propter nuptias* vuelva al marido, véas. á Bald. despues de Nicol. de Mat. á la autent. *sive à me*, C. *ad Vellejan.*, donde opina por la afirmativa. Véas. tambien á Salic. allí.

(44) Infiérese de estas palabras que nuestras leyes de Partida, cuando hablan de las donaciones *propter nuptias* que en España se llaman *arras*, no entienden hablar de las verdaderas *arras* en el sentido en que las toman hoy las leyes del Fuero; porque aquellas las adquiere la muger y no hacen reversion al marido, antes puede la muger disponer libremente de las mismas, en los términos establecidos en la l. 1. tit. *de las arras* 2. lib. 3. Fuero Real, y segun lo dispone la l. 51. de *Toro* [l. 2. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.]; todo lo cual puede conducir á la cuestion propuesta al anotar la l. 1. de este tit., ó sea la de si pueden constituirse las *arras* durante el matrimonio, aunque no se las haya prometido antes de celebrarse aquel. — * Véans. las adiciones á las notas 7., 13., 14. y 16. de este tit.

(45) En cuyo caso pertenecerá la dote á la muger disuelto el matrimonio, á menos que espresamente haya estipulado la reversion el estraño que se la hubiere constituido, l. 1. §. 13. C. *de rei uxor. act.*, pues, no mediando tal estipulacion, parece haberle hecho donacion de la misma, l. 32. §. 2. D. *de condict. ind.*, y lo mismo deberá decirse si un estraño hubiere prometido la dote á favor de persona incierta, á la cual no esté ligado con afeccion alguna, como en el caso de haberse prometido á alguno dotar á la muger con quien se casase sin saberse aun quien seria esta, l. 108. pr. D. *de verb. oblig.* segun Paul. de Castr. Alex. Aret. y Jas. allí, y añad. l. 30. de este tit. con lo anotado á la misma. Pero si hubiere sido agente ó encargado de los negocios de una muger el estraño que prometió dotarla, se presumirá que la dota con los bienes de la misma, segun los DD. á la l. ult. C. *de dot. promiss.*

nudos de las dar por premia, maguer non quieran; assi como el padre (46), quando casa su fija que tiene en su poder. Ca, quier aya ella algo de lo suyo, o de otra parte, o

sobre la Glos. allí que propuso esa cuestion, V. Salic. allí y Bart. á la l. 41. §. 11. D. *de leg.* 3. ¿Qué se diria, empero, en el caso de hallarse ausente ó encarcelado el padre, ó tal vez detenido fraudulentamente con el objeto de no haber de dotar á su hija? ¿Podria reclamar de aquel lo que diese á esta el estraño que en semejantes circunstancias la dotase? Asi lo opina Bald. Nov. á quien puede verse en su tratad. *de dote*, fol. 9. col. 2. pr.

(46) Conc. l. 19. D. *de rit. nupt.* y l. ult. C. *de dot. prom.* y esta obligacion la tendrá asimismo el padre, aunque la hija sea rica, segun se infiere de d. l. ult. y allí Ang. y Bald. y Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 9. col. 1. versic. *privilegium*, donde amplia el primero todavía esta doctrina y pretende que, aun dotando el padre á su hija en mas de la congruente cantidad, no se presumirá que haya querido hacerlo de los bienes de aquella, sino de los suyos propios; en lo que, observa, que no se equipara la dote con los alimentos, y V. al mismo allí mas estensamente, siendo esta, en efecto, la mas probable opinion, por mas que hayan sostenido lo contrario Bart. á la l. 22. §. 4. D. *ad Trebell.*, y Juan Lob. Palac. en su repetic. cap. *per vestras*, col. 286 de mi edic. (á pesar de que este último habia tambien afirmado y sostenido él mismo la citada opinion en otro lugar, ó sea, en la col. 296) y tambien aparece esta corroborada por las palabras que se leen en nuestra ley aqui *ca quier aya ella algo de lo suyo* etc. Tambien tendrá el padre la misma obligacion de dotar á la hija y se entenderá que lo hace de sus bienes propios, aunque, al dotarla, sea administrador de los bienes de aquella, segun Juan de Imol. y otros á la l. 1. D. *solut. matrim.* en donde trata Socin. de conciliar lo dicho por Bart. á la l. 34. D. *de negot. gest.* quien en esta parte parece haber sido de contraria opinion, en todos aquellos casos en que no está obligado el padre á dotar ó en que no pueda hacerlo; pues hay en efecto algunos casos en que no tiene semejante obligacion, como si la hija es natural ó espúrea y otros, segun los intérpretes modernos á d. l. 1. Lo propio deberá decirse, aunque el padre, al dotar la hija, hubiere protestado que la dotaba no solo de sus propios bienes, sino tambien de los de aquella; pues, esto no obstante, se entenderá que la ha dotado de los suyos propios, en cuanto alcanzaren estos, y solo, en lo que no alcanzaren, de los de la hija, como para cierto caso se declara en d. l. ult. C. *de dot. promis.* donde se aconseja á los padres que, al dotar á sus hijas, no dejen de espresar si lo hacen de sus bienes ó de los de estas ó en qué cantidad respectivamente de unos y otros, allí donde se lee *ne dum effuso se jactet* etc.; sin que pueda inferirse, empero, de ahí que, espresando el padre dotar á la hija de bienes de esta, quede libre de la obligacion de dotarla de los suyos propios á tenor de lo dispuesto en la misma ley: antes queda todavía obligado á hacerlo, aun cuando la hija haya consentido el señalamiento de la dote hecho de sus bienes, y no puede el padre por esta razon pretenderse desobligado: asi lo declara Socin. á la l. 1. D. *solut. matrim.* donde trata esta materia bastante bien y estensamente, y á quien puede verse allí para comprender mejor lo que se ha dicho y el verdadero espíritu de la citada l. ult. Tampoco se librará el padre de la obligacion de dotar á la hija, aunque protestare hacerlo de los bienes de aquella y nó de los suyos; pues, como és la ley la que le impone aquella obligacion, no puede eximirse de ella con semejante protesta: pero de esto último esceptúan Aret. los modernos Senenses y Rip. á d. l. 1. el caso en que la hija hubiese consentido la espresada declaracion del padre. V. á los mismos allí; si bien, respecto de las hijas que se hallasen, al dar su consentimiento, en la patria potestad, y se presumiese por tanto que han podido hacerlo por el respeto y obediencia que deben á los mandatos de sus padres, no dejaria la espresada opinion de ser muy dudosa, ni podria decirse que el padre quedase libre de dotar de sus bienes propios, cuando los tuviese en bastante cuantía para estar, segun las leyes, obligado á hacerlo: y solo cuando hubiese constituido la dote en mayor cantidad de la á que estaba obligado, le aprovecharia el haber consentido la hija en que se la considerase dotada, en cuanto al esceso, de sus bienes propios; y aun sin necesidad de este consentimiento podria decirse lo mismo, con tal que el padre hubiese declarado esplícitamente cuál cantidad entendia poner de sus bienes y cuál de los de su hija, ó hubiesé dicho, al constituir ó prometer la dote, que la prometia en tal cantidad, *comprehendiendo en ella lo que á la hija correspondiese de los bienes de su madre ó de otros:* segun esplica Socin. á d. l. 1. declarando asi bellamente la citada l. ult. C. *de dot. promis.* En órden al caso de ser hija natural la dotada por el padre, V. Bart. á la l. 41. §. 11. D. *de leg.* 3. Bald. á la l. 14. C. *de jur. dot.* y Bald. Nov. d. tratad. *de dote* fol. 12. col. 3 y 4. donde trata este último la cuestion de si deberá volver á los herederos del padre la dote que este haya constituido á

non, tenudo es el padre de la casar, e de la dotar (47). Otrosi el abuelo de parte de padre (48), que ouiere su nieta en poder, tenudo es de la dotar quando la casare, maguer non quiera; si ella non ouiere de lo suyo, de que pueda dar la dote por si. Pero si ella ouiere de que la dar, non es tenudo el abuelo de la dotar, si non quisiere, de lo suyo: mas deuela dotar de lo della. Esso mismo seria del visabuelo que touiesse visnieta en su poder.

su hija natural, con muchas otras notables especies que pueden verse allí, y en particular la que se lee en d. fol. 12. versic. *decimum quintum speciale*, donde espresa que tratándose de una hija legítima y natural tampoco quedaría el padre desobligado señalándole alimentos por tiempo determinado ó el usufruto de alguna finca, sino que debe constituirle dote en plena propiedad, del mismo modo que debe pagarse en su caso la legítima, á tenor de la l. 36. vers. *repletionem* C. *de inoff. test.* Y si la hija hubiere sido ya dotada por algun estraño, ¿tendrá todavía el padre obligacion de dotarla de lo suyo? El propio Bald. Nov. lugar citado fol. 21. col. 4. versic. *et hoc erit* hácia el fin opina por la afirmativa, en el caso de permanecer la tal hija soltera; pero que si estuviese ya casada, y no la hubiese aun dotado su padre, tendria este obligacion de hacerlo en el caso de no ser congruente la dote que la hubiese constituido el estraño; mas nó en el caso de ser esta última congruente, V. al mismo allí, y lo anotado sobre la propia cuestion por Bart. despues de la Glos. á la l. 52. D. *de act. et oblig.* V. tambien á Francisc. Curt. consil. 27. col. 15. y Jas. á la autent. *res quæ* col. 5. C. *communia de leg.* Guid. Bene. repetic. cap. *Raynutius*, *de testam.* fol. 192. col 3 y 4. y Alex. consil. 7. vol. 2. y cons. 33. vol. 4., en donde infiere de lo dicho varias notables consecuencias: y aunque el padre está obligado á dotar á su hija, nó por eso puede dejar de considerarse como una liberalidad el acto de constituirle la dote, l. 2. C. *de bon. quæ lib.* y l. 49. §. 1. D. *solut. matrim.* como lo observa el mismo Bald. d. tratad. fol. 17. col. 2. Tambien tiene el padre igual obligacion de dotar, aunque la hija entre en religion, Glos. á la autent. *sed quamvis* C. *de rei uxor. act.* y el citado Bald. d. col. 2. princ. Mas ¿qué dirémos en el caso de contraer la hija matrimonio sin el consentimiento del padre? V. Juan de Ana. cap. 1. col. 2 y 3. *de adult.* Bald. Nov. lugar citado fol. 13. col. 1 y 2. Palac. Rub. d. repetic. col. 287. y sigs. y Alex. á la l. 1. col. 9. D. *solut. matr.*.

(47) Y para tasar lo que debe el padre dar ó señalar á su hija por via de dote, habrá de tenerse presente que no puede darle menos de lo que á la misma hija corresponderia por su derecho de legítima, segun lo dicho en la nota 40. tit. 4. Partida 5. — * Pero es de notar á este propósito lo dispuesto por las ll. 6. y 7. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec., esto es, que cualquier caballero ó persona que tuviere de doscientos á quinientos mil maravedís de renta, pueda dar en dote á cada una de sus hijas legítimas un cuento de maravedís y nó mas, y el que tuviere menos renta de la sobredicha no pueda dar en dote mas de seis cientos mil maravedís; y el que pasare de los quinientos mil de renta hasta un cuento y cuatro cientos mil maravedís, pueda dar hasta un cuento y medio; y el que tuviere mayor renta todavía ó mas de cuento y medio anual, puede dar á cada hija legítima la renta de un año y nó mas, con tal que no pase de doce cuentos; pues nunca se podrá señalar dote en mayor cantidad que esta, aunque lo fuere la renta anual del que quiera señalarla: prohibiéndose ademas en la propia citada l. 6. el que por via de dote ó casamiento hagan los padres ni prometan hacer á sus hijas mejora en el tercio ni en el quinto de sus bienes; de manera, que nunca las hijas puedan ni se entiendan ser mejoradas tácita ni espresamente por contrato entre vivos: lo que ha dado ocasion á que se promoviese la cuestion por los intérpretes del derecho patrio tan debatida de si seria ó nó nula ó contraria á dicha prohibicion la promesa que se hiciese á una hija por razon de casamiento, de no mejorar en lo sucesivo á otro alguno de sus hermanos: cuestion que se resuelve comunmente por la negativa, y sobre la que puede verse lo dicho en el apéndice al tit. 8. Partida 6. secc. 2. num. 11.

(48) Infiérese, pues, de la presente ley, que por derecho de Partidas ninguna diferencia deberémos hacer entre el abuelo paterno y el materno en cuanto á la obligacion de dotar á sus nietas; pues así como el materno, aunque sea rico, no está obligado á hacerlo, cuando la nieta tiene de otra parte con qué poder dotarse, lo propio se dispone aquí respecto del abuelo paterno; contra lo que, respecto de este último opinaban los DD. por derecho comun, fundándose en la l. 6. D. *de collat. bonor.*, y tambien Bart. y Ang. á la l. 1. D. *solut. matrim.*, y á la l. ult. C. *de dot. promis.*, en donde la glos. sostiene dicha opinion respecto del abuelo materno y nó del paterno: y por esta razon debe pararse mucho la atencion en lo que se establece en nuestra ley aqui. Añádase ademas, que el abuelo paterno tam-

LEY 9. *Quales deuen ser apremiados, de dar dotes a las mugeres, quando las casaren, e quales non.*

Constreñir, nin apremiar, non deuen a la madre (49), que dote a la fija; como quier que lo pueden fazer al padre, segund dize en la ley ante desta: mas puedela ella dotar de su voluntad, si quisiere. Pero si la madre fuesse Hereja, o Judia (50), o Mora, pueden-la apremiar que dote su fija, aquella que fuesse Christiana (51). Otrosi, qualquier ome que tenga en su poderio, ó en su guarda alguna manceba, con todo lo suyo, que fuesse ya de edad para casar, puedenlo apremiar que la case, e quel establezca dote, segund fuere (52) la riqueza (*d*) que auia ella, e la nobleza de aquel con quien la casa. Ca si mas establesciesse por dote, de lo que ouiesse la manceba, non valdria (53). E qualquier de los sobredichos (54) en esta ley, e la ante della, que defendiesse (55) que non casasse alguno de los que touiesse en poder, e queriendo el casar, e seyendo de edad (56) que lo pudiesse fazer; o maliciosamente mouiendose, porque se siruiesse del, e de lo suyo, e nol quisiesse catar casamiento; a tal co-

(*d*) hobiere et la nobleza etc. Acad.

poco está obligado á dotar á la nieta, cuando su hijo, el padre de esta, tenga bienes bastantes con que verificarlo, segun Bald. á la autent. *res quæ*, C. *commun. de legat.*, y asi, si el abuelo ha prometido á su hijo constituido bajo su potestad la administracion de los bienes adventicios hasta en cuanto á los frutos, como en el caso de la l. 6. §. 2. C. *de bon. quæ lib.*, ó si aquel es emancipado, como lo será hoy por las leyes del reino siendo casado y velado, l. 47. de *Toro*, el mismo hijo con tal que tenga bienes suficientes, y nó el abuelo, será el obligado á dotar á la nieta: y esta es la comun opinion, segun afirma Socin. consil. 33. col. ult. vol. 3., y Alex. á la l. 1. col. 7. D. *solut. matrim.*: siendo de notar finalmente lo que se dispone aqui, ó sea, que el abuelo paterno está obligado á dotar á la nieta, si esta no tiene bienes propios con que dotarse; lo cual deberá observarse aun atendido el derecho del reino, á tenor del cual salen los hijos de la patria potestad por el matrimonio, por mas que haya dicho en contrario Palac. Rub. al cap. *per vestras*, col. 371.

(49) Entiéndase esto, á menos que la hija sea pobre: pues entonces, asi como está obligada la madre á alimentarla, lo está tambien á dotarla, segun Bald. á la l. 14. C. *de jur. dot.* Y en órden al caso en que hayan prometido la dote el padre y la madre juntamente, véas. Bald. nov. en d. trat. *de dot.*, fol. 9. col. 2. vers. *vidi etiam de facto*, y la l. 53. de *Toro*. —*L. 4. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.

(50) La glos., Bald. y los DD. á d. l. 14. C. *de jur. dot.*, y la glos. á la l. ult. C. *de dot. prom.*: y, sobre si procederá lo dispuesto aqui en el caso de ser rica la hija católica, véase á Bald. nov. quien considera este punto como dudoso y cuestionable, y lo resuelve por la negativa fol. 12. col. 3. vers. *et ex illa*, l. *qui liberos*.

(51) Pues si fuese herege, hija de padre cristiano, ni aun este estaria obligado á dotarla, glos. á la l. 9. D. *de in rem vers.*, y á la l. ult. y Salic. allí C. *de dot. prom.*

(52) Véas. l. pen. C. *de Episc. aud.*, y glos. al cap. 1. *de adult.*, con el texto allí y l. 60. D. *de jur. dot.*

(53) Entiéndase esto en los términos establecidos en la l. 43. §. 1. D. *de admin. tut.*, y l. 61. D. *de jur. dot.*

(54) Y el hermano ¿estará tambien obligado á dotar á su hermana? Véas. l. 12. §. pen. D. *de admin. tut.*, glos. á la l. 16. C. d. tit. y Alex. y DD. á la l. 1. D. *solut. matrim.*, donde se trata tambien de los tios respecto de las sobrinas.

(55) Y si el padre, el tutor ú otro de los que tienen obligacion de dotar hubieren recibido algo para colocar en matrimonio á la hija ó pupila respecto de quien estan obligados, ¿podrá esta repetir aquello que así hubieren recibido? Véase Juan Andr. en sus adiciones al Specul. tit. *de judic.*, §. *generalia*, col. 7. adic. á las palabras *per totum*, donde, citando á Píleo, concluye por la afirmativa, por considerar que lo recibido asi lo han recibido aquellos ilícitamente; opinion que creo acertada, y sobre la cual véas. á Juan Palac. en d. repetic. fol. 247. y sigs. de mi edicion.

(56) Sobre esto, empero, deberá atenderse siempre á la costumbre del lugar, segun pretende Bald. nov. trat. *de dote*, fol. 13. col. 3. pr. y véase Alex. consil. 20. col. 2. vol. 2. —*Entre nosotros está determinado por la l. 9. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. la edad en que pueden casarse, y las formalidades que para hacerlo deben cumplir los jóvenes constituidos bajo la potestad de sus padres ó la autoridad de sus tutores, á quienes estos ó àquellos hayan negado el consentimiento sin motivo racional. Véas. la adic. á la nota 87. tit. 1. de esta Part.

mo este deuel apremiar el Juez (57) de aquel logar, quel case, e quel dote, segund que es sobredicho.

LEY 10. *En quantas maneras se pueden dar las dotes.*

Estipulacion (58) es llamada en latin, prometimiento: e es otra manera por que se puede establescer la dote. Esto seria, como si dixesse alguno a la muger con quien casasse: Prometedes, de me dar en dote tal viña vuestra, o tal heredad, o tantos marauedis, que vos ha de dar tal ome? diziendo ella: Prometo: en tal manera, o por tales palabras, se establesce la dote por estipulacion. E avn se establesce la dote por otra manera, que es llamada en latin pollicitatio; que quiere tanto dezir, como prometimiento simple, que se faze en vno con la donacion. E esto seria, como si dixesse la muger al marido: Estos marauedis, o esta casa, o esta viña (o otra cosa qualquier quel diesse) vos prometo por dote, e dovoslas luego (59). E aun se establesce la dote en otra manera, diziendo la muger assi; que promete al marido, de dar alguna cosa en dote (nombrandola señaladamente), e que la dara a el, o a otro alguno (60) en nome del. E en tal manera, maguer la de al otro, el marido se entiende que la rescibe. E porende es tenudo de responder por ella, si menester fuere.

LEY 11. *Como las dotes se pueden dar llanamente, con postura, o sin ella.*

Puramente (61) se puede establescer la dote, o con condicion. E puramente se entiende que es establescida, quando dize la muger al marido, o a otro en nome del (62), que faze pleyto, de darle por dote cient marauedis, o otra cosa, nombrandola señaladamente. E con condicion se faze, quando dize la muger al marido, o otro por ella (63), que promete, o faze pleyto, de darle alguna cosa por dote, si se compliere (64) el matrimonio. E tal condicion como esta siempre se entiende (65), quier sea nombrada, o non.

(57) Y asi deberá en esto proceder el juez de oficio, l. 19. D. *de rit. nupt.* Bart. á la l. 22. §. 4. D. *ad Trebell.*, y á la l. 52. con la glos. allí D. *de act. et oblig.* — * Véas. d. adic. á la nota 87. tit. 1. de esta Partida.

(58) Trae esto orígen de lo anotado por Azon *in summa* C. *de dot. promis.*, y *de jur. dot.*, col. 2. al fin; pudiendo añadirse la l. 6. C. *de dot. promis.*: y en el dia se presume siempre mediar la tácita estipulacion en la constitucion de dote, l. 1. §. 1. C. *de rei ux. act.* — * Pero ya no hay necesidad de semejante presuncion, desde que por la ley del Ordenamiento se obliga civilmente y sin necesidad de estipulacion todo el que de cualquier modo aparece que ha querido obligarse.

(59) Tal vez se añaden aqui estas últimas palabras, porque de la mera policitacion no nace obligacion, á menos que haya empezado á pagarse lo prometido, l. 1. §. 3. D. *de pollicit.*, y Bald. nov. trat. *de dote*, fol. 8. col. 1., ó tal vez por tomarse la policitacion de la dote como un nudo pacto, haciéndosela en presencia del marido; pues en rigor no se entiende verdadera policitacion, sino la que se hace á un ausente, sin que nadie la acepte por él; véas. estensamente á d. Bald. allí: bien que ya tiene esto en el dia muy poca importancia despues de publicada la ley 3. tit. 8. lib. 3. del Ordenamiento.

(60) Añad. l. 59. D. *de jur. dot.*

(61) Tambien es esto conforme á lo anotado por Azon *in summa* C. col. 3.

(62) Véas. l. 13. de este tit.

(63) Y en este caso, siendo un estraño el que hubiere pagado la dote por la muger ¿tendrá derecho de repetirla, si no llegare el matrimonio á verificarse? Véas. sobre esto el texto notable de la l. 7. D. *de cond. caus. dat.*, y para la inteligencia de lo dispuesto en la presente y en la l. 6. D. *de jur. dot.*, véas. lo que estensa y elegantemente trae Bald. nov. d. trat. *de dot.*, fol. 27. col. 2. y 3. vers. 79. *speciale.*

(64) O bajo otra condicion que igualmente se hubiere espresado, segun Azon lugar antes citado.

(65) Como en la l. 21. l. 43. pr. y l. 68. D. *de jur. dot.*, pues, no puede en efecto haber dote sin matrimonio, l. 3. D. d. tit., y por esto cuando se haya prometido el pago de la dote dentro de un cierto plazo, por ej., de un año, se entiende á contar desde el dia de las bodas, l. 48. pr. D. d. tit.: y aunque, al otorgar la promesa, se haya dicho que se hará el pago siempre que el esposo lo pidiere y á sus voluntades, de todos modos se sobreentenderá la espresada condicion de si llegare á verificarse el matrimonio; y solo, cumpliéndose esta, estará obligado el promitente, como lo prueba d. l. 48. y lo sostienen Bald. á la l. 7. D. *de condict. caus. dat.*, (leccion Florentina) y Alex., á quien puede verse, consil. 145. vol. 5. versic. *neque ad hoc obstat*; lo cual no deja de ser singular: debiendo notarse, empero, que será válido el pacto por

LEY 12. *Que los que han de dar las dotes, deuen señalar plazo a que las den.*

Señalar (66) pueden dia, o tiempo cierto, en que den la dote, aquellos que fazen pleyto para darla, o establescer pueden, que sea dada en tiempo non cierto. E cierto dia pueden señalar, como si dixesse el que promete de la dar, que faze pleyto, que la dara en tal dia, nombrandolo señaladamente. E avn tiempo cierto seria, como si dixesse, que promete de la dar en esse año mismo, en que faze el pleyto. E este año, entiendese, que deue ser començado a contar (67), en el dia que fazen las bodas, e non ante; maguer fuesse el pleyto fecho, ante que las fiziessen. E en tiempo non cierto seria, como si dixesse alguna muger, o otro por ella: Prometo de dar, a la sazon que muriere, por dote cient marauedis. E en esta ha departimiento (68): ca si la muger establesciesse dote a su marido en esta manera, non valdria. E esto es, porque prometio de la dar en tal tiempo, que non ternia ya estonce el matrimonio; nin otrosi non se podria el marido della aprouechar. Mas si otro qualquier la establesciesse, diziendo assi: Prometo de vos dar en nome de dote, para vuestra muger, tantos marauedis, a la sazon que yo finare; estonce valdria tal prometimiento. Ca podria ser, que aquel que los prometio, que moriria en tal sazon, que ternia el matrimonio entre aquellos a quien la manda.

LEY 13. *Quales dotes se pueden dar de mano, sin postura, e sin plazo ninguno.*

Tradere en latin, tanto quier dezir en romance, como dar (69). E esta es otra manera en que se establesce la dote. E esto es, como si la muger, o otro por ella, diesse luego de mano a su marido, o a otro en nome del, alguna cosa por dote, quier fuesse mueble, o rayz; non gela prometiendo, nin faziendo pleyto dotra manera, de gela dar, mas dandogela luego de mano (70), o apoderandolo della. E lo que dezimos de suso, que si la diesse a otro en nome del marido; entiendese, si el lo ouiere por firme. Ca en tal razon, si el marido non lo ouiesse por firme, e se perdiesse la dote, el peligro seria de la muger, e non del marido. En otra manera se establesce avn la dote; e esto seria, como si el marido fuesse debdor (71) de la muger, e le dixesse: Otorgades, que me dedes en dote tantos marauedis, o tal cosa, que vos yo auia a dar; e dixesse ella: Otorgolo, e helo por firme, e soy pagada, assi como si los ouiesse recebido. E esso mismo seria, si el marido fuesse debdor a otro ome (72) qualquier, e el quitasse el debdo en esta manera sobredicha, dandogela por dote en nome de aquella muger con quien casa. Ca estonce finca aquella debda al marido por dote de su muger.

LEY 14. *De que cosas se pueden dar las dotes.*

Asignada, o establescida puede ser la dote, tambien en las cosas que son llamadas rayz (73), como en las que son dichas mue-

el que se hubiere tal vez convenido que no se sobreentienda la espresada condicion, segun la glos. á d. l. 7. y que tampoco se la sobreentenderá, ni deberá esperársela, siempre que haya motivo para presumir que esta ha sido la intencion de los contrayentes, segun Bald. á la l. 49. pr. D. *de legat.* 1., y Alex. consil. 61. vol. 5.

(66) Tambien es esto tomado de Azon *in summa* col. 3. *de jur. dot.*

(67) Conc. l. 48. pr. D. *de jur. dot.*, y véas. lo anotado á la l. precedente: pero, si se tratare de un legado hecho para que sirva de dote, ¿dirémos tambien que no se le deberá hasta despues de verificada la boda, ó al contrario, que podrá pedírselo en seguida? Véase Cyn. y Salic. á la l. 24. C. *de nupt.*, Bart. á la l. 71. §. 3. D. *de cond. et dem.*, Bald. á la l. 6. col. 2. C. *de transact.*, y á la l. 6. col. 8. C. *de condict. insert.*, y Bald. nov. tratad. *de dote*, fol. 14. col. 1. y fol. 15. col. 3. y 4. que pueden verse en su totalidad.

(68) Conc. ll. 20. y 75. D. *de jur. dot.*

(69) Pues, respecto del hecho material de la tradicion no hay efectivamente diferencia alguna entre el acto de *dar* y el de *entregar*; pero la hay en cuanto á los efectos legales ó jurídicos de la obligacion, segun sea esta de entregar ó de dar, segun la l. 28. y l. 75. §. 1. D. *de verb. oblig.*, y lo declara Bart. á la l. 72. D. d. tit. oppos. 8. col. 10.

(70) Conc. l. 46. vers. *traditione* D. *de jur. dot.* y añad. Azon *in summa* col. 3. C. d. tit.

(71) Conc. l. 46. §. 1. D. d. tit.

(72) Conc. ll. 41. §. 2 y 47. resp. 1. D. d. tit.

(73) Declárase en esta ley espresamente, lo que no estaba bien declarado por derecho comun, que pueden darse en dote bienes inmuebles de un menor, con tal que se haga con de-

ble (74), de qual natura quier que sean. Pero si la muger quisiesse dar dote a su marido, de cosa que fuesse rayz; si ella fuesse menor de veynte e cinco años, non lo puede fazer por si, maguer ouiesse guardador, a menos de lo fazer saber al Juez de aquel logar, que gelo otorgue. Mas si quisiesse dar la dote de las cosas muebles, puedelo fazer, con consentimiento de aquel que ha en guarda a ella, e a sus cosas; e non ha por que lo dezir al Juez del logar.

LEY 15. *Que la muger puede dar en dote a su marido la debda quel deuen.*

Obligado seyendo algun debdor a debdo que deua a alguna muger; si ella quisiere casar, bien puede mandar aquel su debdor, que de en dote a su marido, aquello que deuia a ella. E esto se entiende; si el otro conosciere el debdo, e prometiere al marido, que gelo pague. E esta es otra manera en que se establesce la dote; que es llamada en latin, delegatio. E en tal razon como esta ha departimiento (75). Ca si el debdor fuesse padre, o abuelo, o bisabuelo, maguer fuesse negligente el marido, en non apremiar por juyzio a alguno destos sobredichos, que pagassen la debda, non seria del el peligro de la dote, si viniesse despues a pobreza el que lo deuiesse, de manera que non ouiesse de que lo pagar; mas seria el peligro de la muger. Ca si por tal razon como esta quisiesse demandar la dote a su marido, mientra que fuera biuo, o despues que fuer muerto, a su heredero, porque non quiso costreñir por ella en juyzio alguno de los sobredichos, non deue ser oyda: porque los fijos, e los yernos, non deuen apremiar a sus padres, nin a sus suegros, assi como a otros estraños. Mas si la muger dotasse a su marido en la debda quel deuiesse otro debdor, que non fuesse de los parientes que de suso auemos dicho, podria y acaescer departimiento, en esta manera. Ca, o seria el debdo de premia, o de voluntad. E si fuesse de premia, assi como si gelo deuiessen de cosa que auiesse vendido, o emprestado al debdor, o por otro debdo semejante destos, que fuesse tenudo por premia de lo pagar; si a qualquier destos debdores fuesse el marido negligente (76) en demandar el debdo, mientra que ouiesse

creto del juez: bien que ya lo opinaban asi comunmente la Glos. y los DD. á la l. 22. C. *de admin. tut.*

(74) Añad. l. 28. C. *de jur. dot.* ¿Bastará, empero, asi mismo la autoridad del tutor sin necesidad de judicial decreto para enagenar los bienes muebles que no puedan conservarse sin deterioro? No queda esto aclarado por la presente ley; y opinaban mas bien por la afirmativa, sosteniendo que tambien para enagenar dichos bienes era necesario el decreto del juez, Cyn. y Salic. á d. l. 28. y Bart. á la l. 1. C. *si advers. donat.;* doctrina que parece confirmada por la l. 22 C. *de admin. tut.:* por lo cual y como el dinero se cuente entre las cosas que son de difícil conservacion, segun la Glos. á la l. 1. §. 13. D. *ad Trebell.* podrá una menor adulta constituir la dote y un menor adulto constituir *arras* en dinero mediante la autoridad de su curador, segun Rodrig. Suar. en su coment. á la l. del Fuero tít. *de las arras.* Adviértase, empero, que nuestra ley aqui habla en general é indefinidamente y tan solo para la enagenacion de los inmuebles requiere el judicial decreto, declarando suficiente la autoridad del curador para la de los muebles; de donde tal vez podria inferirse deber decirse lo mismo en general de todos los muebles, aun de aquellos que pueden fácilmente conservarse: y asi discurre en efecto Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 23. col. 1. *speciali* 6. al impugnar la opinion de Bart. á la l. 1. C. *si advers. donat.* donde sostiene este que solo es necesario el decreto respecto de los muebles de difícil conservacion. Tal vez pueda todo conciliarse diciendo que si la dote, aunque constituida en dinero, lo fuere en muy grande cantidad ó en cosas muebles muy preciosas, se necesitará para ello el judicial decreto; y que de lo contrario bastará la autoridad del curador: por ser sabido que, tratándose de cantidades muy crecidas, se equiparan estas á las cosas raices ó inmuebles, cap. 31. y Juan de Anan. allí, *de simon.* y hace al mismo propósito la l. 3. §. 4. D. *de contrar. jud. tut.,* declarándolo asi de otra parte Roman. consil. 287. y tambien respecto de los muebles ó alhajas muy preciosas la Glos. al cap. *tua* vers. *tractatu, de his quæ fiunt à præl. sin. cons. cap.*

(75) Conc. l. 33. D. *de jur. dot.* cuyo texto califica Bald. allí de singular.

(76) Pero el crédito que se hubiere cedido en dote, ¿deberá hacerse efectivo á espensas del marido ó de la muger? Segun la Glos. á la l. 1. D. *de impens. in res dot.* las costas que ocasionare la exaccion de semejante crédito no deben disminuir la dote, y asi irán á cargo del marido; de cuya opinion es tambien Specul. tit. *de don. int. vir. et ux. et de dot. rest.* §. ult. vers. *illud etiam quæritur.* No obstante, Bart. á d. l. 1. pretende que, si el crédito dado en dote lo hubiere sido estimadamente, debe-

de que lo pagar, e si despues viniesse a pobreza, que pagar non lo podiesse; en tal razon seria el peligro del marido, e seria tenudo el, o su heredero, de responder a la muger de tal dote, quando se partiesse el casamiento. E si el debdo fuesse de voluntad, assi como si alguno de su grado, e sin premia ninguna, ouiesse prometido de dar alguna cosa mueble, o rayz a la muger; en esto podria acaescer, que auria departimiento, desta guisa. Ca, o seria cierta cosa, aquello que prometiesse, o non. E si fuesse cierta cosa, e dixesse la muger al marido: Donovos en dote tantos marauedis, que me deue tal ome, e mandol que vos los de, e el debdor prometiesse ciertamente de los dar; si el marido non demandasse tal dote como esta, de mientra que ouiesse de que le pagar el que la deuia; si despues viniesse a pobreza, el marido es en el peligro della (77), e es tenudo de la dar a la muger, si el casamiento se partiere. E si fuesse de cosa non cierta, como si dixesse la muger al marido: Dovos por dote cien marauedis que me mando tal ome, e mando que vos los de; e el debdor dixesse al marido: Yo vos dare aquello que deuo (78) a vuestra muger, non diziendo ciertamente quanto; en tal manera es el peligro de la muger, quanto en aquello que se pierde de la dote, e non del marido, maguer sea negligente en demandarla. Ca en tal razon como esta, aunque la muger demandasse tal debdo, non seria tenudo el debdor de darle mas de aquello que el pudiesse.

LEY 16. *Quales dotes pueden ser apreciadas quando las dieren: e si ouiere engaño en el apreciamiento, quando deue ser desfecho.*

Apreciada puede ser la dote, quando la establescen, o puede ser que la non apreciaron. E apreciada seria, como quando dixesse (79) el que la da: Dovos tal casa, o tal viña en dote, e apreziola en cient marauedis. E non seria apreciada, como si dixesse simplemente, el que la da: Dovos tal heredad, o tal casa en dote. E si la dote fuesse apreciada, segund que es sobredicho, e la apreciassen por mas, o por menos de lo que valiesse; si se sentiera por (e) engaño alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño (80), tambien el que da la dote, como el que la recibe. E esto se entiende que deue ser guardado en la dote tan solamente. Ca en quanto quier que sea fecho el engaño, en mas, o en menos de lo que vale la cosa, siempre deue ser desfecho, mostrando el engaño, segund que es dicho, aquel que se tiene por engañado. Mas esto non es en los otros pleytos. Ca non es tenudo de desfazer el engaño el que lo fiziesse; fueras ende, si montasse mas, o menos dotro tanto (f) del precio derecho que valia la cosa. E esto seria (81),

(e) engañado Acad.
(f) quanto montasse la meytad del prescio. Esc. 2.

rán deducirse de la dote las espresadas espensas: y esta opinion dice Bald. adicion al Specul. tit. *de expens.* ser la mas verdadera, á pesar de poder, segun él, oponerse algun reparo á las razones en que la funda d. Bart. Mas el propio Bald. espresa á la l. 2. C. *de act. et oblig.* que el marido debe compensar los gastos de la exaccion del crédito con los réditos que percibiere del mismo despues que lo hubiere cobrado, y si estos no bastaren, reclamar de la muger lo que faltare hasta cubrirlos: y lo mismo sostiene á la l. 1. C. *de bon. matern.* vers. *secunda quæstio est.* Salic. con todo, á d. l. 2. está por la opinion de Bart., en apoyo de la cual cita la l. 28. §. 1. D. *de donat. int. vir. et uxor.*: y paréceme tambien ser aquella la mas admisible en el caso de ser muy crecidos los gastos ó costas que la exaccion del crédito hubiere ocasionado.

(77) V. l. 41. y Glos. allí D. *de re judic.*

(78) Añad. l. 30. §. 2. D. *de jure jur.* l. 32. y Glos. allí D. *solut. matr.*

(79) Hé aqui declarados los casos en que la dote dada estimadamente se entenderá serlo de modo que la estimacion cause venta; para lo cual es necesario que hayan intervenido en el contrato el marido y la muger y que hayan consentido entrambos en la estimacion ó justiprecio, segun la Glos. á la l. 2. D. *de act. et oblig.* y V. lo anotado á la l. 18. de este tit. con la Glos. á la l. 1. *de contrah. empt.*

(80) Conc. l. 6. §. 2. y l. 12. §. 1. D. *de jur. dot.* y l. 6. C. *solut. matr.*, por la cual está algo restringida la facultad de pedir la restitucion del justiprecio de la dote. Y esa restitucion que se concede para el caso en que haya habido engaño en la estimacion, aunque no llegue aquel á la mitad del justo precio, está introducida por especial favor de las dotes, como se añade mas abajo en nuestra ley aqui, aprobándose con esto la opinion de Azon; y pudiendo verse acerca de este privilegio de la dote á Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 37. col. 3. vers. 35. *privilegium.*

(81) Lo mismo se establece en la l. 56. tit. 5. Part. 5. para el caso en que el vendedor hubiere sido engañado: mas para el en que lo hubiere sido el comprador declárase al contrario en d. l. que bastará para poder este pedir restitucion el que haya pagado 31. por una

como si alguno vendiesse la cosa que valia veynte marauedis, por quarenta e vno; o la que valia quarenta por diez e nueue.

LEY 17. *De los bienes que ha la muger apartadamente, que non son dados en dote, a que dizen en latin paraphernales.*

Paraferna (82) son llamados en griego todos los bienes (83), e las cosas, quier sean muebles, o rayzes, que retienen las mugeres para si apartadamente, e non entran en cuento de dote: e tomo este nome a para, que quiere tanto dezir en griego, como a cerca, e ferna, que es dicho por dote, que quier tanto dezir en romance, como todas las cosas que son yuntadas, e allegadas a la dote. E todas estas cosas que son llamadas en griego paraferna, si las diere la muger al marido, con entencion que aya el señorio dellas, mientra que durare el matrimonio, auerlo ha; bien assi como de las quel da por dote. E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que aya el señorio en ellas, siempre finca la muger por señora dellas. Essó mismo seria, quando fuessen en dubdas, si las diera al marido, o non. E todas estas cosas que son dichas paraferna, han tal priuilejo, como la dote; ca bien assi como todos los bienes del marido son obligados a la muger, si el marido enagena, o malmete la dote, assi son obligados (84) por la paraferna, a quien quier que passen. E maguer que tal obligacion como esta non sea fecha por palabra, entiendese que se faze, tan solamente por el fecho. Ca luego que

cosa que valiese solo 20.; con lo cual está conforme tambien la l. 4. tit. 7. lib. 5. del Ordenamiento Real; y debe esto tenerse presente por ser aquella tambien la opinion que sostenian la glos. y comunmente todos los DD. á la l. 2. C. *de rescind. vend.*, al comentarse la cual se ha referido la doctrina de otros glosadores, de quienes habla la glos. á d. l. 2. y que fue sostenida tambien por Specul. tit. *de empt. et vend.* vers. *ubi autem* Pedro de Bell. Per. Cyn. á d. l. 2. cuest. 7. Rofre. en su libr. *de act. quanti minoris*, y el Abad al cap. *cum dilecti*, *de empt. et vend.* Pero la primera de dichas dos opiniones parece ser la mas equitativa y razonable. * — V. la l. 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec. y la nota 308. de d. tit. 5. Partida 5ª

(82) V. acerca de esto á Alex. citando á Bald. consil. 144. vol. 5. duda 2ª; teniendo orígen lo dispuesto en nuestra ley aquí de lo anotado por Azon *in summa*, C. *de jur. dot.* vers. *quædam aliæ res dicuntur* col. 1., de la l. 9. §. 2. D. *de jur. dot.* y ll. 8. y ult. C. *de pact. conv.*

(83) Bald. vol. 5. consil. 278. que empieza *quædam sunt res extra dotem* pone dos especies de bienes parafernales de la muger, á saber, los que son de propiedad de la misma, pero administrados por el marido por cuenta y bajo la responsabilidad de este, quien tiene todos los suyos obligados á las resultas de dicha administracion, segun se declara aquí y en la l. ult. C. *de pact. conv.*, y los que son propios de la muger y administrados por ella misma arrendándolos y percibiendo sus frutos por su cuenta. Por derecho del reino todos los frutos de cualesquiera bienes son comunes al marido y á la muger, segun la l. del *Fuero*, continuada tambien en el tit. 4. lib. 5. del Ordenamiento Real, lo cual no estaba asi establecido por derecho comun, segun Bald. y Alex. en los lugares citados en la nota prox. antec. glos. Bart. y los DD. á d. l. ult. C. *de pact. conv.* Bart. á quien siguen comunmente los DD. á la l. pen. D. *ad leg. Falc.* y Alex. allí, Dec. consil. 521. Franc. de Aret. consil. 160. col. 1. Socin. consil. 82. vol. 4. y añad. á Rodrigo Suar. en su repetic. á la l. ult. tit. 3. lib. 3. Fuero de las leyes y Palac. Rub. repetic. á la rubric. col. 301. de mi edicion. — * V. sobre lo dicho en la presente nota la citada l. del Fuero que es la 3. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. y en especial la l. 5. de dd. tit. y lib. en la cual se declara que sean comunes del marido y muger no solo los frutos de aquellas cosas que adquiridas por uno ú otro de los cónyuges entran en la sociedad de gananciales, sino tambien los de aquellas que estan especialmente esceptuadas de dicha sociedad y quedan en el dominio esclusivo del cónyuge que las ha adquirido.

(84) Añad. l. ult. C. *de pact. conv.* y Bald. á la l. 29. col. 1. C. *de jur. dot.* Sobre lo que deberá decirse respecto de las donaciones *propter nuptias*, V. Bald. á d. l. col. ult. y sobre si esa hipoteca es de las privilegiadas, V. á Bart. á la Novell. 109. collat. 8., donde está por la negativa. Entiéndase ademas que la hipoteca tácita, á que sujeta la presente ley los bienes del marido, tendrá lugar cuando en efecto la muger le haya concedido á este espresa ó tácitamente la administracion de algunos bienes; pues, si la muger misma y no el marido los administrare, no existirá semejante hipoteca, segun se infiere tambien de las palabras con que mas abajo nuestra ley se espresa *ca luego que el marido rescibe* etc. y notoriamente se desprende asi mismo de la citada l. ult. C. *de pact. conv.*

el marido rescibe la dote (85), o las otras cosas que son llamadas paraferna, son obligados porende a la muger todos sus bienes; tambien los que ha estonce, como los que aura despues.

LEY 18. *Si las cosas que son dadas por dote fueren mejoradas, o menoscabadas, quien deue auer la mejora, e pechar el menoscabo.*

Acrescida (86), o menguada podria ser la dote, o el arra. E porende queremos aqui mostrar, a quien pertenesce el pro, ó el daño della. E dezimos, que si la dote que diero la muger al marido, fuere apreciada, assi como de suso es dicho (87), si se mejorare, o so pejorare despues, al marido pertenesce el pro, e el daño (88) della; fueras ende, si el mejoramiento, o la pejora, acaesciesse ante que las bodas (89) ouiessen fechas: ca estonce el daño, e el pro, seria de la muger. E esto es, porque tal donacion como esta es fecha so condicion, que es tal: Si el casamiento se cumple. Ca maguer fuesse estimada, como sobredicho es, non valdria, si el casamiento non se cumpliesse. E porende, fasta que las bodas sean fechas, a la muger pertenesce el daño, e el pro de la dote, maguer el marido sea tenedor della. Mas si apresciada, o esti-

(85) Añad. l. 33. tit. 13. Part. 5ª con lo anotado allí.

(86) V. sobre esta materia la distincion que propone Paul. de Castr. á la l. 51. D. *solut. matr.*

(87) V. lo dicho en la nota 79: y asi, segun se declara en la presente ley, siendo la dote estimada, se presumirá en caso de duda que lo ha sido para causar venta, l. 5. C. *de jur. dot.* Bald. y otros allí y glos. á la l. 21. C. d. tit. ¿Qué dirémos, empero, en el caso de que, habiéndose dado una cosa estimada, haya prometido el marido simplemente restituir la dote? ¿Estará obligado á restituir el precio tasado como si lo hubiese asi espresamente prometido? Asi lo opina Bald. á la l. 5. C. d. tit., donde refiere haber sido muchas veces consultado sobre esto; siendo de notar que, segun el mismo Bald., aunque ofreciese el marido restituir la cosa estimada en el propio estado en que la recibió, no seria oido, sino que deberia restituir precisamente el precio ó estimacion. Mas ¿deberia decirse lo mismo, si la cosa ó cosas dotales hubiesen sido estimadas, nó al constituirse la dote, sino algun tiempo despues y celebrado ya el matrimonio? V. l. 2. pr. D. *de jur. dot.* y Bald. á la l. 11. C. *de pact.*

(88) Añad. l. 10. C. *de jur. dot.* y l. 10. §. 4. D. d. tit. Nótese, empero, que si al marido se le hubiere eviccionado la dote, y él hubiese conseguido que se le pagase el duplo por medio de la accion de eviccion, todo ese duplo se consideraria como aumento de la dote, segun el texto notable de la l. 16. D. d. tit.: bien que Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 38. col. 1. versic. *quadragesimum privilegium* limita lo dicho al caso en que la dote eviccionada hubiese sido constituida estimadamente por la misma muger; pues si lo hubiese sido por un estraño ó por el padre de aquella, no tendria lugar lo dispuesto en d. l. 16., ni obraria la razon de equidad en que la citada disposicion se funda [es á saber, la de que en semejante caso no se trata de una simple venta, sino de una venta por causa de dote, y por esta razon no debe el marido lucrar en perjuicio de la muger, sino que basta el que se le indemnice de los perjuicios que verdaderamente hubiere sufrido.] Nótese, empero, que para poder considerarse al dotante obligado á pagar el duplo por razon de eviccion, es necesario que asi espresamente se haya estipulado al constituirse la dote, l. 52. D. d. tit. y Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 34. al fin del versic. 23. *privilegium.* Nótese tambien que seria lícito y obligatorio el pacto de que la muger prestase el peligro de la dote, aun siendo esta estimada, l. 6. D. *de pact. dotal.* y Bald. Nov. d. trat. fol. 33. col. 2. Pero por costumbre del reino los daños sufridos en la dote se compensan con los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio; y no deja de ser esto razonable, como lo comprueba lo dispuesto en la l. 25. §. 6. D. *locat.;* pudiendo verse lo mismo en Palac. Rub. repetic. rubric. fol. 347. y otro texto mas terminante en el derecho comun, que es el de la l. 52. §. 4. D. *pro soc.* y l. penult. tit. 10. Part. 5ª V. tambien á Montalvo á la l. 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero de las leyes. — *L. 1. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

(89) Conc. l. 10. §. 4. D. *de jur. dot.*, no debiendo, empero, entenderse antes de la solemnidad de las bodas, sino antes de contraerse el matrimonio por palabras de presente, l. 30. D. *de regul. jur.* á menos que con estas palabras de la ley *ante que las bodas ouiessen fechas* haya querido significarse antes que haya tenido lugar la celebracion solemne ó la consumacion por la cópula, ó antes de haber mediado cohabitacion despues del matrimonio contraído de presente; lo cual bien podria inferirse de las palabras «si la dote que diere la *muger* al *marido*» y aun de las que arriba se han transcrito, ya porque solo despues de la cohabitacion sostiene el marido las cargas del matrimonio, ya tambien porque por derecho

mada non fuesse (90) la dote, quando la diesse la muger al marido; estonce pertenesce el daño, o el pro de la dote, a la muger, en qualquier tiempo que venga; fueras ende los frutos (91), e la pro que viniesse por razon dellos, que lo deue auer el marido, para mantener el casamiento. E si quando la muger establesce la dote a su marido, lo fiziesse desta guisa, diziendo assi; que daua vnas casas en dote, e que las apresciaua en dozientos marauedis; en tal manera, que si el casamiento se partiesse, que fuesse en esco-

español se usa la palabra *bodas* para denotar la consumacion carnal del matrimonio ya contraido de presente. V. sobre esto lo que se dispone en la l. 28. de este tit.

(90) Añad. l. 10. pr. D. *de jur. dot.* ll. 50 y 51. D. *solut. matr.* y l. 17. y Bald. allí C. *de donat. int. vir. et uxor.* pudiendo verse tambien la l. 21. en órden á las dotes consistentes en cosas susceptibles de peso, número y medida. ¿Qué dirémos, empero, en el caso de ser la cosa dada en dote de la muger en cuanto á la propiedad y de un tercero en cuanto al usufruto? ¿Se considerará en beneficio y utilidad de la muger la consolidacion del usufruto con la propiedad, cuando aquel llegare á estinguirse? Por derecho comun y aun por el de Partidas no hay duda que el usufruto en dicho caso pertenecerá á la muger; y esa cuestion que, si bien en otros términos, ha tratado Juan Fabr. al §. 9. Instit. *de legat.*, la trata tambien en los términos propuestos Rodrig. Suar. en su repetic. á la cit. l. 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero, y la resuelve diciendo que el usufruto, como parte de gananciales, deberá considerarse comun al marido y á la muger, citando á d. Juan Fabr. y la l. 82. §. 2. D. *de legat.* 1., y añadiendo haberlo visto decidido en el mismo sentido en los apuntes de cierto doctor su abuelo. Lo propio sostiene Palac. Rub. en su repetic. rubric. col. 302. de mi edicion, versic. *ex his infertur;* si bien, por grande que sea la autoridad de Juan Fabr. y de estos jurisconsultos españoles, tal vez la opinion contraria deba tenerse por mas verdadera; pues procediendo la consolidacion del usufruto por ocasion de la cosa misma y nó de la industria ó persona del marido ni de la muger, á favor de la cosa y nó de las personas debe considerarse aquel adquirido, l. 9. §§. 1 y 2. D. *de usufr.* porque no hay aqui diligencia ó industria del marido, por razon de la cual haya debido constituirse á favor de este algun crédito ó derecho, arg. l. 3. D. *ad leg. Falc.* Asi se dice tambien en la l. 13. D. *pro soc.* que, al celebrarse sociedad de ganancias y pérdidas, cual es la que se contrae entre el marido y la muger, no se entiende que hayan de comunicarse á título de ganancias, mas que las adquisiciones que hiciere cada uno de los socios con su diligencia personal ó industria, y de ninguna manera las que provinieren de legado, donacion ú otro orígen semejante en que no intervenga la industria de la persona, como lo prueba la citad. l. 13. y las que la preceden con la glos. allí: omitiendo otras razones que en apoyo de lo mismo alega Oldrald. á propósito de una cuestion análoga que con bastante elegancia trata en el consil. 240. á quien puede verse, pues no quiero ser plagiario de trabajos agenos: y confírmalo tambien la l. 11. *si estando* tit. 4. lib. 3. Fuero de las leyes. A tenor de estos principios puede resolverse otra cuestion, acerca de la cual fui una vez consultado por uno de mis colegas, sobre si deberá comunicarse tambien como perteneciente á gananciales el mayor valor que acaso tuviere, al redimirla durante el matrimonio, una finca que el marido hubiese vendido antes con el pacto de retroventa: lo cual me parece deber resolverse por la negativa, como puede inferirse de la cit. l. del Fuero, y l. 79. D. *de contrah. empt.*, pues, procediendo la recuperacion de dicha finca del pacto ó carta de gracia, se considera adquirida en fuerza de un título preexistente, segun Bart. á la l. 9. D. *de aq. pluv. arc.* del mismo modo que, si el heredero fiduciario reviudica en virtud de semejante pacto alguna cosa vendida á carta de gracia por el testador, no se considera que el mismo heredero la haya adquirido libremente, sino que se le obliga á restituirla como perteneciente al fideicomiso, segun Dec. consil. 238, que empieza *proponitur*, *quod nobilis domina:* y asi dirémos tambien que en el caso propuesto no tendrá la muger mas que la mitad del precio satisfecho para conseguir la retroventa, siempre que aquel se haya pagado de bienes comunes, l. 2. y Bart. allí C. *pro soc.* pudiendo verse tambien sobre lo mismo lo que se lee en la l. 23. D. *de pet. hered.* An. y Paul. allí y los demas textos por estos citados; los cuales, empero, se refieren á un caso muy diverso, y se fundan tambien en razones del todo diferentes que nada tienen que ver con la cuestion propuesta, como lo prueba Cárlos Molina, segun he visto despues de escrita la presente nota, impugnando la doctrina de Juan Fabr. en su glos. á las costumbres parisienses §. 30. y sosteniendo que aquellos se alucinaron en esta parte y erraron completamente.

(91) Véas. l. 25. de este tit.

gencia (92) del marido, de tornar las casas, (g) o dozientos marauedis; desta guisa seyendo establecida la dote, el pro, e el daño que ende viniesse, seria de la muger, e non del marido, si el marido escogesse de darle las casas, quier fuessen empejoradas, o mejoradas; fueras ende, si la muger podiesse prouar, que por culpa del marido (93) auino daño en aquello que le dio por dote: o si por auentura el marido rescibiesse sobre si (94) todo el daño que auiniesse en la dote, quando gela dio la muger.

LEY 19. *Quando pertenesce el daño de las cosas que son dadas en dote, a la muger, e non al marido.*

Señalando la muger al marido su dote en casa, o en viña, o en otra heredad, apreciandola, si tuuiere para si (95) la escogencia, de tomar lo que le da por dote, o aquello por que lo aprecia; si se partiesse el casamiento, e non otorgasse la escogencia al marido, segund dize en la ley ante desta, el daño, o el pro que y viniesse, si fuere crescida, o menguada, seria della, e non del marido. E podria ser, que cuando establesciesse la muger la dote, que tal escogencia, como sobredicho es, que non diria que la ternia para si, nin que la daua al marido; mas que daua tal cosa en dote, e apreciada por tantos marauedis: e que este apreciamiento fazia (96), porque si la cosa que daua en dote se empejorasse (97), que sopiessen quanta era la pejoria, o razon de aquel apreciamiento. E en esta manera aun seria el pro, o el daño que y acaesciesse, de la muger, e non del marido.

LEY 20. *A quien pertenesce el daño, o el pro de las sieruas que fuessen dadas en dote, si se mejorassen, o se empejorassen, o muriessen.*

Ancilla tanto quier dezir en latin, como sierua en romance. E porque acaesce a las vegadas, que las mugeres dan sieruas en dote a sus maridos; porende queremos aqui

(g) ó los docientos maravedís; Acad.

(92) ¿Qué deberia decirse, empero, cuando no se le hubiese concedido esplícitamente la eleccion, sino que hubiese prometido simplemente devolver la cosa ó su estimacion? Tambien entonces competeria la eleccion al marido, l. 10. §. ult. D. *de jur. dot.*, y l. 11. D. *de fund. dot.*

(93) Añad. l. 66. D. *solut. matr.*, y l. 52. §. 3. D. *pro soc.* Mas ¿deberán resarcirse con los bienes gananciales ó comunes esos daños que el marido hubiere ocasionado por su culpa? Véase lo dicho en la nota 88. y Montalv. á d. l. 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero, donde opina por la negativa, y lo propio sostiene Rodrig. Suar. repetic. á d. l. del Fuero fol. 22. y 23., bien que añade deber estarse en esta parte á la costumbre, y que jamas ha visto observarse la de resarcirse semejantes perjuicios.

(94) Añad. l. 6. D. *de pact. dot.*

(95) Añad. l. 10. hácia el fin y sigs. D. *de jur. dot.*

(96) Conc. l. 21. C. *de jur. dot.*, glos., Bart., Cyn., Bald. y Salic. allí, siendo la razon de esto, la de que en tal caso se hace la estimacion y justiprecio precisamente para conocer el valor de la cosa, y para saber despues si ha sufrido deterioro mientras el marido la ha tenido en su poder: y añad. tambien l. 69. §. 7. D. d. tit. y l. ult. D. *de pact. dot.*, en la cual se propone otra cuestion notable, á saber, la de si habiéndose constituido en dote una cosa estimada y pactádose que hubiese de restituirse habida razon de sus aumentos ó disminuciones, deberá tenerse en cuenta al tiempo de la restitucion el mayor valor en que tal vez haya vendido el marido la cosa dotal; en cual caso deberá decirse que semejante estimacion no causa verdadera venta, y asi que irá á cargo del marido, y deberá este abonar el menor valor que tuviere la cosa dotal respecto del en que hubiere sido estimada, y al contrario, que lucrará en igual proporcion todos los aumentos que aquella hubiere tenido, ll. 50. y 51. D. *solut. matrim.*, y la glos. y DD. allí. Nótese, empero, que otorgándose el pacto de que se habla en esta ley, ó sea, el de haberse de restituir la misma cosa constituida en dote aunque se la dé estimadamente, se sobrentiende, aunque no se convenga espresamente, que debe restituírsela habida razon de los aumentos ó deterioros, como lo declaran los DD. modernos á d. l. 50., y lo confirman dd. ll. 21. C. *de jur. dot.*, l. ult. D. *de pact. dot.*, y l. 11. D. *de fund. dot.*

(97) ¿Qué dirémos cuando no se haya deteriorado la cosa sustancialmente ó en sí misma, sino en su precio ó valor relativo, ó al contrario? Véas. la glos. y Bart. á d. l. 21. y Salic. allí: debiendo entenderse siempre lo declarado aqui respecto de los deterioros causados por culpa del marido y nó de otros, segun d. l. 66. D. *solut. matr.*, Alberic. y DD. á d. l. 21.

dezir dellas. E dezimos, que si la muger diere alguna sierua a su marido, e la apreciare quando gela diere, e el prometiere del dar el apreciamiento della, si el casamiento se partiesse por muerte, o por juyzio, que en tal caso como este, el pro, o el daño que auiniere por razon de aquella sierua, sea del marido. E aun si acaesciesse, que tal sierua ouiesse fijos despues que fuesse dada en dote, serian otrosi del marido (98). Mas si por auentura recibiesse el marido sobre si el peligro tan solamente (99) del empejoramiento, e non de la muerte; o de la muerte, e non del empejoramiento; en tal manera, maguer fuesse apreciada la sierua, non serian los fijos, o el fijo, que nasciessen della, del marido, mas de la muger. E si la muger non diesse la sierua apreciada al marido, pertenesce el pro, o el daño que viniesse por razon della, e sera de la muger, e non del marido (100).

LEY 21. *De los ganados que son dados en dote, e de las otras cosas que se pueden contar, o pesar, o medir; a quien pertenesce el daño, o el pro dellas.*

Ganados (101) dan las mugeres en dotes a las vegadas a sus maridos. E si por auentura, quando establescen la dote en ellos, non los aprescian, el peligro que y auiniere sera de la muger; e leuara el marido los frutos dellos, para sostener el matrimonio, mientra que durare: pero si acaesciesse, que de los ganados (102) que diere la muger en dote a

(98) Conc. l. pen. §. 3. D. *solut. matrim.*, y l. 18. D. *de jur. dot.* Pero, atendidas las leyes y general costumbre de nuestra España, por las cuales se adquieren en comun para el marido y la muger todos los gananciales ¿se considerarán como tales los partos de las esclavas dadas en dote, y entrarán por consiguiente en el haber comun? Parece que nó; pues no se los considera como frutos, l. 28. D. *de usur.*, y §. 37. Instit. *de rer. divis.*, bien que lo contrario se infiere de que en la sociedad conyugal se comunican no solo todos los *frutos* verdaderamente tales, sino tambien todos los réditos ó rentas, segun la l. ult. tit. 4. lib. 5. Ordenamiento Real [l. 2. tit. 4. lib. 10. Nov. Recop.] y los partos de las esclavas se califican de rentas en la l. 14. §. 1. D. *de usur.*, sobre lo cual véas. estensamente á Alex. despues de otros á la l. 58. §. 4. D. *ad Trebell.*; y de otra parte por las mismas leyes y costumbre del reino entra en la sociedad indistintamente todo lo que adquieren en cualquier concepto el marido y la muger, porque á lo menos, respecto de los gananciales, hay entre los cónyuges sociedad universal; y asi todo lo que sean ganancias debe considerarse comun á entrambos, arg. l. 3. §. 1. *pro soc.*: á mas de que, pues si la esclava se muere ó sufre algun daño, corre ese daño ó pérdida por cuenta del marido, justo es que adquiera éste los lucros procedentes de la misma esclava; ó mejor, en tanto se le declara responsable de su conservacion, en cuanto se supone que por medio de ella habrá podido adquirir algun lucro: y asi cesa la razon de nuestra ley de Partida, siendo consiguiente que adquiera los beneficios aquel que está espuesto á soportar los daños.

(99) Conc. l. 1. C. *solut. matrim.*, y glos. allí; y es conforme lo dispuesto en esta ley con lo anotado por Azon *in summa* C. *de jur. dot.*, col. antepen. vers. *si autem in dote*; debiendo tenérselo muy presente, pues no estaba asi establecido por el derecho comun.

(100) Véase l. 25. de este tit.

(101) Véase lo anotado por Bald. al cap. 1. versic. *sciendum*, hácia el fin *de feud. cognit.*, y conc. l. 10. §. 2. D. *de jur. dot.*, y ll. 18. y 68. con las dos sigs. D. *de usufr.*, §. 37. Instit. *de rer. divis.*, y l. unic. §. 9. C. *de rei ux. act.*, vers. *fœtus autem.*

(102) ¿Deberá entenderse lo dispuesto aqui para el caso en que se hayan dado las reses en dote bajo el nombre de *rebaño*, y como una verdadera agregacion ó universalidad, o bien dirémos que tambien estará obligado el marido á reemplazar con otras las reses que vayan muriendo, aunque se le hayan dado en dote quinientas cabezas, por ej., ú otro número determinado, sin usarse el nombre de rebaño? No deja de ser esto algo dudoso, atendido que en la l. 70. §. 3. D. *de usufr.*, se halla establecido que el usufructuario solo está obligado al reemplazo, cuando se le haya legado el usufruto del rebaño, nó si se le ha legado el de un determinado número de cabezas. Tal vez, empero, haya de decirse lo contrario respecto de la dote, para que la muger no corra el peligro de quedar indotada, y considerarse al marido obligado indistintamente, como podria inferirse de los términos generales y absolutos en que estan concebidas esta nuestra ley y la l. 10. §. 2. D. *de jur. dot.* Mas, no puede esto decidirse tan fácilmente, y véase la notable decision de Bald. al cap. 1. vers. *sciendum*, hácia el fin *de feud. cognit.*, donde pretende que, concedida en feudo una heredad con las bestias halladas en ella, finido el feudo deberá restituirse el precio ó estimacion de las que se hayan muerto ó deteriorado, en iguales términos que está dispuesto respecto del usufruto de las cosas

su marido, mueran (103) algunos, tenudo es el marido de tornar otros tantos, en lugar de aquellos que murieron, de aquellos fijos mismos (104) que nascieron dellos. Mas si establesciesse la muger la dote, en cosa que se pudiesse contar; assi como en auer monedado, de qual manera quier que sea; o en cosa que se pueda pesar, assi como oro, o plata, o otro metal qualquier que sea, o en cera, o en otra cosa semejante; o en cosa que se pueda medir, assi como ciuera, o vino, o olio, o otra qualquier que se pueda medir; todo el pro, o el daño que auiniesse en qualquier destas cosas, despues que fuessen dadas, seria del marido, e non de la muger. E esto es, porque desque gelas da la muger, puedelas el marido vender (105), e fazer dellas lo que quisiere, para seruirse dellas, e mantener el matrimonio mientra durare. Mas con todo esto, tenudo es de tornar a la muger otro tanto, e atal como aquello quel dio en dote, si se partiere el matrimonio en vida, sin su culpa della, o por muerte.

LEY 22. *A quien pertenesce el peligro de la dote, que fue vencida por juyzio.*

Venciendo (106) algun ome en juyzio al marido, por la dote quel dio (107) su muger, o por la quel ouiesse dado alguno en nome della; si non fuesse apreciada la dote cuando la establescieron, el peligro seria de la muger, si se perdiesse la dote, o se menoscabasse. Pero en esto ha departimiento: ca, o se obliga el que da la cosa en dote, de la fazer sana, a aquel que la recibe del, sil vencieren della por juyzio, o non. E si se obliga, tenudo es de complir aquello a que se obligo, quier sea la muger, o otro por ella. E si non se obliga a fazer esto, auiendo buena fe quando la establescio, cuydando que era suya, e que non auia y embargo ninguno; o lo fizo engañosamente, cuydando que era agena. E si auia buena fe cuando la dio, non es tenudo de la fazer sana (108), maguer sea vencido della. E si lo fizo engañosamente, tenudo es de la fazer sana. Otrosi dezimos, que si el marido fuesse vencido por juyzio, despues que el casamiento fuesse fecho, de la dote quel ouiesse dado su muger; si tal dote como esta fuesse apreciada (109)

fungibles, l. 2. D. *de usufr. ear. rer. quæ us. consum.*

(103) O de otra manera se inutilicen, l. 69. D. *de usufr.*

(104) Bien sean de los nacidos antes de morir ó inutilizarse los otros, bien de los nacidos despues; de suerte, empero, que, si no los hubiere, no estará obligado al reemplazo, segun la glos. á d. §. 37. Instit.; cuya primera opinion aprueban allí los DD. ¿Pero subsistirá la obligacion si, habiendo nacido otras reses, no ha cuidado el marido de ponerlas en reemplazo y entre tanto han aquellas perecido tambien ó quedado inutilizadas? Parece que sí, segun la l. 70. D. *de usufr.*

(105) Añad. l. 42. D. *de jur. dot.*, de la cual trae orígen la presente de Partida; y añad. glos. á la l. 51. D. *solut. matrim.*, debiendo decirse lo mismo de todas aquellas cosas muebles que no pueden conservarse fácilmente; véas. glos. á la l. un. §. 15. C. *de rei uxor. act.*, Juan Fabr. y Ang. despues de la glos. al §. 1. Instit. *quib. alien. lic. vel non.*

(106) Y ¿estará la muger obligada, si se lo pidiere el marido, á prestarle caucion para la eviccion de la cosa dotal? Véas. Bart. á la l. 2. pr. hácia el fin D. *solut. matrim.*, y l. 52. D. *de jur. dot.*

(107) Así, pues, la dote no se considera tal hasta que ha sido entregada; pues si bastara el que se la hubiese prometido, deberia estarse á la eviccion indistintamente, segun la l. 2. C. *de jur. dot.*, y la l. 2. C. *de evict.*

(108) ¿Qué dirémos, empero, cuando eviccionada la dote, le quedaren todavía á la muger otros bienes parafernales, con que poder alimentarse ó constituir una nueva dote? Si en ese caso pidiere la muger alimentos al marido ¿podrá este escepcionar que aquella es rica y tiene con que alimentarse, ó tambien que se habia pactado al celebrarse el matrimonio, que este no se haria sin dote? Véas. Bald. nov. trat. *de dote*, fol. 38. vers. 43. *privilegium*, donde opina por la afirmativa, espresando como cosa notable que, viniendo dicho caso, puede el marido escusarse de alimentar á la muger, mientras esta no le constituya una nueva dote: mas debe advertirse que, segun Alber. á la l. 1. C. *de jur. dot.*, donde sostiene la opinion contraria, el marido debe imputarse á sí mismo el haber empezado á sostener las cargas del matrimonio antes que se le garantizara la eviccion de la dote; por donde se ve que la citada opinion de Bald. nov. no puede admitirse sin exámen, bien que se funda en una razon de equidad, cual es, la de que tampoco debe imputarse al marido el no haber procurado que se le caucionara la eviccion, cuando tal vez, al dársele la dote, no habia temor alguno de que llegara aquella á eviccionársele.

(109) Y si, habiéndose estimado la cosa an-

quando gela diessen, tenuda es la muger de darle otra tal cosa, e tan buena, como aquella que auia dado por dote. Esso mismo seria, si gela ouiesse dado otro qualquier en nome della, ca es tenudo de gela fazer cobrar. Pero esto que diesse al marido en esta manera, deue ser contado en lugar (110) de la dote primera; e bien assi deue vsar della.

LEY 23. *Por quales razones gana el marido la dote que le fizo la muger, o ella la donacion que fizo el marido por razon del casamiento.*

Gana el marido la dote quel da su muger, e la muger la donacion quel faze su marido por el casamiento, por alguna destas tres maneras. La vna es, por pleyto que ponen entre si. La otra, por yerro que face la muger (111), faziendo adulterio. La tercera, por costumbre: e la que es por pleyto que ponen entre si, se faze desta guisa; como quando otorgan ambos en vno, el vno al otro, que muriendo el vno dellos sin fijos, el otro que fincare, que aya la dote, o la donacion toda, o alguna partida della, segund lo establescieren. E tal pleyto como este deue ser fecho entre ellos egualmente (112). E si por auentura fuesse pleyto puesto, de como el marido ganasse la dote de la muger, e sobre la donacion, o las arras, non fuesse dicha alguna cosa; entiendese (113), quel pleyto que puso en la dote, ha lugar en la donacion. La tercera razon, que es de costumbre, por que se gana la dote, o la donacion, es como si fuesse costumbre (114) usada de luengo tiempo en algun lugar, de la ganar la muger quando muere el marido, o el marido quando muere la muger; o si fuesse costumbre de la ganar alguno dellos, quando el otro entrare en Orden. E lo que dize en esta ley, de ganar el marido, o la muger, la do-

tes de las bodas, pereciese entre tanto y antes de celebrarse aquellas, pereceria para la muger, l. 10. §. 4. D. *de jur. dot.*; debiendo segun d. l. decirse lo mismo, si antes de las bodas hubiese sido la cosa eviccionada, segun Azon *in summa* C. d. tit. col. 5.

(110) Añad. l. 16. D. *de jur. dot.*

(111) Asi tambien cederá en favor de la muger la donacion *propter nuptias*, cuando sea el marido quien hubiere cometido el adulterio, l. 8. §. 4. vers. *si vero causam*, C. *de repud.*; pues en esta parte se reputan entrambos de igual condicion, segun la glos. al cap. 1. *ut lit. non contest.* Pero si el que constituyó la dote hubiese estipulado que se le restituiria á él disuelto el matrimonio, entonces no la lucraria el marido, aunque fuese adúltera la muger, l. 24. C. *de jur. dot.*, donde puede verse tratada por la glos., Cyn. y Bald. la cuestion de si lo dicho tendria ó nó lugar con el padre, cuando fuese él el que hubiese constituido la dote, sin haber pactado que se le restituyese, y la de si, lucrando el marido la dote por el adulterio de la muger, estaria obligado á las cargas hereditarias; sobre lo cual véas. la l. 27. y Bald. y DD. allí C. *de jur. dot.* Nótese, empero, que el heredero del marido que hubiese conservado en su casa á la adúltera despues del adulterio, no podria por razon de este lucrar la dote ni escepcionar su restitucion, segun la l. 15. §. 1. versic. *morum* (segunda lectura de Dino) y Bart. allí D. *solut. matrim.* Y si por el contrario se hubiese retirado la misma adúltera y separádose del marido, ¿podrá el heredero de este oponer la escepcion de adulterio, cuando se le pidiere la restitucion de la dote? Véas. Bald. nov. trat. *de dote*, fol. 32. col. 4. pr., donde dice que por nadie ha visto tratada esa cuestion; y sobre lo mismo véas. lo que notablemente espresa Salic. á la l. ult. C. *de adult.*, y lo anotado á la l. 3. tit. 17. Part. 7. — * A propósito de lo que se lee en el principio de la presente nota, téngase presente lo dicho en la adic. á la nota 7., ó sea, que la muger por derecho español, adquiere siempre irrevocablemente el dominio de las *arras* ó donaciones que el marido le hubiere hecho por causa de matrimonio: de donde se infiere que, entre nosotros, no podrá tener aplicacion la pena que conminaba el derecho comun contra el marido adúltero de no poder recobrar la donacion *propter nuptias* disuelto el matrimonio.

(112) Añad. la autent. *æqualitas* C. *de pact. convent.* y la Novela de donde aquella está tomada: siendo de notar que, no acostumbrándose en el dia hacer semejantes donaciones *propter nuptias*, tampoco valdria el pacto que se hiciese de haber de quedar la dote á favor del marido sobreviviente, segun la glos. y Bald. á la autent. *dos data* C. *de donat. ante nupt.* — * porque equivaldria semejante pacto á una donacion á favor del marido, por la que se haria este mas rico y mas pobre la muger, V. adic. á la nota preced.

(113) Añad. l. ult. vers. *sin autem donatio* C. d. tit.

(114) No hay en España tal costumbre: — * ántes bien está espresamente escluida por la sucesion forzosa de los descendientes y por la de los ascendientes que en falta de aquellos establece la l. 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

te, o la donacion que es fecha por el casamiento, por alguna de las tres razones sobredichas, entiéndese, si non ouiessen fijos de consuno. Ca si los ouiessen (115), entonce deuen auer los fijos la propriedad de la donacion, o de la dote; e el padre, o la madre, el que fincare biuo, o el que non entrare en Orden (116), o que non fiziere adulterio, deue auer en su vida el fructo della. Otrosi dezimos, que finando el marido, o la muger sin testamento, e non dexando fijos, nin otros parientes que hereden lo suyo, que el otro que finca biuo (117), gana la dote, o la donacion, que fue fecha por el casamiento, e todos los otros bienes que ouiere el que muriere assi. E saluo en este caso, e en los otros tres que deximos, por otra razon qualquier que se departa el matrimonio derechamente, siempre deue tornar (118) la donacion al marido, e la dote a la muger. (*h*) Mas si la muger touiere paños escusados (119), que su marido le aya dado, si el muere, luego deue ella tornar tales paños con sus aparejos a los herederos del marido: e ella terna para si los paños que traye.

(*h*) lo que sigue hasta el fin de esta ley falta en la edicion de la Acad.

(115) Tocante á la pérdida de la dote en que incurre la muger por razon del adulterio, conc. la Nov. 117. cap. 9. §. 4. *collat.* 8., y tocante á la adquisicion de la misma por parte del marido en fuerza de convencion ó pacto, conc. la Nov. 98. cap. 1. *collat.* 7; y añad. glos. á la l. 1. C. *si constant. matrim. dos sol. fuer.* y Bald. á la autent. *sed et si quis* C. *de secund. nupt.;* siendo de notar que en la presente ley se dispone lo mismo para el caso de lucrar el marido la dote por costumbre que para el caso de lucrarla por pacto: pues se equiparan en esta parte el pacto, la costumbre y el estatuto, segun la l. 56. y Bald. allí C. *de Episc. et cleric.*

(116) Indícase aqui que, habiéndose pactado que el marido haya de lucrar la dote, la lucrará, aun cuando se disuelva el matrimonio por el ingreso de la consorte en religion, como está declarado tambien en d. l. 56. C. *de Episc. et cleric.* lo cual, empero, debe entenderse para el caso de que se disuelva el matrimonio *quoad vinculum;* pues, no siendo asi, no lucraría el marido la dote hasta la muerte natural de la muger: V. Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 22. col. 2. hácia el fin.

(117) Conc. l. 1. C. *und. vir. et ux.* l. 1. D. *de jur. dot.* y l. 6. tit. 13. Part.ª 6.ª — * Y V. el apéndice á la sucesion intestada al fin de d. tit. 13. Part.ª 6.ª

(118) Añad. cap. ult. *de don. int. vir. et ux.*

(119) Nótese bien lo que aqui se dispone, porque era un punto muy dudoso por derecho comun, segun Bart. á la l. pen. §. 1. D. *solut. matr.* Luc. de Pen. á la l. 9. C. *de incol.* Montalv. á la l. 6. tit. 3. lib. 3. del Fuero de las leyes, donde trata estensamente esta materia, sin citar, empero, la presente ley de Partida, y Palac. Rub. repetic. cap. *per vestras* rubr. col. 30. 31. 32 y sig. Apruébase aqui la opinion de este último, la que sostenian tambien Bart. y los DD. comunmente á d. l. pen., distinguiendo entre los vestidos de uso diario y los festivos ó mas preciosos: bien que en el texto de nuestra ley aqui tampoco se habla espresamente de los vestidos festivos ó preciosos, sino de los *escusados* y de los cotidianos; de suerte que toda la dificultad está en determinar cuáles sean esos vestidos llamados *escusados* y cuáles los cotidianos: calificacion que, respecto de los festivos y cotidianos, opinaba Juan de Imol. á d. l. pen. §. 1. col. pen. que debia dejarse al arbitrio del juez. Montalvo á d. l. 6. refiere una opinion que dice ser de cierto doctor Rodrigo Alvaro y á la que parece él adherirse, diciendo que de los vestidos que da el marido á la muger al tiempo de las bodas aquellos que son mas indispensables y tales que, sin faltar al decoro, no puede carecer de ellos la muger, son indistintamente de esta última; pero que si son de otra clase como de púrpura ó brupen ó de aquellos cuyo uso es propio de las personas Reales, serán estos del marido y de sus herederos; doctrina que veo confirmada por la l. 52. de *Toro* [l. 3. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.] en la cual se dispone lo relativo á las donaciones que se hacen á la muger antes de entrar á la casa del marido y de consumarse el matrimonio. Pero á mí me parece de todos modos muy dudosa semejante opinion, atendiendo á que aquellos vestidos nupciales no se dan á la muger como desposada ó en clase de donacion esponsalicia, sino como á consorte, segun lo comprueba la l. 4. C. *de donat. ant. nupt.* y l. 6. D. *de jur. dot.;* por donde se ve que no es aplicable á ese caso d. l. de *Toro*. Por lo demas, el que la referida distincion entre los vestidos festivos y cotidianos tiene tambien lugar respecto de los vestidos nupciales lo sostienen Bart. á la l. 1. §. 15. D. *de collat. bonor.* y á la l. 5. §. 10. D. *commod.* Alberic. á d. §. 10. y al parecer Juan de Imol. á d. l. pen. §. 1. col. 4. versic. *idem forte si uteretur.* De otra parte, la razon que indica Montalv. respecto de los vestidos que no puede el marido escusarse de dar, sin que falte al decoro, mas bien argüiria lo contrario de lo que aquel pretende; pues en las cosas hechas por necesidad no hay

LEY 24. *Que deue ser guardado, quando casan algunos en vna tierra, e fazen pleytos entre si; e despues van morar a otra, en que es costumbre contraria de aquel pleyto.*

Contece muchas vegadas, que cuando casan el marido, e la muger, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el vno, que herede el otro la donacion, o el arra, que dan el vno al otro por el casamiento (120); o fazen su auenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E despues que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que vsan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella auenencia, que ello pusieron. E porque podria acaescer dubda, quando muriesse alguno dellos, si deue ser guardado el pleyto que pusieron entre si, ante que casassen, o quando se casaron, o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, porende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron, ante

espontaneidad ni liberalidad por parte del que las hace, ni se presume por consiguiente que, haciéndolas, quiera otorgar una donacion, l. 18. D. *de adim. leg.* y asi al parecer opinan Juan de Imol. y Alber. lugares antes citados. Mas bien, pues, deberémos decir que quedará al arbitrio del juez el declarar, considerado el rango ó cualidad de las personas, cuáles sean los vestidos *escusados*: debiendo calificarse de cotidianos aquellos, sin los cuales la muger no podria presentarse en público y de los que usa para salir diariamente, segun Bald., lugar citado, de suerte que aun aquellos de que usare comunmente en los dias festivos y de los que no podria prescindir sin faltar al decoro de su clase, se reputarán tambien por cotidianos, por mas que opinase lo contrario d. Palac. Rub. pretendiendo que solo á los de uso diario era aplicable esta consideracion de ser ó nó indispensables por decoro: pero Bald. la aplica indistintamente á unos y otros; y en efecto, respecto de todos milita la misma razon. Por lo que hace á los anillos, piedras preciosas y otros adornos semejantes, V. tambien á Bald. á d. l. pen. §. 1.; y á Alex. consil. 42. vol. 5. donde trata de los anillos de uso diario: y en órden á si el marido está obligado á dar á la muger los aderezos y otros adornos preciosos, á lo menos en cuanto al uso de los mismos, V. Juan de Imol. rubr. D. *solut. matr.* col. 4.

(120) Parece aprobarse aqui la opinion de los DD. antiguos y de Francisc. Verceleu. referida por Juan And. al cap. 1. *de sponsal.* y desecharse la de Bart. y otros á la l. 65. D. *de judic.* quienes fundados en el texto de d. l., pretenden que en esta parte habria de estarse á la costumbre ó á los estatutos del lugar del domicilio del marido, en donde hubiese de casarse la muger. Adviértase, empero, que, segun Rodrig. Suarez en su comentario á la l. 1. tit. 3. lib. 3. Fuero de las leyes, *charta* 19. col. 2. donde alega la presente de Partida, debe entenderse lo dispuesto en ella para el caso de tener el marido y la muger intencion de permanecer en el lugar donde contraen el matrimonio; mas que si lo hubiesen celebrado con la idea de trasladarse luego al del domicilio del marido, deberia estarse á la costumbre de este último y nó á la del contrato; y lo funda en d. l. 65. y en la doctrina de Bart., Ang. y otros allí y del mismo Bart. á la l. 1. col. 6. C. *de summ. Trin.*; cuya distincion, sin embargo, dudo mucho que pueda sostenerse, ya por las varias interpretaciones que se han dado á d. l. 65., ya porque lo que en la misma se establece no se refiere á la adquisicion ó lucro por parte de la muger de lo que le hubiere donado el marido, sino á la facultad que le compete para pedir que le sea entregado desde el momento en que se hubiere contraido el matrimonio, ya tambien por los términos generales y absolutos en que esta nuestra ley está concebida, los cuales no admiten la distincion con que quieren restringirla los citados intérpretes fundados en aquel texto del derecho comun, arg. l. ult. tit. 14. Part. 3ª, y lo anotado á la l. 6. tit. 4. de la misma, á mas de que, fuera en mi concepto el mayor de los absurdos el que, no habiendo en el lugar del contrato costumbre ni estatuto alguno por el cual el marido debiese lucrar la dote y habiéndolo en el lugar del domicilio del marido, debiese estar la muger á lo que se observase en este último y viniese á quedar asi engañada: por esta razon opinaba ya Bald. al cap. 1. §. ult. *de invest. de re alien. fact.*, diciendo ser esto muy notable, que los estatutos vigentes en el lugar del domicilio del marido no debian perjudicar á la muger, cuando esta los ignorase, doctrina que por cierto se recomienda por su notoria equidad, y que tengo por verdadera, por mas que haya dicho en contrario Dec. consil. 19., fundándose en que la muger que casa con un habitante de otro pueblo debe procurar enterarse de las leyes y costumbres de este pueblo, y, no haciéndolo, debe imputarse á sí misma su omision; porque esa razon podria tener alguna fuerza respecto de la muger que casara con un estrangero ó vecino de otro reino; mas á la que trata de enlazarse con un compatriota no puede imputársele á culpa el que no haya cuidado de saber, ni haya hecho advertencia á las particu-

que casassen, o quando casaron; e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuesen a morar. Esso mismo seria, maguer ellos non pusiessen pleyto entre si: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias (121) que fizieron; e non la de aquel lugar do se cambiaron.

lares costumbres del pueblo ó domicilio de su marido, y aun naturalmente habrá hasta ignorado que existiesen, creyendo que se observarian en él las leyes generales del reino: la ignorancia de estas es la que no es escusable, ll. 3 y 9. C. *de legib.* mas nó la de las particulares costumbres de cada poblacion ó comarca, cap. 1. *de constit.* Bald. siguiendo á Prepos. á d. cap. 1. §. ult. col. 5. Felin. al cap. 1. *de sponsal.* Jas. á la l. 1. C. *de summ. Trinit.* (segunda lectura) num. 60. Alex. consil. 100. vol. 3. La presente ley de Partida ademas no ha querido separarse de las que establecen que haya de estarse á la legislacion ó costumbre del lugar del contrato, l. 6. D. *de evict.* y cap. *illa* dist. 12. Sin embargo de esto conviene advertir que las palabras de nuestro mismo texto «*e despues que son casados, acaesce que vienen á morar á otra tierra*» podrian confirmar en cierto modo la interpretacion de Suarez, por referirse á aquellos que, al tiempo de casarse, hubiesen tenido intencion de permanecer en el lugar del contrato, y mudando despues de propósito se ausentasen de él, y nó á los que desde un principio hubiesen tenido la intencion de pasar á otro lugar y se hubiesen casado en esa misma idea, en cuyo último caso parece que el marido se casa como forastero y puede tener alguna fuerza la razon alegada por los DD. Lo propio se infiere de las palabras «*o la costumbre de aquella tierra do se mudaron*» las que indican hablarse aqui del caso en que el marido y la muger cambien entrambos de domicilio; por lo cual la interpretacion antes propuesta deberia entenderse con la limitacion de Bald. de que arriba se ha hablado; y en el mismo sentido parece haberla tomado Palac. Rub. repetic. cap. *per vestras* rubr. col. 273. (limitacion 6ª) al tratar de las donaciones entre marido y muger, citando á Bald. á d. l. ult. pr. C. *si á non compet. jud.*, donde esplica este en iguales términos lo dicho por Juan Andr. á d. cap. 1. *de sponsal.* con referencia á Francisc. y lo propio se lee en Anton. y Abb. á d. cap. 1. hácia el fin; pudiendo verse finalmente sobre el particular el elegante consil. de Dec. 283, duda 2ª, y lo anotado por Bart. consil. 4. vol. 2. — * V. la adic. á la nota que sigue.

(121) Refiérese esto á las ganancias hechas durante el matrimonio, segun se deduce de las anteriores palabras: *lo que ganaren de consuno*: y parece deber entenderse lo que aqui se dispone respecto de los bienes adquiridos en el lugar donde se ha celebrado el matrimonio, nó de los que lo fueren en otro lugar á donde se hubieren trasladado despues; á menos que se hubiere pactado espresamente lo contrario, pues entonces lo convenido seria lo que deberia observarse indistintamente. Mas, no siendo asi, deberá estarse á la costumbre, y esta no pasa los límites del territorio en donde se haya introducido y generalizado su observancia, cap. ult. *de constit.*, l. ult. D. *de jurisd. omn. jud.*, ni una causa limitada puede producir un efecto ilimitado, antes este debe seguir la misma proporcion que aquella, l. 22. §. 1. D. *de adopt.*, l. 30. §. 1. D. *de excus. tut.*; pero la autoridad de la costumbre no se estiende mas allá del territorio en que se la haya observado, l. 53. C. *de decur.*, luego tampoco sus efectos; y asi deberá estarse siempre á la costumbre del lugar en donde esten sitos los bienes, l. 27. D. *de tut. et cur. dat. ab his*, l. 47. §. 2. D. *de admin. tut.*, l. 4. C. *de jur. fisc.*, y lo propio en un caso análogo parece decidir Juan Andr. adic. al Specul. tit. *de instrum. edit.*, §. *compendiosè*, col. 7. sobre la palabra *opponunt*, donde, despues de Guillerm. de Cun., tratando de cierta costumbre de Francia por la cual la consorte, sobreviviendo al marido, lucra parte de los bienes de este, pretende que semejante costumbre no debe hacerse estensiva mas que á los bienes sitos en el territorio en donde se suele observarla; y asi lo opinan tambien Oldrald. consil. 248. que empieza, *præsupposita consuetudine*, cuest. 1., Pedr. de Anch. consil. 163. que empieza, *visis diligenter*, *et inspectis*, y Juan Cirier en su tratad. *primogenituræ*, lib. 2. cuest. 7. col. 7. Deberémos, pues, decir para la mejor inteligencia de esta materia, que, ó bien el matrimonio habrá sido contraido en lugar determinado y con intencion de no permanecer en él sino de trasladarse inmediatamente al del domicilio del marido ó de la muger, ó á otro que al efecto se hubiere elegido, ó bien se le habrá celebrado en el domicilio mismo del marido ó el de la muger, y habrán entrambos permanecido allí por algun tiempo; pero despues, mudando de propósito, habrán pasado á residir á otro: en el primer caso deberá estarse á la costumbre del lugar al que pasen los consortes á fijar su residencia, y nó á la del en que se hubiere celebrado el matrimonio, segun lo ano-

tado por Bald. á d. l. ult. C. *si à non comp. jud.*, y á tenor de lo dicho en la nota precedente acerca de la adquisicion de la dote y de las *arras* á favor del consorte sobreviviente; de suerte que por lo tocante á esas ganancias, ni aun habrá que distinguirse entonces, en mi concepto, si la muger sabia ó ignoraba los estatutos ó la costumbre del pais á donde se hayan los consortes trasladado, como he distinguido en órden á las dotes y *arras* en la nota precedente, por no obrar respecto de aquellas la misma razon; pues respecto de las ganancias trata la muger precisa y esclusivamente de *lucro captando*, al contrario de lo que sucede respecto de la dote que es propia de la muger, y podria esta esponerse á perderla ó á lo menos á quedar privada de la facultad de disponer de ella; por lo cual me parece equitativo no considerarla obligada á observar los estatutos ó costumbres que ella hubiese ignorado para el efecto de lucrar el marido la dote; pero no creo haya de decirse lo mismo respecto de los gananciales, pues tampoco hay paridad entre el hecho de perder lo que ya se tiene ó dejar de adquirir lo que puede lucrarse, l. ult. C. *de codicill.* V. á Dec. consil. 19., y ademas es sabido que no se considera perjudicado al que solo ha visto frustrada una esperanza, l. 26. D. *de bon. libert.*, y que siempre es mas favorable la causa del que trata de precaver un daño que la del que trata de adquirir un lucro, l. 1. y Juan de Plat. allí C. *de pœn. fisc. cred. præf.* En el segundo caso, empero, ó sea, en el de haberse los consortes trasladado accidentalmente á otro punto, despues de haber permanecido por algun tiempo en el lugar del contrato, que es propiamente el de que se trata en la presente ley, deberá observarse la costumbre del lugar del contrato, y nó la del lugar al que se hayan los consortes trasladado, segun Anton. y el Abad al cap. 1. *de sponsal.*, Rodrig. y Juan Lob.; á tenor de lo cual si el marido y la muger hubieren contraido matrimonio en la ciudad de Córdoba, (en la que no se observa la costumbre de comunicarse entre los consortes los gananciales) y con ánimo ó intencion de permanecer en ella, y al cabo de algun tiempo resolvieren pasar á vivir á Granada ó en otro de los puntos en donde hay dicha costumbre, deberá estarse á la de Córdoba, y por consiguiente nada adquirirá la muger á título de gananciales: y al contrario si, habiéndose celebrado el matrimonio en Granada ó Salamanca, pasaren despues á residir en Córdoba, hasta los gananciales adquiridos en esta última ciudad se entenderán comunes, como lo opina dicho Juan Lobo y dice haberlo visto así declarado en muchos casos por la Chancillería. Paréceme, no obstante, que esta opinion puede tan solo admitirse con ciertas restricciones, y que lo dispuesto en la presente ley tendrá únicamente lugar en cuanto á los gananciales adquiridos en el lugar del contrato, de modo que respecto de los mismos se haya de estar á la costumbre de dicho lugar, pero nó respecto de los adquiridos en otro distinto, si los consortes hubieren pasado á residir en él contra la intencion que tenian al tiempo de casarse, pues en cuanto á estos deberá observarse la costumbre de aquel lugar en donde hayan sido adquiridos; por manera que si, casados en Córdoba con ánimo de permanecer allí, se hubieren despues trasladado á Granada, ó á otra parte en que haya costumbre de comunicar los gananciales, se observará la costumbre de Granada respecto de los que se hubiesen adquirido despues de la traslacion, lo cual á tenor de lo dicho mas arriba parece conforme al derecho y á la equidad; pues del mismo modo, aun en el caso de haber permanecido en Córdoba ó en el lugar del contrato, no se aplicaria la costumbre de este último á los bienes inmuebles adquiridos fuera del territorio del mismo, por ser la disposicion de esta nuestra ley de aquellas que versan nó sobre las personas, sino sobre las cosas, como tambien la l. 1. tit. 3. lib. 3. Fuero de las leyes, en la cual está consignada esa costumbre de comunicar los gananciales con las siguientes palabras: *Toda cosa que el marido, y la muger ganaren, o compraren de consuno, ayanlo ambos por medio;* y siempre que se trata de costumbres ó estatutos de aquellos que directamente se refieren á las cosas ó á la propiedad de ellas, se han de aplicar aquellos solo á los bienes sitos en el territorio donde respectivamente rigen, porque á los bienes mismos y nó á las personas afecta la costumbre, ya sean aquellos poseidos por vecinos del lugar, ya por forasteros, l. 6. §. ult. D. *de mun. et hon.*, á diferencia de los casos en que la costumbre se refiera á las personas y nó á las cosas, segun Bart. á la l. 1. col. 17. vers. *sed posset dubitari* C. *de sum. Trinit.*, y Alex. á quien puede verse consil. 128. que empieza, *consideratis verbis instrumenti*, donde combate las razones alegadas en contrario por Salic. á d. l. 1., y asi con mayor motivo todavía deberá procederse segun esos principios, cuando se tratare de personas que hayan trasladado su domicilio y dejado el del lugar en donde se observe la costumbre, en cuyo caso sostenia tambien lo contrario Salic. lugar cit. Ahora, si se hubiere contraido matrimonio en uno de los lugares en donde es costumbre de comunicar los gananciales y con ánimo de permanecer en él, y despues mudando de propósito se trasladaren los cónyuges á otro lugar en que no hay tal costum-

bre, á Córdoba por ej., entonces deberá estarse á la del lugar del contrato respecto de los gananciales adquiridos antes de dicha translacion, y á la de Córdoba respecto de los adquiridos en esta última ciudad, por ser la comun opinion la de que en tales términos deben aplicarse respectivamente las costumbres locales, segun Socin. consil. 288. col. 1. *circa primam quæst.*, vol. 2. Pedro de Anch. repet. cap. *canonum statuta*, *de constit.*, charta 14. col. 4. Juan Cirier tratad. *primogen.*, lib. 2. cuest. 7., 8. y 9., en donde trata de lo que deberá decirse de los bienes ó gananciales adquiridos fuera del lugar ó domicilio en que tienen los cónyuges su residencia: y véas. á Aymo., á quien consil. 30., he visto sostener la misma opinion despues de escrita la presente nota, y Bald. *de pace Constant.*, versic. *si qua*, donde dice que la concesion hecha á un toscano de un castillo de Alemania debe cumplirse á tenor de las costumbres alemanas, como deberia cumplirse á tenor de las toscanas la que se hiciese á un aleman de un castillo sito en la Toscana; de donde puede inferirse lo que deberá observarse cuando un comerciante estrangero fundare en España un mayorazgo con bienes sitos en territorio español, á saber, que deberá regulársele en todas sus partes por lo prescrito en las leyes de España. — * La costumbre de Córdoba, á que se refiere nuestro glosador aqui, por la cuál estaban escluidas las mugeres en dicha ciudad de la participacion de gananciales, fue espresamente abolida por D. Cárlos IV en su real provision que forma la l. 13. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec., prescribiéndose en ella que las casadas cordobesas gozasen como las demas del reino, las ventajas de la sociedad conyugal. Mas nó por esto deja de tener el mismo interes é importancia la cuestion que tan difusamente trata Gregor. Lopez en la presente nota; por cuanto en algunas provincias (la de Cataluña por ej.), que se rigen todavía por sus fueros particulares, no está ni ha estado jamas admitida dicha sociedad conyugal, y en otras comarcas ó poblaciones se admite y observa el principio de dicha sociedad, pero se le da una aplicacion algo distinta de la que prescribe el derecho general, como sucede en Alburquerque y Jerez de los caballeros, en donde por costumbre aprobada por la l. 12. de dd. tit. y lib. Nov. Rec. está en observancia el fuero del Baylío, y á tenor de este se consideran comunes ó gananciales sin escepcion todos los bienes que llevan los casados al matrimonio ó que adquieren despues por cualquier título ó razon. ¿Si, pues, se casare un castellano con una catalana ó al contrario, habrá entre ellos sociedad conyugal? ¿Estarán sujetos dichos consortes al derecho general de España ó al particular de Cataluña? Y si se casare un castellano con una jerezana ó al contrario ¿entrarán en la sociedad como gananciales todos los bienes sin distincion conforme al fuero del Baylío, ó tan solo los que se declaran tales por las leyes recopiladas? ¿Se atenderá en semejantes casos al derecho vigente en el domicilio del esposo ó al que lo esté en el de la esposa? ¿Se atenderá al derecho vigente en el territorio á donde entrambos quieran pasar á residir despues de casados? Y si durante el matrimonio adquirieren bienes inmuebles sitos en otro territorio ¿se aplicará respecto de estos el derecho admitido en dicho territorio, prescindiéndose del domicilio de los consortes? Véas. sobre esto á Juan Voet *comment. ad Pandectas* lib. 23. tit. 2. §§. 85. y sigs., donde trata magistralmente esa cuestion, y demuestra con buenas razones que en todos los casos propuestos deberá darse la preferencia al derecho vigente en aquel pais ó territorio, al cual, al tiempo de casarse, hayan tenido los esposos intencion de pasar á residir ó establecerse, que suele ser por punto general el del domicilio del marido: sin que pueda hacerse distincion por razon del lugar ó territorio en donde se hallen sitos los bienes adquiridos, aunque estos sean inmuebles, ni por razon de los cambios sucesivos y accidentales de domicilio verificados por los consortes durante el matrimonio; porque la cuestion debe resolverse y se resuelve en tales casos por presuncion de voluntad, y la presunta intencion de los consortes de acomodarse á las leyes ó derecho del pais en que pasan á establecerse, viene á formar una especie de convencion que una vez celebrada, aunque tácitamente, no podria ya revocarse sin el consentimiento de entrambos, y que en cierto modo ni aun por el mutuo disenso podria revocarse, por cuanto la renuncia por parte de la muger á la participacion de gananciales vendria á ser una especie de donacion á favor del marido, prohibida durante el matrimonio: bien entendido, empero, que todo lo dicho tendrá lugar tan solo cuando, por pacto espreso nada se hubiere convenido entre los esposos; puesto que, teniendo estos distinto domicilio ó procedencia y habiendo convenido antes ó al tiempo de casarse que se sujetaban al derecho vigente en el domicilio del marido ó en el de la muger, este es el que deberá observarse, aunque pasen á vivir en territorio sujeto á otras leyes ó costumbres, del mismo modo que pueden por pacto escluir del todo la sociedad conyugal, ó modificarla libremente en sus efectos los castellanos que se casan y residen en Castilla ó en otro de los paises en donde rigen las leyes recopiladas; por cual razon y por la de ser,

LEY 25. *Quantas cosas a menester el marido para poder ganar los frutos de la dote de su muger.*

Necessarias son al marido tres cosas (122), e conuiene por fuerça que las aya, para ganar el fruto de la dote que le dio su muger. La primera es, que el matrimonio sea fecho (123). La segunda es, que sea metido en tenencia (124) de la dote. La tercera, que sufra (*i*) el embargo del matrimonio, gouernando (125) a si mismo, e a su muger, e sus fijos, e a la otra compaña que ouieren: e auiendo el marido por si estas tres cosas sobredichas, deue auer los frutos (126) de la dote que le diere su muger, quier sea estimada, o non; fueras en la manera que de suso es dicho, en la ley (127) que fabla de los fijos de la sierua que fuesse dada en dote: (*j*) o dize, que non deue ser del marido, si non recibiere sobre si el peligro del empeoramiento, e de la muerte. Nin otrosi non deue ser del marido, lo que ganasse tal sierua como esta, o otro sieruo qualquier que le diesse la muger en dote; si lo ganasse por donacion quel diesse alguno, o le mandasse en su testamento. Mas lo que tales sieruos ganassen por obra de sus manos (128), o con dineros del marido; tales ganancias como estas deuen ser del, e non de la muger. E esto que deximos de los sieruos, entiendese, si lo non tomo el marido apreciado, e si non rescibio sobre si el embargo del empeoramiento, e de la muerte.

(*i*) el encargo del matrimonio Acad.
(*j*) do dice que Acad.

LEY 26. *Como deuen ser partidos los frutos de la dote, quando el Casamiento se departe por juicio.*

Auiendo tal embargo, entre algunos que estuuiesen casados, que non fuesse adulterio,

aunque legal, voluntaria, la sociedad entre los cónyuges, aunque estos sean de diferente territorio, solo puede haber cuestion cuando nada entre ellos se haya convenido respecto de la sociedad: y por esto tambien hemos observado antes que semejante cuestion, cuando la haya, debe resolverse por presunciones de voluntad.

(122) Las mismas que propone la glos. siguiendo á Azon á la l. 7. D. *de jur. dot.*

(123) Pues los frutos que percibiere antes de celebrarse el matrimonio, se consideran capitalizados como aumento de la dote, l. 6. D. *solut. matrim.*, l. 7. §. 1. D. *de jur. dot.*, y l. 28. de este tit.

(124) Véas. l. 5., glos. y DD. allí D. *solut. matrim.*, y Alex. consil. 147. vol. 15.

(125) Añad. d. l. 7. y l. 20. C. *de jur. dot.*

(126) Conc. d. l. 7. y d. l. 20. con la l. 18. de este tit. Nótese, empero, que durante el matrimonio se presume que es alimentada la consorte, mas bien como tal y por consideracion al matrimonio mismo, que por consideracion á la dote, Bald. á la l. ult. C. *de jur. dot.*; si bien es de opinion contraria Luis Rom. y nó sin motivo, segun puede verse allí mismo en las adiciones. Sobre si en algun caso deberá ser el marido alimentado de la dote, véas. Bald. á la l. 29. (2ª lectura) C. d. tit., y puede pactarse que el marido haya de ceder á la muger los frutos de la dote para los alimentos de aquella y de los suyos, en cual caso no podrá el marido repetir los que en virtud de dicho pacto le hubiere entregado, l. 2. C. *de pact. conv.*, siendo de notar que si echare de su casa á la muger, deberá siempre restituirle los que él hubiere percibido, Bald. á la l. 1. hácia el fin col. 1. C. *de privil. fisc.* Pero ¿será válido tambien el pacto de que la muger haya de alimentarse á sí misma y el marido posea la dote y haga suyos los frutos? Lo será, segun la l. ult. pr. D. *de dol. except.*, y véas. sobre esto á Bald. nov. tratad. *de dote*, fol. 4. col. 2. y principio de la siguiente, donde trata tambien del pacto de que hayan de considerarse los frutos como aumento de la dote, y mas estensamente todavía se ocupa de lo mismo en la *charta* 38. col. 3. vers. 42. *privilegium.* Y en los matrimonios putativos ¿hará el marido tambien suyos los frutos, cuando soportare las cargas? Véas. á d. Bald. nov. *chart.* 57. col. 3., 4. y sigs. Cuando lo aportado en dote por la muger sea el usufruto de alguna finca ¿hará el marido suyos los frutos de la misma? Dirémos que sí, segun la l. 7. §. 2. D. *de jur. dot.*; bien que esto deberá entenderse en el caso de ser el mismo derecho ó servidumbre de usufruto, lo que se haya constituido en dote; nó cuando lo hayan sido los frutos simplemente, como lo prueba la l. 4. D. *de pact. dot.*, y Bald. allí. Adviértase, empero, que en el dia, á tenor de la ley del Fuero que habla de los gananciales, todos los frutos percibidos de cualesquiera bienes se hacen indistintamente comunes del marido y de la muger. — * Véas. la adic. á la nota 166. de este tit.

(127) V. l. 20. de este tit.

(128) V. l. unic. §. 9. C. *de rei ux. act.*

por que ouiessen a partir el matrimonio en vida, deue ser entregada la dote a la muger, segund de suso diximos (129). E esto se entiende, si non fuere apreciada al tiempo que fue dada. Ca estonce seyendo apreciada, deue auer la estimacion (130) della, e non mas. E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deuen ser los de aquel año en que se departe el matrimonio, queremoslo aqui mostrar. E dezimos, que los deuen departir desta manera: que deue el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, quantos meses (131), e quantas semanas duro el matrimonio en aquel año; e todos los otros deuen fincar en saluo a la muger, e a sus herederos (*k*) si se ella finasse; sacadas las despensas (132) de aquel año, que fizo el marido en labrar la cosa (133), que le era dada en dote. E este año se deue començar a contar, desde el dia que se cumplio el matrimonio por palabra de presente, e fue entregada la dote al marido; quando acaesciesse, que en aquel mismo año (134), que fuera fecho el casamiento, se departiesse. E la parte sobredicha, que diximos que deue auer el marido fasta el dia que fue departido el matrimonio, entiendese tambien de los frutos que fuessen ya cogidos al dia del diuorcio, como los que fincassen por coger adelante en esse mismo año. Esso mismo seria, si fuesse la dote de tal natura, que lleuasse dos vegadas (135) en el año fruto; o si fuesse atal, que en tres años non diesse mas de vn fruto.

LEY 27. *De los arboles, que cortan, o se arrancan, en alguna heredad que es dada en dote, cuyos deuen ser.*

Tajando el marido algunos arboles, de aquellos que non son costumbrados de tajar, que estouiessen en alguna heredad, que le ouiesse dado su muger en dote que non fuesse apreciada, non los deue el marido auer, mas la muger. Ca non puede tomar, nin con-

(*k*) si ella finase Acad.

(129) Añad. l. 7. de este tit.

(130) Añad. l. 10. C. *de jur. dot.*

(131) Y si, tratándose de un beneficio, lo hubiere renunciado el clérigo obtentor hallándose ya los frutos en sazon, ¿deberán estos repartirse tambien entre dicho renunciante y su sucesor en el beneficio? V. á Juan de Plat. despues de Andr. de Baru. á la l. 1. C. *de annon. civil.* donde trata esta cuestion estensamente, y concluye diciendo que todos los frutos pertenecerán al sucesor, segun lo establecido para el caso que dice propuesto en la *Novell.* 57. *collat.* 5. pr. y cap. 1. Y si á alguno se le hubieren consignado por tiempo determinado y en retribucion de alguna obra los frutos y rentas de todos los beneficios que vacaren dentro de un decenio, ¿deberán dársele los frutos hasta del beneficio ó beneficios que vacaren al terminar el decenio de modo que pueda seguirlos percibiendo por todo el tiempo estipulado y aun despues de pasados los diez años? V. á Oldrald. consil. 112. donde opina por la afirmativa, y añade que no debe en ese caso hacerse distincion ni proratearse el tiempo. Y en órden á la proporcion ó al tiempo por el cual ceden los frutos ó pensiones al comprador y al legatario, V. Bald. á la l. 1. C. *de usur. et fruct. leg.* col. 3. Sobre los frutos de los feudos, V. al mismo Bald. §. *his consequenter hic fin. lex*, *deinde consuet. regni incip.* Sobre los de los predios enfitéuticos, V. á Bart. á la l. 122. al fin pr. D. *de verb. obl.*, pudiendo inferirse de lo que se lee en los tit. citados que es lo que deberá decirse acerca de los frutos de los mayorazgos; y V. sobre estos á Theo. Bald. á d. §. *his consequenter*, Paul. de Castr. á la l. 18. pr. D. *ad Trebel.* y Jas. á la l. 18. D. *sol. matr.* Mas si el fundador del mayorazgo, al tiempo de morir, hubiere dejado los frutos pendientes de los bienes al primer llamado, ¿tendrá este obligacion de dejarlos tambien al inmediato sucesor? Parece que nó; antes bien aquel los habrá hecho suyos y no serán considerados como parte del mayorazgo: segun se deduce de lo anotado por Socin. á d. l. 122. pr. *de verb. oblig.*, vers. *postremo*, y Cuman. cuest. *pact. de revendendo.*

(132) Pues ningun caso hay en que no deban hacerse estas deducciones l. 51. D. *fam. erc̃isc.* V. estensamente la l. 7. D. *sol. matr.* Bald. á la l. 1. C. *de fruct. et lit. expens.* col. 1. 2. 3 y 4. donde pone á esa regla muchas escepciones, Specul. y Juan Andr. en sus adiciones tit. *de locato* §. *postquam* vers. *quid si tibi locavi*, y Bart. y Paul. á la l. 72. D. *ad leg. Falc.*

(133) Añad. l. 7. §. 16. D. *sol. matr.*

(134) Asi lo entiende Az. *in summa* C. *de jur. dot.* col. penult. ll. 5 y 7. §. 1. D. *sol. matr.*

(135) Añad. l. 7. §. 6. D. *sol. matr.* siendo de advertir que lo dispuesto en nuestra ley aqui deja hoy de estar en observancia en España, por deber dividirse entre el marido y la muger todos los frutos y gananciales adquiridos durante el matrimonio, á tenor de la l. del

tar por fruto el arbol; como quier que podria lleuar el fruto del, ante quel cortasse. Esso mismo seria, si tales arboles como estos arrancasse (136) viento, o los derribasse, o los tajasse otro alguno: ca de la muger deuen ser, e non del marido. Otro tal seria, si la muger diesse al marido en dote alguna heredad, en que fuesse fallada pedrera (137), despues (138) que gela ouiesse dado, ca si la pedrera fuesse de natura que non cresciesse, despues que tajassen della, que deue ser de la muger, e non del marido. Mas si la pedrera fuesse de tal natura, que cresciesse, assi como auiene en algunos logares; de tal como esta, deue ser el fruto della del marido, mientra durare el matrimonio.

LEY 28. *De los frutos que resciben los esposos de la dote ante de las bodas.*

Desfrutan los esposos a las vegadas ante de las bodas, las dotes que les dan las esposas: e los frutos que de esta manera resciben, non los ganan ellos, mas acrescen (139) la dote; porque deuen ser ayuntados con ella, e contados con ella. E como quier que despues que han fecho las bodas, deuen ser en poder del marido tales frutos como estos, en vno con la dote, e los deue desfrutar, para sostener el matrimonio; con todo esso, si se departiere el casamiento, en saluo fincan a la muger. Pero si el esposo gouernasse, e diesse de vestir, ante de las bodas, a su esposa, los frutos que rescibiesse de la dote en aquella sazon, non deuen ser contados con ella, nin demandados al esposo. E esto es de egualdad (140), mas non por fuerça de derecho. E podria acaescer que seria assi, quando al-

Fuero. En Córdoba, empero, donde esta ley no está en uso procederia lo prescrito en la presente de Partª, si se hubiese renunciado á los gananciales adquiridos durante el matrimonio; pues seria válido semejante pacto ó renuncia mientras se le hubiese hecho al contraerse el matrimonio, segun Juan Fabr. rubr. Instit. *de nupt.* y Rodrigo Suar. comentando la citada ley del Fuero vers. *quæritur*. Tal vez tambien podria tener alguna aplicacion lo dispuesto aqui, si la muger renunciase á los gananciales disuelto el matrimonio y no tuviese otro predio que el dotal. En órden, empero, á si podria hacerse semejante renuncia durante el matrimonio, V. lo anotado á la l. 5. de este tit. —* V. tambien la l. 13. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. y lo dicho en la adic. á la nota 121 y 166. de este tit.

(136) Lo mismo deberia decirse de los árboles que se esterilizasen, porque obra la misma razon, segun Juan de Imol. á la l. 7. §. 12. D. *sol. matr.* á menos que el marido los hubiese reemplazado con otros, l. 12. D. *de usufr.*

(137) Nadie puede hacer escavaciones para estraer piedra de propiedad agena, á menos que asi lo autorice la costumbre, l. 13. §. 1. D. *commun. præd.* como lo prueba bastantemente esta nuestra ley; bien que podria deducirse lo contrario de la l. 6. C. *de metallar.* pero ya ha observado Paul. allí que se habla en ella de los filones que estén á mucha profundidad y que no se hallen fácilmente de otra manera; para lo cual tiene cualquiera facultad de hacer escavaciones subterráneas en el fundo ageno, por la razon de pública utilidad y de practicar minas, porque esto no perjudica al dueño, mientras no se hagan los trabajos en la superficie; pues si asi se hiciera y se desmoronase la propiedad agena, podria oponerse el dueño. Procederá, pues, lo dispuesto en esta ley cuando las piedras que se quieran estraer se hallen en la superficie, en cual caso nadie tendrá derecho de estraerlas sin permiso del dueño. Véas. Paul. allí.

(138) Pues si la cantera no se hubiese descubierto nuevamente, y se hubiese dado en dote la heredad en que existiese aquella, los productos de la misma cederian indistintamente á favor del marido, l. 8. D. *solut. matr.*, segun la opinion de Azon aprobada por Bart. allí y por Juan de Imol.; bien que la limita este último al preciso caso de percibirse de dicha heredad otros frutos á mas de los productos de la cantera; pues si no se percibiesen otros, pretende que serian aquellos de la muger, y se entenderia que el importe de los mismos era lo que se habia dado en dote, sobre todo en el supuesto de no ser aquellos productos perennes; porque de otra manera, durando mucho tiempo el matrimonio, podria suceder que esplotando el marido la cantera y agotando la piedra, viniese á quedar indotada la muger: doctrina que no deja de ser equitativa, por mas que la haya desechado Alex. allí, y sostenido que debia entenderse d. l. en toda su generalidad y sin la propuesta limitacion que, dice, destruiria casi enteramente lo dispuesto en la misma.

(139) Conc. l. 6. D. *sol. matr.* y l. 7. D. *de jur. dot.*

(140) Apruébase la opinion de Azon *in summa* C. *de jur. dot.* col. pen. vers. *si autem ante nuptias percipiantur fructus.* La glos. á d. l. 6. D. *sol. matr.* espresa que esta consideracion de igualdad es atendida por la ley municipal de

guno se desposasse con alguna que non fuesse de edad (141), e la ouiesse de atender fasta que lo fuesse.

LEY 29. *Si puede la muger demandar la dote que dio al marido, mientra durare el Matrimonio.*

Baratador, e destruidor seyendo el marido de lo que ouiere (142), de manera que entendiesse la muger, que venia el marido a pobreza por su culpa; assi como si fuesse jugador (143), o ouiesse en si otras malas costumbres, por que (*l*) destruyesse lo suyo locamente; si temiere la muger, que le desgastara, o le mal metera su dote, puedelo demandar por juyzio, quel entregue (144) della; o quel de recabdo (145), que la non enajene; o que la meta en mano de alguno, que la guarde, e que gane con ella derecha-

(*l*) desgastase Acad.

Bononia; y toda vez que la vemos consignada tambien en la presente de Partª, dirémos por tanto que deberá entre nosotros estarse á ella, y nó al rigor del derecho, arg. l. 8. C. *de jud.* l. 1. C. *de legib.* V. Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 58. col. 3. al fin col. 4. y fol. 59.; siendo de todos modos digno de notarse que asi se haya decidido la presente ley por lo que prescribe la equidad, en un punto sobre el cual estaban los intérpretes del derecho comun muy divididos, y aun la mayor parte de ellos se inclinaba á la opinion contraria.

(141) ¿Qué deberia decirse en el caso de tener la desposada la edad cumplida, pero de no ser válido el matrimonio por razon de parentesco ú otro impedimento? V. Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 57. col. 3 y 4. y fol. 58.

(142) Esto es, empezando á prodigar sus propios bienes: para cual caso concede la presente ley á la muger el remedio mas pingüe que se le habia concedido por el derecho de las Novelas, segun la Nov. 97. cap. ult. *collat.* 7. entre otros varios que le dispensaba para semejante caso el derecho comun, como el de instar el secuestro, l. 22. §. 8. D. *sol. matr.*, el de poder exigir la dote tan luego como apareciese no quedarle ya al marido bastantes bienes para responder de ella, l. 24. pr. D. d. tit. y el de poder accionar libremente, como si no estuviese casada con los acreedores del marido que hubiesen entrado en posesion de bienes de éste hipotecados á favor suyo, ó contra cualesquiera terceros poseedores de dichos bienes, l. 29. C. *de jur. dot.*, sobre el cual V. á Bart. y DD. allí, donde dicen que el utilizar uno de los espresados remedios no escluye el que se utilicen en lo sucesivo los demas, como lo dice tambien Juan Lob. de Palàc. Rub. repetic. cap. *per vestras*, *charta* 1 y 2. — * Obsérvese que ese remedio mas pingüe concedido á la muger por d. Novel. 97. consistia en eximir á esta de colacionar la dote siempre que, habiendo estado aquella constituida bajo la patria potestad ó en la menor edad, durante el matrimonio, y habiéndose empobrecido el marido, hubiese dejado de recobrarse la dote oportunamente por haber sido omiso el padre en repetirla: y ese remedio precisamente es el de que no se habla una palabra en la presente ley de Partida, al paso que se conceden por ella á la muger todas las mismas acciones que se le habian concedido por las leyes del Digesto y Código citadas por el glosador en la presente nota: de suerte que no es fácil comprender lo que ha querido decir aquel, al observar que esta nuestra ley concordaba con la espresada novela.

(143) Nótese bien el caso que se pone aqui por ejemplo de la prodigalidad, á saber, el de ser el marido jugador, ejemplo que no se encontraba tan espreso en el derecho comun; pudiendo verse á Bald. á d. l. 24. D. *sol. matr.* donde esplica cuáles sean los casos en que se tiene á uno por disipador de su propia hacienda, pr. col. 4. vers. 1. *quæro* y sigs.; y Palac. Rub. d. repet. col. 50. vers. *ex multis* y siguientes.

(144) Ya consista en muebles, inmuebles ó en dinero, segun d. Palac. lugar citado vers. *ampliabis* 15. col. 140.

(145) Apruébase aqui la opinion de Anton. al cap. *per vestras*, *de donat. int. vir. et ux.* Luis Rom. á la l. 24. pr. D. *solut. matr.* y Bald. Nov. tratad. *de dote* fol. 15. col. 4. vers. 5. *limita*, ó sea la de que el marido que empobrezca ó haya empezado á disipar sus bienes puede librarse de haber de restituir la dote, ofreciendo caucion idónea, lo que parece tambien establecerse en d. cap. *per vestras:* bien que, por derecho comun, se pretendia generalmente lo contrario por la glos. y DD. á d. l. 29. C. *de jur. dot.*, por Bart. á d. l. 24. cuest. 10., donde afirma Alex. ser esta la comun opinion; y tambien lo sostiene asi Palac. Rub. repetic. col. 12., fundándose en que no fuera justo el que los intereses de la muger hubiesen de depender de una frágil caucion. Parece, pues, que podrá estarse á lo que pretende Abb. á d. cap. *per vestras*, ó sea, que se deje al prudente arbitrio del juez el determinar cuál de estos remedios pueda utilizar la muger, ya que la ley habla alternativamente, debiendo aquel en tales casos consultar para decidirlo el interes y utilidad de la misma muger. Adviér-

mente, e de las ganancias guisadas, e honestas (146), que les de dellas onde biuan. E esto puede fazer en esta manera, maguer dure el matrimonio. Mas si el marido fuesse de buena prouision, en aliñar, e endereçar lo que ouiesse, e non malmetiesse lo suyo locamente, segund que es sobredicho: maguer viniesse a pobreza (147) por alguna ocasion, nol podria la muger demandar la dote mientra que durasse el matrimonio. E en tal razon como esta se entiende lo que dize el derecho (148): que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido, que nol deue desapoderar de la dote quel dio.

LEY 30. *A quien deue ser entregada la dote, si muriere la muger.*

Muerta seyendo la muger, en tal tiempo que durasse el matrimonio entre ella, e su marido, si fijos non dexare (149), que hereden lo suyo, deue ser entregada la dote a su pa-

tase, no obstante, que, al proponer dicho Abad la espresada doctrina, se funda en la circunstancia de dirigirse como se dirigen al juez las palabras del citado cap. *per vestras*, circunstancia que no se observa en la presente ley de Partª; y, pues las palabras de esta van dirigidas á los particulares interesados, parece que ellos mismos, ó sean las mugeres, tendrán la eleccion del remedio que mejor les acomode, segun lo anotado por Bald. á la l. 17. C. *de transact.* á saber, que, cuando por las leyes se conceden varios remedios alternativamente, tiene respecto de ellos la eleccion aquel á quien se han concedido, l. 9. §. 1. D. *de tribut.* y Palac. Rub. repetic. del cap. *per vestras* col. 12. Pero aun asi, parece que quedará siempre algo al arbitrio del juez, de suerte que, si viere no estar bien garantida la muger por medio de la caucion, podrá proveer que se le entregue á esta la dote ó que se la deposite en poder de algun comerciante abonado, segun que lo considere mas conveniente á los intereses de la misma muger, véas. Bald. á d. l. 29. col. 3. vers. *pone quod vir*, C. *de jur. dot.* Debe notarse, no obstante, que si el marido fuese notoriamente conocido por disipador, ni aun con fianza se le permitiria retener la dote, §. 12. Instit. *de suspect. tut.*, y Juan Andr. á d. cap. *per vestras.*

(146) Conc. d. cap. *per vestras*, vers. *de parte honesti lucri*, fundado en el cual pretende Juan de Plat. á la l. 4. C. *de susceptor. et arch.*, que es lícito en el dia entregar dinero á un comerciante y estipular del mismo los réditos ó intereses que honestamente puedan percibirse: y añade allí mismo la notable especie de que todo comerciante versado en los negocios, se presume haber percibido algun lucro del dinero depositado en su poder, á menos que dentro el año protestare y probare lo contrario por medio de indicios verosímiles, y Ang. á la l. 2. pr. C. *de navicul.*, dice haberlo asi aconsejado, fundado en la misma l. y en la l. 7. §. 10. D. *de admin. tut.* Y ¿será lícito depositar la dote con el pacto de que el capital quede siempre salvo al marido y á la muger? Hay sobre esto diversas opiniones, sosteniendo la negativa Abb. á d. cap. *per vestras*, contra Juan Andr. allí, y el mismo Abb. al cap. *naviganti*, col. 2. *de usur.*, opinando el comun de los intérpretes con d. Abb., segun refiere d. Palac. Rub. repet. col. 482. §. 8. *infertur*, á quien puede verse allí, donde trata estensamente de esta materia.

(147) Apruébase la opinion de la glos. á d. cap. *per vestras*, vers. *ad inopiam*, al fin, adoptada tambien por Jacob. de Aret., Cyn., Juan Fabr. y muchos otros á la l. 29. C. *de jur. dot.*, y Cardin. á d. cap.; á pesar de sostener los intérpretes del derecho civil comunmente la contraria, ó sea, que puede la muger pedir la restitucion de la dote cuando el marido se haga pobre, aunque esto le suceda sin su culpa, segun refieren Abb. al cit. cap. y Alex. á la l. 22. §. 7. D. *solut. matrim.* Nótese, pues, lo dispuesto en nuestra ley aquí, que deberá observarse hasta en el fuero eclesiástico, segun Palac. Rub. d. repetic. col. 100., y, que tendrá lugar aunque el marido fuese ya pobre al tiempo de contraerse el matrimonio, y tambien aunque sea un hombre diligente que no disipe su fortuna, como se declara en esta misma ley; pues en tal caso obra aun con mas fuerza la razon de dicha disposicion, que en el de haber perdido el marido sus bienes con posterioridad á la celebracion del matrimonio: y asi no debe, pues, admitirse la opinion de Bart. y otros á la l. 24. pr. D. *de jur. dot.*, cuest. 6. parte 1ª, sobre la cual véas. á d. Palac. en d. repet. col. 99., donde alega tambien la presente ley de Partida.

(148) Como en el cap. *per vestras*, 7. *de donat. inter vir. et uxor.*

(149) Luego en el caso de haber la muger dejado hijos deberémos decir *à contrario sensu* que la dote profecticia pertenecerá á los hijos y nó al padre de la misma muger, segun la opinion de Martin. á la l. 4. C. *sol. matr.*, la que espresa la glos. allí estar conforme con la costumbre, pero nó autorizada por el derecho. Y en efecto, prescindiendo de dicha costumbre, era por derecho comun, este punto muy dudoso, de suerte que muchos doc-

dre della (150). E esto se entiende, quando la dote fuesse profeticia, que quier tanto dezir, como quando es dada de los bienes del padre; fueras ende, si el marido la ouiesse auer por alguna de las tres razones, que dize en la ley que comiença: Gana el marido. Mas si el matrimonio se partiesse, biuiendo la hija, por algund embargo derecho; si fuere la dote profeticia, deue ser entregada al padre, si fuer biuo, e a la fija, a amos (151) de so vno. E si el padre fuere muerto, deue ser entregada a la fija (152), quier aya fijos, o non. E si la dote fuere aduenticia (153), e fuesse fecho diuorcio biuiendo la fija, otrosi deue ser entregada a ella, e non al padre, maguer fuesse biuo. E si la dote ouiere dada otro qualquier (154), que non fuesse padre de la muger, e la diesse simplemente sin otra

tores y principalmente Luis Rom. á la l. 40. D. *solut. matrim.*, decian ser necesario que lo decidiese el emperador con su autoridad legislativa, y lo mismo espresaba Socin. parte 1ª consil. 9. que empieza, *prosequendo ordinem*, y estensamente Salic. á d. l. 4. De todos modos, empero, tenemos esa cuestion claramente resuelta por la presente ley de Partida. Y cuando el padre hubiere estipulado que se le restituya la dote si no existieren hijos disuelto el matrimonio, los hijos que tal vez existan al tiempo de disolverse aquel, ¿tendrán derecho á percibir dicha dote como herencia materna, en fuerza del pacto tácito que importa el habérselos puesto en condicion? Véas. Bald. á la l. 3. col. 2. y 3. C. *de bon. quæ lib.*, y véase tambien la presente de Partida, donde dice, *si ella muriere sin hijos*.

(150) Conc. l. 4. C. *solut. matrim.*; debiendo esto entenderse, segun la glos. allí, con tal que la hija dotada se halle todavía bajo la potestad de su padre, y nó de otra manera. ¿Qué deberia, empero, decirse si el padre hubiese estipulado la restitucion de la dote para despues de disuelto el matrimonio? Entonces, verificándose la disolucion, deberia dicha dote restituírsele, aunque la hija hubiese sido emancipada, Bart. y DD. á la l. 40. D. *solut. matrim.*, y á la l. 1. §. 11. C. *de rei ux. act.*; entendiéndose con las limitaciones que trae el mismo Bart. lugar citado col. 5. y 6. Ahora, al hermano no le seria permitido poner semejante pacto ó estipular en esos términos la restitucion, cuando constituyese la dote á favor de su hermana por haberle prevenido que lo hiciese el padre en su testamento, Bald. á la l. 6. col. 3. C. *de jur. dot.*

(151) Conc. l. 2. §. 2. ll. 3., 4. y 37. D. *solut. matrim.*

(152) Añad. l. 1. §. 11. C. *de rei ux. act.*

(153) Añad. la autent. *quod locum*, C. *de collat.*, y l. 2. §. 1. D. *solut. matrim.*

(154) Conc. l. unic. §. 3. C. *de rei ux. act.*, y si á un marido le ha prometido dote un estraño por contemplacion á su muger, ¿tendrá aquel accion para exigirla por sí, ó deberá en union con el mismo accionar tambien la muger? Véas. l. 2. y DD. allí C. *de dot. promiss.*; debiendo estenderse lo dispuesto en esta ley hasta al caso en que se hubiere prometido la dote al marido por contemplacion á su muger siendo esta una persona incierta, ó tal que no le debiera el dotante afeccion alguna; pues á pesar de ello se entenderá hecha la donacion á favor de la misma, como en el caso de la l. 108. D. *de verb. oblig.* Y no se ha de distinguir, pues tampoco distingue nuestra ley aqui ni la cit. l. unic. §. 13., entre los casos de ser rica ó pobre la muger, por contemplacion á la que haya prometido un estraño la dote; y lo mismo opina Bald. nov. trat. *de dote*, *charta* 21. vers. 45. *privilegium*; donde opina que igualmente deberá estenderse lo dicho á los casos en que no se haga la promesa por pura liberalidad, y aunque pueda presumirse que el promitente ha tenido algun motivo especial para hacer semejante promesa; pues observa que si debiese limitarse lo dicho á los casos en que se constituyera la dote por pura liberalidad, y hubiera de considerarse como una verdadera donacion, ya nada habria en esto que pudiese decirse establecido por contemplacion ó especial favor de la dote: y hasta infiere de ahí que, siendo el que promete la dote un deudor de la muger, mas bien deberá presumirse que lo hace con ánimo de donar, que nó con el de pagar la deuda, á menos de decirlo asi espresamente; lo que no deja de ser notable, bien que es al propio tiempo muy dudoso, véas. al mismo allí, col. 2. y 3. ¿Qué diríamos, empero, cuando el deudor de la muger no hubiese prometido la dote, sino pagado la que ya habia sido prometida ó constituida por aquella? ¿Se presumiria haberla pagado con ánimo de donar ó con el de estinguir la deuda? Véas. sobre esto la distincion que hace d. Bald. allí. No menos deberá aplicarse lo dispuesto en nuestra ley aqui, al caso de haber un estraño constituido la dote, diciendo que lo hacia determinadamente por tal muger ó en nombre de la misma. A pesar de eso, no se entenderia haber obrado el promitente como un *negotiorum gestor*, sino con ánimo de donar, segun d. Bald. nov. allí col. 3. Debe, empero, notarse bien que todo lo que acaba de espresarse tendrá únicamente lugar cuando sea la

postura; si ella muriere sin fijos (155), deue ser entregada la dote a los herederos de la muger. E si algun pleyto pusiesse, el que la establescio, quando la daua, deue ser guardado (156) segund que le puso aquel que la dio (157).

LEY 31. *Quando deue ser entregada la dote a los herederos de la muger.*

Desatado seyendo el matrimonio por alguna razon derecha; luego que el diuorcio sea fecho, deue ser entregada la dote a la muger, o a sus herederos, si fuere de cosa que sea rayz (158). Mas si fuere la dote de co-

muger misma quien haya de aportar la dote al marido; pues, si tuviera padre á quien incumba la obligacion de dotarla, y, hallándose aquel ausente ú ocultándose para eximirse de aquella obligacion, la cumpliese por él un estraño ó dotase á la hija, no se presumiria entonces hacerlo con ánimo de donar, sino que podria despues reclamar del mismo padre la dote que asi hubiese constituido á título de *negotiorum gestor*, arg. l. 5. §. 14. D. *de lib. agnosc.*, y véas. Bald. nov. lugar cit. fol. 9. col. 2., donde sostiene la misma opinion y la califica de muy notable. Tampoco procederia lo dispuesto en nuestra ley, cuando, al prometer el estraño la dote, hubiese obrado por mandato ó á ruegos de la muger; en cual caso deberia adoptarse la distincion que propone Bart., á quien puede verse á la l. 9. §. 1. D. *de condict. ob caus.*, y tampoco cuando no hubiese llegado á tener efecto el matrimonio por contemplacion al cual se hubiese prometido y pagado la dote; pues entonces podria el estraño promitente repetir la dote por la condiccion *ob causam*, l. 6. y Bart., allí, D. d. tit., y el mismo á la l. 53. D. *de condict. indeb.*; y tampoco finalmente cuando el dotante, siendo un hermano ó un estraño, hubiese tenido á su cargo la administracion de los bienes de la muger al tiempo de constituir la dote, sobre lo cual véas. la glos., Bart., Cyn., Bald. y Salic. á la l. ult. C. *de dot. promiss.*, donde puede verse lo que procederia en el caso de ser el dotante un hermano y haber constituido la dote de bienes comunes á él y á la dotada.

(155) No se lee esto en la l. unic. §. 13. C. *de rei ux. act.*, de la cual trae orígen la presente de Partida: y con estas palabras parece declararse que, existiendo hijos del matrimonio en contemplacion del cual se constituyó la dote por un estraño, debe esta entregárseles cuando muera la madre, aun cuando no sean herederos de esta, en fuerza del pacto tácito que importa la constitucion dotal: de donde se infieren dos consecuencias; primera, la de que en realidad puede admitirse á tenor de esto la opinion de Martin. á la l. 4. C. *solut. matrim.*, de la que se ha hablado arriba, nota 149.; segunda, la de que los espresados hijos, aun no siendo herederos de la madre, sucederán, en fuerza de dicho pacto tácito, á la referida dote, quedando en estos términos decidida la cuestion de que se ocupa Bald. á la l. 3. C. *de bon. quæ lib.*, y á d. l. 4. Sobre esto, empero, importa tal vez suspender el juicio, porque no deja de ser una innovacion que no puede admitirse sin maduro exámen.

(156) ¿Qué deberá decirse cuando, siendo un estraño el que constituyó la dote, hubiere estipulado simplemente que esta se restituyese, sin espresar á quién? ¿Seria el mismo estraño ó la muger quien podria pedir la restitucion? Podria pedirla la muger y nó el dotante, por exigirlo asi el ser la causa de dote siempre privilegiada, y tambien el que, como se declara en la presente ley, semejante constitucion dotal se reputa y considera como una verdadera donacion hecha á favor de la muger. Asi se declara respecto de un caso análogo en la l. 40. D. *solut. matrim.*; y lo propio deberia decirse si el estraño que constituyó la dote hubiese estipulado que esta se restituyese á él ó á la muger, ó bien á él ó á quien de derecho correspondiese, segun todo puede verse en Bart. á la l. 45. D. d. tit., y en Bald. nov. tratad. *de dote*, *charta* 18. col. 1. y 2. Pero si hubiese estipulado el dotante la restitucion á favor suyo y de la dotada, competeria entonces la accion á entrambos para pedirla por mitad, segun Bart. lugar citado. Y si aquel hubiese estipulado la restitucion á favor suyo, ¿podrá entonces accionar la muger en el caso de la ley próxima antecedente, [esto es, en el caso de hacerse el marido pobre ó disipar sus bienes]? Véas. la glos. á la l. 24. pr. y Bart. allí D. d. tit. y l. 6. D. *de condict. ob caus.*

(157) Sobre si en este caso tendrá el derecho de tácita hipoteca por la restitucion de la dote el estraño que la hubiere constituido, V. Bald. nov. tratad. *de dote*, fol. 9. col. 3. donde opina por la negativa; debiendo añadirse, que si la madre ó los hermanos ricos dotaren á su hija ó hermana pobre, no podrán estipular á favor suyo la restitucion de la dote, segun d. Bald. nov. allí *charta* 23. col. 4.; y es digno de notarse.

(158) Lo mismo deberia decirse si, por haber perecido los bienes inmuebles por culpa

sa mueble (159), deue ser entregada fasta vn año (160), desde que el diuorcio fue fecho. Esso mismo seria, si el matrimonio se partiesse por muerte. Ca deue ser entregada la dote, o la donacion (161) a aquel que la deue auer; si fuere cosa que sea rayz, luego quel matrimonio se departe; e si fuere de cosa mueble, fasta vn año: fueras ende, si la ouiesse de entregar a los fijos, que non fuessen de edad; que la puede tener el padre (162),

del marido, hubiese de restituirse el precio ó estimacion de los mismos, el cual por consiguiente deberá pagarse de contado, segun Cyn. y Alberic. á la l. unic. §. 7. C. *de rei uxor. act.*; á diferencia del caso en que hubiesen perecido dichos bienes sin culpa del marido, l. 78. §. 4. D. *de jur. dot.*

(159) Aunque haya sido entregada estimadamente, véas. Bald. á la l. 10. C. *de jur. dot.*, despues de la glos. allí. Y ¿qué deberia decirse, si la dote consistiese en créditos ó derechos? Véas. l. 43. §. ult. D. d. tit.

(160) Aunque el marido ó sus herederos tengan á la mano numerario con que hacer efectiva inmediatamente la dote; pues nó por esto dejarán de disfrutar de ese plazo, segun Bart. á la l. 7. §. 15. D. *solut. matrim.*, por mas que hayan sostenido lo contrario Jacob. de Aret. y Cyn. á d. §. 7. l. unic. C. *de rei ux. act.*; y asi procederá lo dispuesto en la presente ley aun en el caso de ser el marido rico: á bien que si fuese pobre la muger, estaria aquel obligado á alimentarla durante ese año, segun la glos. á d. §. 7.; cuya opinion es generalmente adoptada y la aprueban los DD. á la l. 7. pr. D. *solut. matrim.*, y Alex. consil. 127. vol. 4.; siendo de notar ademas, que se concede asimismo aquel año de plazo al marido, aunque se haya estipulado por pacto espreso la restitucion de la dote, segun Paul. de Castr. á la l. 2. pr. D. *solut. matrim.*, col. ult. contra Bart. á la l. 21. D. *de verb. oblig.*, y véas. Jas. allí. Concédese tambien cuando es un estraño el que ha dotado á la muger y estipulado á favor suyo la restitucion, glos., Bart. y la generalidad de los DD. á d. l. 2. D. *solut. matrim.*, contra Alber. á d. l. unic. §. 13. Y cuando la dote no hubiese sido todavía entregada al marido, ¿podrá este aprovecharse de aquel plazo, para el efecto de pedir, aun disuelto el matrimonio, que se le entregue la dote y se le permita retenerla hasta concluido el año? La glos. á la nov. 22. cap. 39. *collat.* 4. y Alberic. á d. l. unic. §. 7. opinan por la negativa, á menos que hubiese mediado pacto de poder el marido lucrar la dote. Tampoco tendria lugar dicho plazo, cuando el marido hubiese hecho á la consorte legado de la dote, l. 1. pr. vers. *verum*, D. *de dot. præleg.*; en cual caso, ofreciéndose los herederos del marido á verificar inmediatamente la restitucion, se eximirian hasta de pasar los alimentos á la viuda durante el año, segun Bald. á la autent. *ei qui jurat*, C. *de bon. auctor. jud. possid.*, col. 15., y aun podrian pagar inmediatamente deducidos los intereses correspondientes al plazo, á tenor de la l. 24. §. 2. D. *solut. matrim.*; especie que califica de admirable Alex. á la l. 7. pr. D. *solut. matrim.* ¿Qué deberá, empero, decirse en el caso de estar el marido obligado á restituir con los bienes inmuebles los frutos de estos, por no haber soportado las cargas del matrimonio? ¿Disfrutará tambien del plazo para hacer la restitucion de dichos frutos ó de su estimacion? Véas. Bald. nov. tratad. *de dote*, fol. 4. col. 1. donde opina por la negativa, contra la glos. singular á d. l. 7. §. 15. Y nótese bien que, transcurrido el año, estarán los herederos del marido obligados á restituir no solo los muebles dotales, sino tambien los frutos que de los mismos hubieren percibido, segun se infiere de d. l. unic. §. 7. vers. *similique modo*. Los frutos intrínsecos de la dote son, pues, de la muger durante el plazo, á pesar de pertenecer á los herederos del marido los réditos correspondientes al tiempo por el cual está aplazada la restitucion, l. 24. §. 2. y Bart. y DD. allí D. *solut. matr.*, Bald. nov. d. tratad. fol. 41. col. 2. y Bald. á d. §. 7. l. unic., donde propone de esto un notable ejemplo; bien entendido, empero, que todo lo dicho se ha de observar de modo que en el precio de esos frutos se han de imputar á la muger los alimentos que se le hayan pasado durante dicho plazo, arg. l. 7. D. *solut. matr.*

(161) Esto es, la donacion *propter nuptias*, que es la que queda en poder de la muger en seguridad de la dote; y no debe aquella por lo tanto restituirla hasta pasado el año, cuando consista en bienes muebles: lo cual debe quizás entenderse á menos que la dote le haya sido restituida á la muger inmediatamente, pues en tal caso deberá ella restituir tambien inmediatamente la espresada donacion, segun lo indica Bald. á la autent. *sive à me*, C. *ad Vellejan.*, vers. *item quæro.* — * Téngase, empero, presente lo que se ha dicho en la adic. á la nota 7., ó sea, que en España no está en uso la donacion *propter nuptias* verdaderamente tal, esto es, la que se hace en compensacion y seguridad de la dote; á la cual se refiere lo que observa Gregor. Lopez en la presente nota.

(162) Como legítimo administrador de los bienes del hijo, l. 1. C. *de bon. mat.*

o la madre (163), fasta que sean de edad. E esto se entiende que deue ser fecho, de guisa que gobierne los fijos, e los crie; e que les non enajene (164), nin malmeta la dote.

LEY 32. *Que despensas puede contar, e auer el marido, quando entregare a su muger, e a sus herederos la dote, partiendose el Matrimonio por juyzio, o por muerte.*

Mejorando el marido la cosa que le dio su muger en dote, non seyendo apreciada, assi como si la refiziesse, o la acresciesse, porque fuesse mejor (165), e rendiesse mas; si las despensas que en ella metiere, fueren atales, que se mejora la dote por ellas, puedelas contar, e auerlas aquellas que fiziere, ademas (166) de quanto montare el esquilmo.

(163) Cuando quiera ser tutora de sus hijos, autent. *matri et aviæ*, C. *quand. mul. offic. tut. fung. pot.*

(164) Esta prohibicion de enagenar se refiere esclusivamente al padre; pues la madre bien podria enagenar sus bienes dotales, sin que, viviendo ella, tuviesen los hijos derecho á impedirlo, l. 1. §. *impuberi*, D. *de Carbon. edict.* —* Ni en d. l. 1. ni en las demas del tit. aqui citado encontramos párrafo alguno que empiece con esa palabra *impuberi*.

(165) En el caso, por ej., de la l. 3. D. *de impens. in res dot. fact.*, y l. 8. d. tit. Respecto, empero, de los gastos necesarios, véans. ll. 1. y 2. de d. tit. y l. 7. §. 16. D. *solut. matrim.*, lo que puede tenerse presente á propósito de la cuestion que se ha suscitado sobre si el que ha hecho gastos para recuperar un mayorazgo puede pedir que le sean abonados: véas. l. 39. y Bald. allí D. *famil. ercisc.*, glos. y Bart. á las ll. 1., 4. y 12. D. *de impens. in res dot. fact.*, Bald. á la l. 2. C. *de act. et oblig.*, y en el §. *si quis de manso*, col. 5. *de controv. invest.*, y Paul. de Castr. á la l. 58. D. *de legat.* 1.

(166) Apruébase aqui la opinion de Jac. de Rav. referida por Alberic. á la l. 3. §. 1. D. *de impens. in res dot.*, quien, discurriendo sobre la cuestion propuesta por la glos. allí, distingue de casos, y pretende que si el matrimonio ha durado tanto tiempo como los productos ó utilidades de las mejoras hechas por el marido, nada podrá este repetir por razon de las mismas, sino que deberá compensarlas con los frutos, segun la l. 7. §. 16. D. *solut. matrim.*, y que, si aun despues de disuelto el matrimonio han seguido dichas mejoras siendo productivas, podrá aquel repetir los frutos producidos con posterioridad á la disolucion; debiendo, empero, compensar lo que le falte de los gastos hechos con los frutos producidos durante el matrimonio, como lo opina tambien Bart. allí: de donde se infiere que lo dispuesto en la presente ley deberá entenderse limitadamente á los frutos producidos despues de hechas las mejoras. En España no puede fácilmente tener esto aplicacion, atendida la comunion de bienes ó participacion de gananciales establecida por nuestras leyes: pero podria aplicarse sin dificultad en donde, como en Córdoba, no estan dichas leyes en observancia. —* Téngase presente que, segun hemos dicho en la adic. á la nota 121., por la l. 13. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. fue espresamente abolida esa costumbre de Córdoba, por la cual no se admitia en dicha ciudad la sociedad legal entre los cónyuges: y por lo que hace á lo indicado por nuestro glosador aqui sobre considerarse tambien como gananciales y comunes por mitad del marido y la muger los frutos de las cosas dotales, adviértase tambien que esa es en efecto la opinion universalmente adoptada por los intérpretes del derecho patrio; quienes aplican indistintamente á la dote la disposicion de la ley del Fuero Real (hoy la 3. d. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.), segun la cual son y deben tenerse por gananciales los frutos de todos los bienes de entrambos cónyuges sin distincion, aun los de aquellos que por su naturaleza ó procedencia dejan de comprenderse en la sociedad universal: de donde viene á resultar que el marido no tendrá mas derecho sobre los frutos de las cosas dotales que sobre los de las parafernales, porque tambien estos últimos los hará suyos por mitad á tenor de la citada ley del Fuero, y que no tendrá por consiguiente aplicacion alguna, siempre que haya gananciales, el principio de que el marido adquiere, aunque temporalmente, el dominio de la dote, y que en virtud de él hace suyos los frutos que aquella produzca durante el matrimonio; porque, si bien es cierto que, aun considerándose dichos frutos como gananciales, podrá el marido consumirlos para atender á las cargas conyugales, y que solo deberán entrar en particion los que existieren ó sobraren al disolverse el matrimonio; pero tambien esto será igualmente aplicable á los frutos de los bienes estradotales ó parafernales, de los que podrá el marido consumir la mitad como á cosa propia, y la otra mitad como parte del caudal social sujeta por consiguiente á las cargas sociales, que lo son todas las del matrimonio. No sabemos si los intérpretes de nuestras leyes patrias se han hecho cargo de esa dificultad, que tal á nosotros nos ha parecido; observamos, empero, que todos esplican separada é independiente-

que lleuo de los frutos, e de las rentas de la dote. Mas si fiziere el marido despensas en la dote de su voluntad (167), que se tornasse mas en apostura, que en pro della, assi como si fuessen casas, e las pintasse, o en otra manera semejante destas; non las deue contar, nin las puede demandar, cuando entregare la dote. Pero si acaesciesse, que el marido non podiesse luego *(ll)* entregar toda la dote, a los plazos que dize en la ley ante desta; deue el Juez de aquel lugar, catar que le faga que pague aquello que pudiere (168), de manera quel finque alguna cosa de que biua todavia, tomando tal recaudo (169) del, que la pague quanto mas ayna pudiere. Esso mismo se entiende, que deue ser guardado en los fijos (170), si acaesciere que ayan de entregar la dote a su madre, por razon de su padre.

TITULO XII.

DE LOS QUE CASAN OTRA VEZ, DESPUES QUE ES PARTIDO EL PRIMERO MATRIMONIO.

Acordaronse los Santos Padres, e tuuieron que era bien, de desuiar el peligro mayor, por el menor (1): assi como fizo Moysen en la vieja Ley (2), que consintio (como quier quel peso) que fuesse dada a la muger carta de quitacion, quando la quisiessen departir de su marido, a que llaman en latin libellum repudii: e esto fizo, por desuiar (3) el omicidio. Ca tuuo, que menor peligro era departirse de su marido, que de matarla. E semejante desto el Apostol San Pablo (4) establecio en la nueua Ley, que los omes pueden casar mas de vna vez. E esto fizo, por desuiar pecado de fornicio: porque tenia, que menor mal era casar, que fazer tan grand pecado. E pues que en los Titulos ante deste fablamos de todas las maneras por que se departen los matrimonios, tambien en vida como en muerte; e otrosi, de las donaciones, e de las dotes, como deuen ser dadas, e entregadas despues del departimiento; conuiene que digamos en este Titulo, de los que casan otra vez, despues que es departido el primero casamiento. E mostraremos, si pueden casar dos vegadas, o mas. E quales pueden esto fazer. E quando. E quien les puede dar bendiciones. E que pena deuen auer las mugeres, que casaren ante que se cumpla el año, que murieron sus maridos.

LEY 1. *Si pueden casar los omes dos vezes, o mas: e quales pueden esto fazer.*

Casamentar, segund Santa Eglesia, pueden los omes, e las mugeres, dos vegadas o mas (5), despues que fuere departido el primero

(ll) Entregar toda la dote ó á los plazos etc. Acad.

mente el régimen dotal, segun derecho de Partidas y el sistema de gananciales á tenor de las leyes del Fuero y recopiladas, sin haber cuidado, que nosotros sepamos, de establecer y esplicar las relaciones en que debian estar uno respecto del otro esos dos sistemas, cuya concurrencia no habian previsto los que los instituyeron y regularizaron, y que, aun no siendo incompatibles, pueden, empero, embarazarse mutuamente en sus aplicaciones, no habiéndose tratado de ponerlos en armonía y consonancia.

(167) Añad. ll. 7. y 9. D. *de impens. in res dot. fact.*, y l. unic. §. 5. C. *de rei ux. act.* ¿Podrá, empero, el marido repetir los gastos invertidos en la guarda ó defensa de un castillo de la muger, que otro hubiese querido ocupar? Parece que nó, segun la l. pen. D. *de impens. in res dot.*; pues el marido está obligado á defender á sus costas las cosas dotales; bien que lo contrario sostienen, esto es, que podrá repetir dichas costas, Bart. á la l. 60. §. 3. D. *de legat.* 3., y Ang. á la l. 7. §. 16. D. *solut. matrim.*

(168) Añad. ll. 12. y 28. D. *solut. matr.*; pudiendo verse sobre el particular á Bart. y DD. allí, y á Alex., quien, despues de Bart., limita con 21 escepciones la regla aqui establecida; y véas. tambien el §. 37. Instit. *de action.*

(169) Añad. l. unic. §. 7. y glos. allí vers. *cautione*, C. *de rei ux. action.*

(170) Añad. l. 18. pr. D. *solut. matrim.*

(1) Añad. cap. *duo mala*, y cap. *nervi*, dist. 13. Y de ahí procede tambien el que se toleren los lupanares para evitar que se cometan mayores escesos, segun Ang. á la l. 27. D. *de petit. hæred.*, y segun el texto de la misma ley, en la que se declara ser legítimamente percibido por el dueño de la casa en donde haya un lupanar el alquiler que se le pague por la misma.

(2) *Deuteron.* cap. 24. vers. 1.

(3) S. Mateo cap. 19. vers. 8. y glos. al cap. 1. distinc. 10. vers. *lex humana.*

(4) S. Pablo *ad Corinth.* cap. 7 vers. 9.

(5) Pues no solo no se condena la bigamia, pero ni siquiera, si es lícito hablar asi, la octogamia, cap. *aperiant*, 31. quest. 1. Nótese, empero, que el contraer terceras bodas es tenido por abominable entre los hombres y aun entre los hijos respecto de sus padres, segun

matrimonio por algun embargo derecho, o por muerte. E casar pueden todos aquellos que non fizieron promission (6), para entrar en Orden, despues que se partieron de sus mugeres por algunas de las razones sobredichas. Otrosi los que non reciben Orden sagrada (7). E los que non fueren de fria natura (8). E esso mismo dezimos de las mugeres.

LEY 2. *Quien deue dar bendiciones a los que casan dos vezes, o non.*

Bendiciones puede dar el Clerigo en la Eglesia, a los que se casan dos vegadas, o mas, si fueren departidos de los matrimonios en que biuien ante, por algun embargo derecho, o por muerte. E la razon, que semeja contra esto, por que defendio Santa Eglesia, que non diessen bendiciones en la Eglesia los Clerigos, a los que casassen dos vegadas, o mas; entiendese (9) de aquellos que casan otra vez, biuiendo sus mugores con quien son casados. Ca los Clerigos que a estos atales dan bendiciones otra vez a sabiendas, fazen muy grand yerro, et deuen auer la pena que les puso Santa Eglesia. Mas los que diessen bendiciones a los que casassen dos vegadas, o mas, siendo el matrimonio departido por embargo derecho, o por muerte, segund sobredicho es, non caerian en pena. E esto es, porque tales bendiciones como estas non son Sacramento (10), mas son oraciones que dizen sobre los que casan, despues del Sacramento que se faze en el matrimonio. E pues que Sacramento non son, nin se dobla por ellas el Sacramento, maguer sean dadas, ende non deuen ser vedadas (11), que las non den a las que se casaren, quantas vegadas quier que casen derechamente.

LEY 3. *Como la muger puede casar sin pena, o non, luego que fuere muerto su marido.*

Librada, e quita es la muger del ligamiento del matrimonio despues de la muerte de

Ang. y Paul. de Castr. á la l. 22. §. 4. D. *ad Trebell.*, porque arguye incontinencia: de donde infiere Ang. allí, que la muger casada en terceras nupcias pierde el derecho á percibir el legado que le haya hecho algun estraño, esto es, otro que no sea su marido, á pesar de no perderlo asimismo por el hecho de casar segunda vez, con tal que viva casta y honestamente; bien que no lo prueba asi el texto citado por el mismo Ang. de la Novel. 6. cap. 5. *collat.* 1.; y sostienen lo contrario Juan de Imol. y Alex. Los legados, empero, hechos ó dejados por el marido los pierde la muger, por el mero hecho de pasar á segundas bodas, por reputarse esto siempre injurioso á la memoria del difunto primer consorte, autent. *cui relictum*, y Bald. allí col. 3. C. *de interdict. viduit. toll.*, y Ang. y Paul. lugares antes citados. La viuda que se abstiene de contraer nuevas bodas es considerada como modelo de honestidad y continencia, segun Bald. á d. autent. refiriéndose á Valerio tit. *de institutis antiquis*, quien dice ser señal de incontinencia el no abstenerse de ellas, y lo propio afirma d. Bald. á la l. 7. C. *de revoc. donat.*

(6) V. l. 11. tit. 2. de esta Partª

(7) V. l. 16. d. tit. 2.

(8) V. tit. 8. de esta Partª

(9) Apruébase la opinion de Juan Andr. al cap. 1. *de secund. nupt.*, bien que el Abad y la glos. allí pretenden que la prohibicion de dar las bendiciones debe aplicarse sin distincion de casos á todos los que contraen segundo matrimonio: y por tanto es digna de notarse la presente ley en cuanto declara que solo es aplicable dicha prohibicion á los que casan segunda vez viviendo sus primeros consortes.

(10) Pues no se las cuenta en realidad entre los Sacramentos de la Iglesia, de los cuales se habla en la glos. al cap. *veniens*, *de transact.*, y el Abad despues de Juan Andr. á d. cap. 1. *de secund. nupt.*

(11) Infiérese de esto que la prohibicion de bendecir las segundas bodas, está limitada, como he dicho antes, á los que se celebren viviendo todavía los primeros consortes, ó sin estar disuelto el primer matrimonio; de suerte que por el hecho de dar las bendiciones á los que contraigan segundo matrimonio, estando disuelto el primero, no solo no se incurre en la pena conminada en el cap. 1. *de secund. nupt.*, pero ni siquiera puede decirse que se verifique un acto ilícito y prohibido: lo contrario de lo que puede inferirse del cap. *vir autem*, 3. d. tit. por la razon que en él se señala, diciendo *cum alia vice benedicti sint*, en cuyas palabras se fundan tambien los DD. allí; pero debe atenderse mucho en esto á la costumbre, segun la glos. á d. cap. y Juan Andr., quien refiere estar en uso en muchos lugares el bendecir las segundas bodas, cuando jamas haya sido bendecida la muger que las contrae. Pero nuestra ley aqui dispone absoluta é indistintamente que puedan darse las bendiciones: y es notable la razon en que lo funda, ó sea, la de que no por esto se reitera el sacramento, por no serlo la bendicion nupcial. No obstante Henriq. á d. cap. 3. espresa tambien que en la

su marido, segund dize Sant Pablo (12). E porende non touo por bien Santa Eglesia (13), que le fuesse puesta pena, si casare quando quisiere, despues que el marido fuere muerto. Solamente, que case como deue, non lo faziendo contra defendimiento de Santa Eglesia. Pero el Fuero de los legos defendiole, que non case fasta un año (14), e poneles pena (15) a las que ante casan. E la pena es esta (16): que es despues de mala fama, e deue perder las arras, e la donacion que le fizo el marido finado, e las otras cosas que le ouiesse dexadas en su testamento, e deuenlas auer los fijos que fincaren del; e si fijos non dexare, los parientes que ouieren de heredar lo suyo. Essa misma pena deue auer, si ante que passasse el año fiziesse maldad de su cuerpo (17). Pero la muger que

práctica se observa el negar las bendiciones, cuando ya otra vez las han recibido entrambos cónyuges, ó á lo menos la muger, y el darse aquella solemnemente cuando la muger nunca ha sido bendecida; opinion que tambien es adoptada por S. Tomás 4. *sentent.*, dist. 42. quest. 3. hácia el fin.

(12) S. Pablo *ad Corinth.*, cap. 7. vers. 39. y cap. ult. *de secund. nupt.*

(13) V. d. cap. ult.

(14) Los motivos en que se funda semejante disposicion pueden verse en la glos. al cap. *omne*, §. 27. quest. 2. y l. 3. tit. 6. Partª 7., siendo el principal de ellos el peligro que habria, casando la muger dentro del año, de que fuese incierta la filiacion y no se supiese á cuál de los maridos perteneceria el hijo que despues naciese. Tambien señala otra Bald. á la l. 2. C. *de secund. nupt.*, á saber el peligro de perderse el feto, pues produce aborto el llegarse á una muger embarazada, l. 1. D. *de ventr. insp.*, y aunque es comun opinion la de que esas penas impuestas á las viudas que vuelven á casar dentro el año del luto, han quedado abolidas por la citada constitucion apostol. y d. cap. ult., con todo no lo estan en el caso de poder resultar la prole incierta, segun lo opinan la mayor parte de los DD. y Bald. á la l. 15. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* citando á Reyner. de Forlin. y Paul. de Eleazar; y si bien allí no hace mas que referir aquella opinion de los espresados AA., pero la sostiene mas espresamente y por su cuenta á la l. 11. D. *de his qui not. inf.*; y en efecto parece ser muy equitativa y razonable. Sin embargo el Abad á d. cap. ult. pretende lo contrario, y tal vez esto sea mas verdadero, atendidos los términos generales y absolutos en que estan concebidos, no solo d. cap., sino tambien la l. 5. tit. 1. lib. 5. Ordenamiento Real, la que puede verse: y la opinion del Abad está tambien adoptada por Felin. al cap. *ecclesia Sanctæ Mariæ*, *de constit.*, col. 19. vers. 2. *declaratio.* Pero la opinion mas general es la de Inoc. á d. cap. ult., segun el cual de todas las penas impuestas á las viudas que se casan dentro el año, han quedado por derecho canónico en vigor y observancia aquellas que han sido conminadas en favor de los hijos del primer matrimonio. — * Por la l. 4. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec. está mandado que las mugeres viudas puedan casar libremente dentro el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, *sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare*, no obstante cualesquier leyes que lo contrario dispongan, las que se declaran anuladas y revocadas; y se prohibe bajo pena de dos mil maravedís á los jueces y alcaldes del reino, el que por dicho motivo *atienten de proceder ni procedan contra las dichas viudas*, ni contra los que con ellas se casaren.

(15) Y las penas que á continuacion se conminan contra las viudas que vuelven á casar dentro del año, tenian lugar por derecho civil, aunque el primer matrimonio no se hubiese disuelto por la muerte del marido, sino por otra causa, Novel. 22. cap. 15 y 16. *collat.* 4. Bald. á la l. 2. C. *de secund. nupt.*, y deberán considerarse igualmente derogadas por derecho canónico, por militar respecto de ellas las mismas razones alegadas por Juan Andr. á d. cap. ult.: debiendo entenderse todo lo dispuesto y anotado aqui relativamente al caso en que el primer matrimonio haya quedado disuelto *quoad vinculum*, como si lo ha sido por impedimento de consanguinidad; pues de otra manera, ó estando el primer matrimonio disuelto solamente *quoad thorum*, ninguno de los consortes podria volver á casarse sino despues de muerto el otro: y con mayor motivo procederia la derogacion de dichas penas en el caso de haber sido anulado el primer matrimonio, pues si no incurre en ellas la que lo contrae segunda vez habiendo sido válido el primero y disuéltose por la muerte de su marido, mucho menos deberá incurrir la que lo contrae por haberse declarado la nulidad de aquel. — * V. la adic. á la nota que precede.

(16) V. ll. 1 y 2. C. *de secund. nupt.*

(17) Como en la autent. *eisdem*, C. *de secund. nupt.*, y Novel. 39. cap. ult. *collat.* 4. y por el hecho mismo de prostituirse pierde todos los privilegios que tal vez estuviese disfrutando por consideracion á su difunto marido y la tutela de los hijos, Bald. á la l. 7. C. *de revoc. donat.*, y el Abad al cap. *uxoratus*, *de convers. conjug.*, notab. 2.; pudiendo verse ade-

fuesse desposada, si el esposo (18) se muriesse ante que el matrimonio fuesse cumplido, puede casar sin pena, quando quisiere. Otrosi, non deue auer esta pena la muger, que con otorgamiento del Rey (19) casare ante que se cumpla el año. Esso mismo seria, ca non deue auer pena, la muger que se desposasse (20) ante quel año fuesse cumplido; solamente, que en este comedio non cumpla el matrimonio.

TITULO XIII.

DE LOS FIJOS LEGITIMOS.

Entre todos los bienes, que diximos en los Titulos (1) ante deste que son en el matrimonio, es vno dellos, que los fijos que nascen del son derechureros, e fechos segund ley. E tales fijos como estos, segund dixeron los Santos, ama Dios, e ayudalos, e dales esfuerço, e poder, para vencer (2) los enemigos de la su Fe. E son assi como sagrados, pues que son fechos sin mala estança, e sin pecado; e sin todo aquesto, son tenudos por mas nobles (3), porque son ciertos, e conoscidos (4), mas que los otros que nascen de muchas mugeres, que non pueden ser guardadas como la vna, segund ya diximos. E demas, aun segund natura deuen ser (a) mas ricos, e mas esforçados: porque no caen en verguença (5), como los otros, por razon de las madres. E sin todo esto, porque los parientes, e los otros omes los honrran, e los adelantan (6) mas que a los otros hermanos, maguer sean de mas nobles madres (7). E porende, pues que en los Titulos ante deste diximos de las desposajas, e de los matrimonios, e de todas las otras cosas que les pertenescen; conuiene que digamos en este, de los

(a) mas recios et mas esforzados, Acad.

mas la l. ult. tit. 4. lib. 5. Ordenamiento Real.

(18) Pues por la muerte del simple esposo no se ha de llevar luto alguno, l. 9. D. *de his qui not. infam.*

(19) L. 10. D. *de his qui not. infam.*

(20) L. 10. §. 1. D. d. tit. y el Abad á la l. 8. D. *de senator.*

(1) V. el sumario del tit. 2. de esta Partª.

(2) V. cap. *si gens Anglorum* dist. 56., y hace tambien al caso aquello de Virgilio de *Degeneres animos timor arguit.*

(3) No se infiera de aqui que los hijos ilegítimos sean verdaderamente nobles; antes al contrario puede calificárseles de ignobles, como se les llama en d. cap. *si gens Anglorum*, y allí Prepos. Alex. y V. l. 1. tit. 11. Partida 7.

(4) Añad. l. 6. D. *de his qui sui vel alien. jur.*, y el sumario del tit. 2. de esta Partida.

(5) Los hijos bastardos, pues, se reputan como sin honra (*indecori*) y por tanto inhábiles para las cosas ó empleos de honor, por ej. las dignidades, cap. *indecorum* 3. *de ætate et qualitate;* pues son en cierto modo infames, á lo menos de hecho, segun Azon *in summa*, C. *ex quibus caus. infam. irrog.*, col. 1. hácia el fin. Bald. á la l. 4. pr. D. *de lib. et posth.*, y V. Alex. á la l. 1. C. *de jur. aureor. annul.*, de donde infiere Bald. á la l. 6. §. 1. C. *de instit. et subst.*, que la Iglesia los tiene tambien por infames, y que cuando habla simplemente de hijos nunca entiende hablar de los bastardos. V. al mismo Bald. á la l. 6. col. ult. D. *de his qui sui vel alien.*, y á la l. 5. C. *ad leg. Jul. majes.*, donde se espresa notablemente.

(6) Porque, principalmente entre las familias nobles, no se tiene á los bastardos consideracion alguna; y es costumbre entre los nobles y magnates no reconocerlos, para conservar la buena moral, segun Bald. cap. *naturales, si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, y á la l. 9. D. *de stat. homin.*, donde añade que los bastardos de nobles no pertenecen á la familia ó parentela de sus padres, no mereciendo las personas viles llevar el nombre de las ilustres; ni pueden usar las insignias de nobleza, segun Bart. tratad. *de insig. et arm.*, y Bald. á d. l. 9., por mas que comunmente se observe en la práctica lo contrario, segun *Guid. Pap.*, q. 580. de sus cuestiones, y V. á Guilelm. Bene. repetic. al cap. *Raynutius*, *de testam.*, pr. fol. 6. 7 y 8. Añádase tambien que los bastardos no son considerados como la imágen de sus padres, ni perpetúan su memoria, de suerte que solo abusivamente se les llama hijos, Bald. á la l. 14. D. *de legib.*, debiendo tenerse ademas presente que tampoco se reputa que los padres de los hijos bastardos formen línea para el efecto de suceder á aquellos, Bald. á la l. 8. §. *ex imperfecto*, C. *qui testam. fac. poss.*, donde observa tambien que los beneficios concedidos por el Pretor no se estienden á los hijos ilegítimos. — *Nada observarémos sobre lo que en esta y las demas notas del presente tit. diga nuestro Glosador sobre la sucesion activa y pasiva de los hijos ilegítimos por tratarse ya de ello suficientemente en la Partida 6ª

(7) Pues no se atiende á la nobleza por parte de madre, sino á la del padre, l. 10. y Bald. allí D. *de senator.*

fijos que nascen dellos. E primeramente mostraremos, que quiere dezir fijo legitimo. E quales deuen ser assi llamados. E que pro, e honrra les viene, de ser legitimos.

LEY 1. *Que quier dezir fijo legitimo: e quales deuen assi ser llamados.*

Legitimo fijo tanto quier dezir, como el que es fecho segund ley: e aquellos deuen ser llamados legitimos, que nascen de padre, e de madre, que son casados (8) verdaderamente, segund manda Santa Eglesia. E aun si acaesciesse, que entre algunos de los que se casan manifiestamente en faz de la Eglesia, ouiesse tal embargo por que el casamiento se deue partir, los fijos que fiziessen, ante que sopiessen que auia entre ellos tal embargo, serian legitimos (9). E esto seria tambien, si ambos non sopiessen que y auia tal embargo, como si non lo sopiessen mas del vno dellos (10). Ca el non saber deste solo, faze los fijos legitimos. Mas si despues que sopiessen ciertamente (11) que auia entre ellos tal embargo, fiziessen fijos, todos quantos fijos despues ouiessen (12), non serian legitimos. Pero si algunos, mientra que ouiessen tal embargo non lo sabiendo ambos, o el vno dellos, fuessen acusados ante alguno de los Juezes de Santa Eglesia; e ante que el embargo fuesse prouado (13), nin la sentencia dada, ouiessen fijos; quantos fijos fizieren, entre tanto que

(8) Añad. l. 9. C. *de nupt.*, y l. 6. D. *de his qui sui vel alien. jur.*, con lo anotado al sumario del tit. 7. Part. 2ª En órden á las pruebas con que los hijos deben justificar su legitimidad, V. el Abad al cap. *pervenit*, *qui filii sint legitimi:* y sobre si puede adquirirse la calidad de hijo legítimo por la prescripcion de 30 años, V. á Bald. á la l. 24. C. *de rei vind.*, donde, citando la l. 57. §. 1. D. *de rit. nupt.*, se decide por la negativa.

(9) Añad. cap. *pervenit* 11. *qui filii sint legitimi*, y cap. *cum inhibitio*, 3. *de clandest. despons.*

(10) Añad. cap. 2. y cap. *ex tenore* 14. *qui filii sint legit.*, y la Glos. á d. cap. *cum inhibitio*, vers. *ambo parentes;* donde se dice que en el caso aqui propuesto el hijo que naciese seria legítimo no solo respecto del cónyuge que ignorase el impedimento sino tambien respecto del que lo supiese, como lo sostiene tambien Bald. á la Novel. 12. cap. ult. *collat.* 2.

(11) Añad. cap. *referente* 10. *qui filii sint legit.*, y d. cap. *cum inhibitio:* debiendo notarse mucho la palabra *ciertamente*, de que usa nuestra ley aqui.

(12) Porque se requiere que exista la ignorancia al tiempo de la concepcion, y no bastaria que hubiese existido al tiempo de contraerse el matrimonio, segun d. cap. *ex tenore*, y lo anotado por el Abad allí.

(13) Indícase con esto que, si constara el impedimento publicadas las probanzas del espediente de denuncia, y despues de estar los cónyuges enterados de ellas se concibiese algun hijo, seria este ilegítimo, como lo prueban las palabras continuadas mas abajo. «*Entre tanto* »*que estuvieren en esta dubda.*» Lo contrario, no obstante, puede inferirse del cap. *cum inter* 2. *qui filii sint legit.*, en el cual se habla tan solo del caso en que haya llegado á proferirse sentencia y asi se presupone necesariamente que estén publicadas las probanzas; de modo que hasta los hijos concebidos pendiente la apelacion que se hubiese interpuesto de la sentencia, serian legítimos, segun Juan Andr. despues de Egidio á d. cap. *cum inter*, por la razon que parece indicar el Abad allí de que mientras la validez del matrimonio está pendiente de litigio, no debe suspenderse el uso ó ejercicio del mismo, cap. 2. *ut lite pend.* Pueden, empero, distinguirse tres casos: el primero, cuando entrambos consortes han sabido con certeza la existencia del impedimento publicadas las probanzas, y nada han tenido que alegar ú oponer concluyentemente desde entonces en contrario: en cuya hipótesis, no pudiendo haber duda alguna en órden al impedimento, serán ilegítimos los hijos en tal estado concebidos, aunque no se haya proferido sentencia hasta despues de su concepcion. Asi lo prueba lo anotado por Bart. á la l. 1. §. 5. D. *ad Turpill.*, por el Abad al cap. *finem litibus*, col. 8. *de dol. contum.*, vers. *ultimo circa hanc particulam*, y por Anton. y el Abad á d. cap. 2. *ut lit. pend.*, esto es, que en las causas matrimoniales, desde el momento en que estan publicadas las probanzas, ó á lo menos despues de la conclusion para definitiva, cuando nada queda por hacer sino proferir sentencia, puede el juez prohibir la cópula como evidentemente pecaminosa. El segundo caso es el de tener todavía los consortes algun medio de probar la no existencia del impedimento, y no estar por consiguiente ciertos de él, en el cual deberá esperarse á que la sentencia tal vez proferida haya pasado en juzgado, en los términos indicados en d. cap. *cum inter*, y mas arriba en la presente ley donde dice «*ante que* «*el embargo fuesse prouado nin la sentencia* «*dada.*» El tercer caso seria el de estar ambos consortes ciertos del impedimento, y de querer el uno, reconociéndolo de buena fe, desistir

estuuieren en esta dubda, todos serian legitimos. Otrosi son legitimos (14) los fijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana (15), si despues desso se casa con ella (16). Ca maguer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan grand fuerça ha

del pleito, pero insistiendo el otro en proseguirlo; en cual estado, si pendiente el litigio hubiese este último exigido el débito del primero, y resultase concebido un hijo, seria mas difícil el resolver si deberia ó nó considerársele como legítimo, porque mas bien que prestar el débito deberia el consorte desistente haber querido incurrir en la escomunion en que incurre el que lo niega, cap. *litteras* 13. *de restit. spoliat.*, y cap. *inquisitioni* 44. *de sentent. excom.*: pero hasta en ese caso parece que seria legítimo el hijo por haber sido concebido existiendo todavía la figura del matrimonio y en ocasion tal en que podia el juez obligar por su legítima autoridad á un consorte á que prestase el débito al otro; y no debe incurrirse en pena por haber verificado actos que podian legítimamente verificarse, cap. 2. *ut lit. pend.*, y d. cap. *cum inter.*

(14) Nótese la fuerza de estas palabras, de las que se infiere que tales hijos serán real y verdaderamente legítimos, y nó por mera ficcion de derecho, aprobándose con esto la conclusion adoptada por el Abad al cap. *tanta*, *qui filii sint legit.*, 2. notab.

(15) Parece aprobarse con esto la opinion de Bart. á la l. ult. D. *de concub.*, ó sea el que para poder legitimarse los hijos naturales es necesario que sean nacidos de una concubina que cohabitase con el padre, bien que la mas probable y comun opinion es la de que basta para ello que sean nacidos de un soltero y una soltera, aunque no haya mediado entre ellos semejante cohabitacion y concubinato, segun la glos. al cap. *innotuit*, *de elect.*; pudiendo verse á Juan Andr. allí, y á el Abad á d. cap. *tanta*, donde sostiene lo mismo: y es de notar que no se opone á esto la presente ley, ni exige la cohabitacion: añad. Dec. consil. 155, donde, alegando muchas razones, defiende la propia doctrina. — * V. la adic. á la nota 1. tít. 15.

(16) Nótese sobre esto la escelente esposicion de Juan Andr. á d. cap. *tanta*, donde espresa ser tan grande la fuerza del matrimonio, que se tienen por legítimos, á lo menos desde que aquel ha llegado á celebrarse entre los padres, todos los hijos nacidos de aquellos con tal que, al tiempo de verificarse el cóito, fuesen tales que pudiesen lícitamente casarse y no hubiese habido otro impedimento para ello que la falta de voluntad ó consentimiento, aunque entre el nacimiento de dichos hijos y la celebracion del subsiguiente matrimonio lo hubiese contraido alguno de los padres con otra persona, y sin distinguir tampoco entre el caso de enlazarse estos *in articulo mortis*, ó el de hacerlo en plena salud, de suerte que se requiere tan solo el subsiguiente matrimonio de cualquier modo y en cualesquiera circunstancias que se le haya celebrado. Asi tampoco es necesario que hayan intervenido capitulaciones ó escrituras dotales, como se ve por nuestra ley aqui y lo anotado por el Abad á d. cap. *tanta*; y segun lo opinan comunmente los DD. especialmente Bart. á la Novel. 89. cap. 7. *collat.* 7. y Bald. á la l. 10. C. *de natur. lib.*, bien que este último sostiene lo contrario á las ll. 5. C. *ad Orfic.*, y 20. C. *de donat. ant. nupt.* Y en tanto procede lo que acaba de decirse, como que bastará tambien, con tal que haya subseguido el matrimonio, que la aptitud de los padres para contraerlo haya existido al tiempo del nacimiento de los hijos, aunque no existiese al tiempo de la concepcion, segun la glos. y DD. al cap. 2. *qui fil. sint legit.*, y tampoco obstará el que el padre sea clérigo ordenado de menores, con tal que la madre fuese soltera, segun pretenden los canonistas, á cuya opinion debe deferirse en estas materias, V. Bart. á la l. 6. C. *de nupt.*, Bald. §. *naturales*, col. 2. *si de feud. fuer. controv.*, y d. Bart. á la l. 2. D. *de concub.*, donde dice deber esceptuarse de esto último el caso de ser el padre, á mas de clérigo, beneficiado: pero mas bien estoy por la contraria, fundándome en que el clérigo de menores, aun siendo beneficiado, puede lícitamente contraer matrimonio, y asi serán legítimos los hijos que de él nacieren, caso de haberlo verificado. Igualmente procederá lo dicho (como antes se ha indicado) aunque el subsiguiente matrimonio tenga lugar *in articulo mortis*, Juan Andr. lugar citado, y mas estensamente en la regla *sine culpa*, *in Mercur. de regul. jur.*, el Abad al cap. *commissum*, *de sponsal.*, Bald. d. §. *naturale*, *si de feud. fuer. controv.*, y á la l. 11. C. *de natur. lib.*, donde puede verse una estensa adicion del mismo: y asi efectivamente debe opinarse, por mas que haya sostenido lo contrario el propio Bald. á la l. 14. col. 7. C. *de fideicom.*, á la rubr. C. *de privil. dot.*, col. 2., á la autent. *dos data*, C. *de donat. ant. nupt.*, y á la l. 9. D. *de lib. et posthum.*, por ser la mas comun opinion la que antes he referido, con tal que no intervenga constitucion dotal, Alex. á d. l. 9. donde, citando á Ang. á la l. 6. D. d. tit. y á d. l. 11., señala como una notable escepcion la de si se celebrase dicho matrimonio en fraude del substituto que lo fuese de alguno de los contrayentes para el caso de

el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados, se fazen porende los fijos legitimos. Esso mismo seria, si alguno ouiesse fijo de su sierua, e despues desso se casasse con ella. Ca tan grand fuerça ha el matrimonio, que luego ques fecho,

morir sin hijos; lo cual, si fuese exacto, no dejaria de limitar singularmente la doctrina que arriba se ha adoptado. Alex., empero, allí entiende que no procederia dicha limitacion absolutamente hablando, ni se reputaria el matrimonio celebrado en fraude del sustituto, por el mero hecho de existir tal sustitucion ó fideicomiso, sino cuando mediasen otros indicios de haber habido semejante intencion de defraudar, como, por ejemplo, si se hubiese ya amenazado al sustituto de escluirle por medio del matrimonio; en cual caso obraria dicha presuncion y no produciria aquel la legitimidad de los hijos antes habidos: alega en confirmacion de esto una notable decision de Juan Andr. al cap. *in præsentia*, hácia el fin *de probat.*; y Socin. á la l. 6. D. *de liber. et posth.* se inclina tambien á dicho parecer; pudiendo verse lo que dice allí acerca del caso de contraerse el matrimonio *in articulo mortis*, á pesar de lo cual cree tambien que quedan legitimados los hijos. De todos modos debe tenerse presente la limitacion arriba indicada, á tenor de la que pueden resolverse varias cuestiones, como la de cometerse un delito por el poseedor de un mayorazgo; lo que no perjudicaria los derechos del sucesor inmediato, aunque asi lo hubiese ordenado el fundador, si concurrian presunciones de haber aquel delinquido deliberadamente y con el dañado intento de perjudicar á dicho sucesor inmediato; y añad. sobre esto lo anotado por Bald. al cap. 1. §. *aut si libellario*, *quib. mod. feud. amitt.*, col. 1. versic. *sed quid si vasallus.* Del mismo modo considera d. Juan Andr. como escepcional el caso en que, al celebrarse el subsiguiente matrimonio *in articulo mortis*, estuviese alguno de los contrayentes enfermo de tanta gravedad, que hubiese ya perdido el uso de los sentidos; pues, no pudiendo entonces ser válido dicho matrimonio por la falta de consentimiento, mucho menos produciria el efecto de legitimar á los hijos; y cita el cap. *tuæ*, *de sponsal.*, y Anton. de Ros. tratad. *legitimationum*, con otras varias especies. En segundo lugar, escepciona el caso de haberse originado de la enfermedad de uno ú otro contrayente la impotencia absoluta ó imposibilidad de engendrar á todo evento. En tercer lugar, el de ser la madre de tal condicion, que no pudiese el padre contraer matrimonio honestamente con ella: pues no se reputa lícito lo que no puede hacerse honestamente; bien que esto último lo dice con referencia á Bald. al cap. *illud*, *de præsumpt.*, y á otros, pudiendo añadirse á Bartolomé Cepol. cautela 247.; y él sostiene lo contrario, nó sin fundamento, pues para quedar legitimados los hijos es bastante, como se ha dicho, el que sean engendrados de un cóito tal, que para ser matrimonial no le haya faltado mas que la voluntad ó consentimiento; como, contradiciendo á Ang., lo sostiene Juan de Palac. al cap. *per vestras*, col. 306. Añádase á lo espuesto, que el que se encuentra *in articulo mortis* es semejante ya á un difunto, segun observa Bald. á la autent. *nisi rogati*, al fin C. *ad Trebellianum*; de donde infiere algunas consecuencias á propósito de otra notable cuestion y de la doctrina de Juan Andr. á d. cap. *in præsentia.* Nótese tambien que los hijos legitimados, que lo sean por subsiguiente matrimonio, son admitidos lo mismo que los legítimos á los mayorazgos ó fideicomisos, aunque el fundador de ellos haya llamado á los hijos legítimos nacidos de legítimo matrimonio, segun Dec. d. consil. 155. vers. *revocatur in dubium*; pues las palabras ó disposiciones de los testadores deben entenderse y observarse á tenor de lo establecido por derecho: opinion que tengo por mas verdadera que la en contrario emitida por Curt. el jóven, consil. 64., y véas. sobre esto lo anotado á la l. 2. tit. 15. Partª 2ª Lo mismo creo que deberia decirse en el caso, á que se refiere tambien nuestra ley aqui, de haberse contraido matrimonio ante la Iglesia, existiendo algun impedimento ignorado por entrambos consortes ó por alguno de ellos; pues aun entonces los hijos que nacieran de aquel serian considerados como legítimos y nacidos de legítimo matrimonio, y revindicarian real y verdaderamente el lugar que les correspondiese por órden de nacimiento entre los demas que fuesen tales rigurosamente hablando; porque las leyes les declaran de igual condicion á la de estos últimos, y debe entenderse que el testador que haya hecho los llamamientos ha querido espresarse en el sentido que las leyes dan á las palabras de que él hubiere usado; ó se seguirian de lo contrario mil absurdos: todo lo cual es digno de notarse; pues he visto suscitarse sobre ello reñida controversia en un complicadísimo pleito sobre un mayorazgo; y véase lo anotado á d. cap. *ex tenore.* ¿Qué diríamos, empero, en el caso de haberse llamado á los hijos engendrados y nacidos de legítimo matrimonio? ¿Bastaria entonces para considerar llamado á un hijo el que hubiese nacido despues de celebrado aquel, si hubie-

se sido concebido antes? Véas. la glos. con el texto á la l. 37. §. 7. D. *de oper. libert.*, que no recuerdo haber visto en otra parte y la cual resuelve dicha cuestion por la negativa. Otro caso puede ofrecerse; y es el de haberse uno casado con una parienta consanguínea, haberla gozado y resultado esta embarazada, y separádose despues de ella ínterin esperaba la dispensa: si hubiese el marido otorgado entre tanto testamento y fundado en él un mayorazgo, llamando á su posesion al póstumo de dicho matrimonio para el caso de ser varon; ¿seria este admitido á la espresada sucesion, si su padre el testador tuviese una hija de otro matrimonio y hubiese venido concedida la dispensa antes del nacimiento de aquel, de suerte que hubiese nacido legítimo? ó ¿seria necesario que lo fuese al tiempo de otorgarse el testamento, y asi que el padre hubiese otorgado otro despues de legitimado el matrimonio por la dispensa? Podria creerse que lo seria por tratarse de un póstumo que al tiempo de fundarse el mayorazgo no podia ser instituido, l. 28. §. 3. D. *de liber. et posthum.* Pero parece mas cierto lo contrario, segun la l. 9. pr. y §. ult. D. d. tit.; pudiendo verse á Bart. á dd. dos ll., á propósito de lo que antes se ha dicho, ó sea, que no obsta para la legitimacion de los hijos de concubina el que el padre haya estado casado con otra en el tiempo intermedio desde el nacimiento de dichos hijos á la celebracion del subsiguiente matrimonio: añad. al mismo Bart. á la l. penult. §. 5. D. *solut. matrim.*, á la l. 71. §. ult. D. *de solut.*, y á la l. penult. col. 2. D. *rem rat. hab.*, y Alex. á la l. 13. §. 4. D. *de adquir. poss.* Añádase tambien que hasta los nacidos de muger pública quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio, cuando les reconozcan por hijos suyos el padre y la madre de comun acuerdo, Bald. á la l. 14. col. 6. C. *de fideicom.* Nótese ademas que esa legitimacion por subsiguiente matrimonio produce el efecto de que se considere á los hijos asi legitimados casi como legítimos, y de que se retrotraiga la misma legitimacion al tiempo del nacimiento, Bald. á la l. 6. col. ult. D. *de testam. milit.*; pues hasta suceden aquellos á los feudos, segun el Abad á d. cap. *tanta*, en donde pretende todavía mas, esto es, que haya de admitírseles á la espresada sucesion, aun cuando haya en la investidura la cláusula de que «*haya de suceder fulano y sus legítimos descendientes*;» á pesar de estar esto último contradecido por Bald. §. *naturales*, *si de feud. fuer. controv.*, fundándose en que con semejante cláusula parece haberse querido dar á entender que la generacion hubiese de ser legítima desde un principio, y por consiguiente que no se puede dar á ella mas amplio sentido ó interpretacion. Nótese, empero, que si se hubiere legitimado por subsiguiente matrimonio al hijo primogénito, no será este preferido al segundogénito que hubiere nacido de legítimo matrimonio y antes de verificarse la legitimacion de aquel, segun Juan Andr. regla *sine culpa*, *de regul. jur.*, lib. 6. *in Mercurial.*, y véas. estensamente á Juan Licirier, tratad. *primogenituræ*, lib. 1. cuest. 14., y á Luc. de Pen. á la l. ult. C. *de his qui sponte mun. sub.* Debe notarse igualmente que si alguno, despues de muerto su hijo natural, se casa con la concubina de quien lo habia tenido, por este subsiguiente matrimonio no queda legitimado el nieto que acaso existiere, porque para la legitimacion de este último es necesario que exista la persona intermedia del padre, arg. l. 37. §. 7. D. *de oper. libert.*, Bald. despues de Guillerm. de Cugn. á la l. 18. D. *de legib.*, y Dec. consil. 243. col. 2. Los hijos incestuosos tampoco se legitiman por el subsiguiente matrimonio, aunque este se haya celebrado con dispensa del Papa, Bald. á la l. 11. D. *de stat. hom.*, y en d. §. *naturales*, hácia el fin. Pero en los casos en que dicho matrimonio produce la legitimacion de los hijos, ¿la producirá tambien si estos no la consienten y no quieren ser legitimados? V. Alberic. y Bald. á d. l. 18. donde, despues de Guillerm. de Cugn., se deciden por la negativa: bien que Ang. allí califica esta doctrina de aventurada, y en efecto no deja, á mi parecer, de ser algo dudosa, por cuanto verificándose la legitimacion por consecuencia del matrimonio y por el ministerio de la ley, no debe atenderse á si consienten ó nó á ella los hijos, arg. l. 1. princ. D. *de auctor. tut.*; bien que no deja de estar muy indicada la sobredicha opinion de Guillerm. por el cap. 11. de la nov. 89. citado por el mismo allí. Asi lo sostiene tambien Paul. de Castr. á d. l. 18. para el caso de ser los hijos por su edad capaces de prestar el consentimiento, mas nó si fueren constituidos en la infancia. Tal vez pueda tambien suscitarse cuestion (como acerca de un caso análogo la propone Bald. col. 1. consil. que empieza, *titulus Principis Achaiæ*) sobre si, aun legitimándose los hijos en dicho caso, dejarán ó nó de quedar sujetos á la patria potestad, cuando no hubieren consentido la legitimacion. Nótese finalmente, que el subsiguiente matrimonio surte el efecto retroactivo en cuanto á la legitimacion de los hijos, mas nó en cuanto á lo demas, Bart. á la l. 13. §. 6. D. *ad leg. Jul. de adult.* Supóngase, empero, el caso de haber querido el padre legitimar á su hijo natural por medio del subsiguiente matrimonio para que pudiese suceder á un mayorazgo ó á otros bienes; si el que estaba interesado en que esto no se veri-

es la madre porende libre, e los fijos legitimos (17).

LEY 2. *Que pro, e que honrra nasce a los fijos, en ser legitimos.*

Honrra, con muy grand pro, viene a los fijos en ser legitimos. Ca han por ende las honrras (18) de sus padres. E otrosi pueden recebir Dignidad (19), e Orden sagrada de la Eglesia, e las otras honrras seglares (20); e avn heredan a sus padres, e a sus abuelos, e a los otros sus parientes, assi como dize en el Titulo de las herencias; lo que non pueden fazer los otros que non son legitimos (21).

T TULO XIV.

DE LAS OTRAS MUGERES QUE TIENEN LOS OMES, QUE NON SON DE BENDICIONES.

Barraganas (1), defiende Santa Eglesia (2), que non tenga ningun Christiano, porque biuen con ellas en pecado mortal (3). Pero los

ficara por ser llamado á dicha sucesion á falta del espresado hijo, hiciere desaparecer á la madre ó de otro modo hubiere impedido la celebracion del matrimonio, ¿habrá en tal caso algun remedio legal contra semejante fraude? Parece que será esto una justa causa para que pueda el Príncipe legitimar á dicho hijo al efecto de suceder al mayorazgo, aun cuando sea de aquellos á cuya posesion sean llamados tan solo los hijos nacidos de legítimo matrimonio: y véase acerca de esto una escelente disposicion en la nov. 74. pr. *collat.* 6., nov. 89. cap. 9. collat. 7., y l. 24. D. *de condit. et demons.*

(17) Conc. Novel. 78. cap. 3. *collat.* 6.; siendo de advertir que no se requiere por la presente ley la otorgacion de capitulaciones matrimoniales ó dotales: de donde se infiere que sin necesidad de ellas y por la sola celebracion del matrimonio adquirirá la madre su libertad y los hijos quedarán legitimados en el caso propuesto.

(18) Conc. l. 19. y glos. allí D. *de stat hom.*, y l. 10. D. *de senator.* Los hijos, empero, que fueren nacidos antes de obtener el padre la dignidad, no gozarán los honores consiguientes á ella, l. 11. y Bart. allí C. *de dignit.*, glos. y Juan de Plat. á la l. 21. C. *de agric. et censib.*, y glos. á la l. 23. C. *de nupt.*, todo lo cual es conducente á la cuestion que trata estensamente Juan Cirier, tratad. *primogenituræ*, lib. 1. quest. 12. de si debe ser admitido á la sucesion á la corona el primogénito del Rey nacido antes que este la adquiriese.

(19) A las cuales no son admitidos los hijos ilegítimos, cap. 1. 2. 3 y ult. *de filiis presb.*, cap. *in cunctis* 7. y cap. *innotuit* 20. *de elect.*

(20) Esto es, aquellas de las que estan escluidos los hijos ilegítimos, l. 3. tit. 15. de esta Partida y V. lo anotado allí.

(21) Como se dispone tambien en la Novel. 74. cap. ult. *collat.* 6. Novel. 89. *collat.* 7. ll. 4 y 6. C. *de incest. nupt.*, autent. *ex complexu*, C. d. tit., cap. *lator.* y cap. *causam quæ* 4. *qui filii sint legit.*, y autent. *licet* C. *de natur. lib.* — * V. la adic. á la nota 6.

(1) Segun esta ley, pues, no se hace mucha diferencia entre la legítima consorte y la concubina, menos en lo que se refiere al honor, l. 49. §. 4. D. *de legat.* 3. Asi el vasallo que seduce la concubina de su señor incurre en la misma pena de privacion del feudo, como si hubiese cometido adulterio con la consorte, Bald. al cap. 1. col 5. *quib. mod. feud. amitt.* y Alberic. á la l. 3. D. *de concub.* Pero las concubinas no pasan al domicilio del amancebado, segun Juan de Plat. á la l. 4. C. *de munic. et origin.*, y de las mismas se dice que llevan consigo veneno, l. 1. y Bald. allí C. *de natur. lib.*, lo cual está confirmado por lo que se lee en el versic. 26. cap. 7. *Proverb.*, añadiendo Bald. allí que todo lo que poseen se presume haberlo adquirido de los bienes de sus amancebados, y que puede dárseles tormento para que declaren la verdad sobre las cosas que se hayan llevado: nada de lo cual tiene lugar respecto de las legítimas consortes, l. 2. C. *quand. et quib. quart. pars deb.* — * V. la adic. á las notas 10 y 11. de este ult.

(2) Cap. *nemo* 32. quest. 4. donde dice la glos. que el concubinato es verdader delito por derecho eclesiástico, mas nó por el civil. Hoy, empero, parece que tambien por derecho civil está reprobado como puede verse en la Instruccion de los Corregidores, §. 46. — * De las varias reales disposiciones que con el tit. de *Instruccion de Corregidores*, se han publicado en España durante el siglo pasado y á principios del presente solo fueron continuados en la Nov. Rec. algunos capítulos ó fragmentos, entre los cuales no encontramos el 46. citado por el glosador aqui ni en el tit. de los corregidores, sus tenientes y alcaldes mayores que es el 11. lib. 7. ni en el de los amancebados ó mugeres públicas, que es el 26. lib. 12. del citado Código. V. la adic. á las notas 10 y 11. de este tit.

(3) Asi se espresa en el cap. *dicat aliquis*, y cap. *meretrices* 32. quest. 4. donde dice San Agustin que en la palabra *mechia*, se comprenden todas las especies de cóito ilícito, y V. la glos. allí; pues tambien es pecado mortal la

Sabios antiguos que fizieron las leyes, consentieronles, que algunos las pudiessen auer sin pena temporal (4): porque touieron que era menos mal, de auer vna, que muchas. E porque los fijos que nascieren dellas, fuessen mas ciertos. E pues que en los Titulos ante deste fablamos de los matrimonios, e de los fijos que nascen dellos, queremos aqui dezir, de las barraganas: e despues mostraremos, de los fijos que nascen dellas. E primeramente diremos, qual deue ser rescibida por barragana. E onde tomo este nome, E quien la puede auer. E en que manera se faze tal ayuntamiento como este.

LEY 1. *Qual muger puede ser rescebida por barragana, e onde tomo este nome.*

Ingenua (5) mulier es llamada en latin, toda muger que desde su nascencia es siempre libre de toda seruidumbre, e que nunca fue sierua. E esta atal puede ser rescebida por barragana, segund las leyes (6); quier sea nascida de vil linaje, o en vil logar; o sea mala de su cuerpo, quier non. E tomo este nome (7) de dos palabras; de barra, que es de arauigo, que quier tanto dezir, como fuera; e gana, que es de ladino, que es por ganancia: e estas dos palabras ayuntadas, quieren tanto dezir, como ganancia que es fecha fuera de mandamiento de Eglesia. E porende los que nascen de tales mugeres, son llamados fijos de ganancia. Otrosi puede ser rescibida por tal muger, tambien la que fuesse forra (8), como la sierua (9).

LEY 2. *Quien puede auer barragana, e en que manera.*

Comunalmente, segund las leyes seglares mandan, todo ome que non fuesse embargado de Orden (10), o de casamiento (11),

simple fornicacion, segun S. Pablo *ad Galat.*, cap. 5. y *ad Hebr.*, cap. 13. vers. 4. *Fornicatores enim et adulteros judicabit Deus:* el mismo *ad Corint.* 1. cap. 6. vers. 9. *Neque fornicarii* etc. y *ad Ephes.* 5. *Fornicatio autem, et omnis inmunditia, neque nominetur in vobis.;* pudiendo añadirse á Sto. Tomás 3. *contra gentiles*, cap. 119., y sin que obste á lo dicho el cap. *his qui*, dist. 34. por hablarse en él, nó de las verdaderas concubinas, sino de las consortes legítimas, cuyos matrimonios hayan sido celebrados sin las debidas solemnidades, segun los DD. allí, y añad. Clement. *ad nostrum* 3. *de hæret.*

(4) V. d. l. 3. y la glos. allí vers. *legis*, y Guillerm. Bened. repetic. al cap. *Raynutius*, fol. 112. col. 3. hácia el fin y col. 4., donde se esfuerza en probar que tambien por derecho civil está hoy prohibido el concubinato; lo mismo que sostuvo antes que él Hostiens. *in summa de voto* §. *quot sunt especies*, llamando allí d. Guillerm. la atencion sobre la notable doctrina de Juan Fabr. pr. Instit. *si quadr. paup. fecis. dic.*, donde dice que es obrar contra la naturaleza el cohabitar con una muger que no sea legítima consorte: bien que, como puede verse en nuestra ley aqui, debe entenderse esto en cuanto al efecto de considerar la indicada cohabitacion como pecaminosa, nó, empero, para calificarla de delito ó de acto justiciable en el fuero esterno. V. tambien la l. 2. de este tit. y lo que se lee en Sto. Tomás 2. 2. quest. 69. art. 2., ó sea, que pues las leyes humanas no exigen de los hombres que posean todas las virtudes, y tampoco puede esperarse de la generalidad de ellos que las practiquen con tanta perfeccion como seria menester, por esto se ha dejado por dichas leyes impune la simple fornicacion. — * V. la adic. á las notas 10 y 11. de este tit.

(5) Añad. Instit. *de ingen.* pr.

(6) Como en la l. 3. D. *de concub.*

(7) En otros lugares se la llama *amiga*, como en la l. 144. D. *de verb. signif.*, en otros *focaria*, como si dijera la que cuida del hogar, l. 2. C. *de donat. int. vir. et ux.*

(8) Y hasta la liberta agena, d. l. 3.

(9) Como en la l. ult. C. *commun. de manum.;* lo cual debe entenderse respecto de la esclava propia: pues en cuanto á la agena no es lícito el tener cóito con ella, l. 6. D. *ad leg. Jul. de adult.*, l. 25. C. d. tit. y l. 25. D. *de injur.:* asi, pues, debe entenderse tambien que hablan de la esclava propia d. l. ult. y las ll. 8. D. *de pignor.*, y penult. D. *de privil. credit.* ¿Deberá asimismo calificarse de delito en el fuero esterno el cóito del dueño con su esclava, cuando aquel fuere casado? Parece que sí, segun d. l. ult. hácia el fin: y asi debe decirse verdaderamente, aun en el caso de no ser casado el dueño, segun la l. prox. sig.; por mas que hayan pretendido lo contrario Socin. consil. 248. vol. 1. col. 3. y Bald. de Bertolinis que espresa allí ser del mismo dictámen.

(10) Pues á los clérigos les está el concubinato enteramente prohibido, aun por derecho civil, Novel. 123. cap. 12. *collat.* 9. Novel. 5. cap. 8. *collat.* 1. l. 19. C. *de Episc. et cleric.*, cap. *sicut* 4., cap. *tua* 8., y cap. *si autem* 6. *de cohab. cleric. et mul.*, cap. *presbyter*, dist. 82; siendo estensiva dicha prohibicion hasta á los clérigos de órdenes menores; sobre lo cual,

empero, V. á Bart. á d. l. 3. D. *de concub.*, y añad. l. 43. tit. 6. Partª 1ª — * V. las ll. 3. 4 y 5. tit. 26. lib. 12. Nov. Rec. en las cuales se ordena el modo de proceder contra las mancebas ó concubinas públicas de los clérigos, y se commina contra aquellas la pena de un marco de plata y destierro por un año del lugar en donde estuviesen amancebadas; la misma pena pecuniaria y destierro por dos años en caso de reincidencia, y si aun otra vez reincidieren, igual pena pecuniaria, el mismo destierro por un año y cien azotes dados públicamente; estableciéndose además que cualquiera pueda acusar ó denunciar por el espresado delito, ganando el acusador la tercera parte del marco de plata, con otras varias disposiciones que pueden verse allí.

(11) Añad. la ult. hácia el fin C. *commun. de manum.* y l. 1. *de concub.*, con lo dicho en la nota 9. de este tit. — * Y V. tambien la l. 1. de d. tit. 26. lib. 12. Nov. Rec., en la cual se impone á los casados que esten amancebados públicamente la pena de la pérdida del quinto de sus bienes hasta la cantidad de diez mil maravedís, y se declara que dicho quinto deba adjudicarse á las mancebas de los mismos penados para que les sirva de dote si quieren despues casarse ó entrar en religion, ó para mantenerse con él si prefieren permanecer solteras y viven en ese estado honestamente; para todo lo cual debe conservarse el espresado quinto depositado en poder de uno ó dos parientes de las mismas mugeres por espacio de un año, á fin de que puedan aquellas durante ese tiempo, elegir el estado que mas les convenga, ó comprobar con su conducta el propósito de vivir en adelante honradamente, si prefieren permanecer solteras; pudiendo, empero, si no lo hacen, acusarlas cualquiera en lo sucesivo, y debiendo adjudicarse, en caso de reincidir en su vida licenciosa, la mencionada porcion de bienes por terceras partes, una al acusador, otra á la Real cámara y otra á la justicia que hubiere juzgado y sentenciado á las acusadas. No sabemos si jamas habrá estado d. l. en plena observancia, y creemos ademas que esa adjudicacion del quinto de los bienes á favor de la concubina, no habria entendido el legislador declararla á favor de las que hubiesen estado amancebadas con hombres casados sabiendo que lo eran; porque esto hubiera sido premiar declaradamente el adulterio. Véase asimismo la l. 2. dd. tit. y lib. Nov. Rec., en la que se impone la pena de confiscacion ó pérdida de la mitad de los bienes para la cámara, no solo á los que estando amancebados públicamente con alguna muger casada, no quisieren separarse de ella, siendo al efecto requiridos, sino tambien á todo el que, «teniendo muger á ley y bendi»cion de la Santa Iglesia, tomare manceba y »viviere públicamente con ella:» con lo cual hubo de entenderse sin duda derogar la l. antes esplicada, y mas espresamente todavía por la l. 1. de los mismos tit. y lib., en la cual se señalan contra las mancebas de hombres casados las propias penas que lo estan contra las de los clérigos, y que se han referido en la adic. á la nota que antecede. Pero todas las mencionadas disposiciones habrian caido seguramente en desuso, y se impondrian tal vez por los amancebamientos de clérigos y casados penas puramente arbitrarias; por cuanto, en la Real órden de 22 de febrero de 1815 se mandó castigar los escándalos y delitos públicos ocurridos por voluntarias separaciones de los matrimonios y vida licenciosa de los cónyuges ó de alguno de ellos, y por amancebamientos tambien públicos de personas solteras, valiéndose primero de amonestaciones y exhortaciones privadas, y procediendo despues *conforme á derecho*, contra los que obstinadamente las despreciasen: y posteriormente con otra Real órden circulada por el consejo Real en 10 de marzo de 1818, se reencargó á los tribunales y jueces el puntual cumplimiento de la sobrecitada de 1815, disponiendo que no formasen causas sobre amancebamientos sin haber precedido comparecencia y amonestacion judicial y haber sido esta despreciada; y que llegado el caso de formarlas, se abstuviesen de imponer por tales delitos las penas de presidio, aun en los correccionales, ni otras infamatorias (lo cual prueba que en realidad se habria acostumbrado imponer semejantes penas, aunque nó comminadas por las leyes); debiendo limitarse á las pecuniarias, á la de reclusion en hospicios ó casas de correccion, ó á la de aplicacion al servicio de las armas, segun lo exigiesen las circunstancias. Y asi puede decirse que, á tenor del derecho vigente en la actualidad, aunque por desgracia ni aun asi muy puntualmente observado, no se considera como delito el simple amancebamiento, sino la publicidad de él y el escándalo que de ahí resultare junto con la renitencia en obtemperar á las amonestaciones de la autoridad competente; y que las penas señaladas por semejante delito son puramente arbitrarias, aunque moderado el libre arbitrio de los tribunales en esta parte con la prevencion contenida en dicha Real órden de 1818, de no poder imponerse penas infamatorias por el amancebamiento, aunque sea público y pertinaz. Sobre la filosofía de nuestras actuales leyes represivas del concubinato y de las antiguas que lo toleraban y casi espresamente autorizaban, y sobre la cuestion tan debatida de si debe tenerse ó nó por un mal menor el concubinato que la prostitucion, véase al se-

puede auer barragana, sin miedo de pena temporal (12); solamente que non la aya virgen (13), nin sea menor de doze años (14); nin tal biuda, que biua honesta (15), e que sea de buen testimonio. E tal biuda como esta queriendola alguno rescebir por barragana, o a otra muger que fuesse libre de su nascencia, que non fuesse virgen; deuelo fazer, quando la rescibiere por barragana, ante buenos omes, diziendo (16) manifiestamente ante ellos, como la rescibe por su barragana. E si de otra guisa la rescibiesse, sospecha cierta seria contra ellos, que era su muger legitima, e non su barragana. E si pleyto nasciesse sobre esta razon, assi lo judgaria el Juez seglar (17); fueras ende, si fuesse prouado que la ouiesse rescibida por barragana. Pero si fuesse otra biuda que no fuesse atal como sobredicho es, mas que fuesse de muy vil linaje, o de mala fama; o fuesse judgada que auia fecho adulterio con ome que ouiesse muger legitima, maguer ella fuesse suelta; a tal como esta no ha porque la rescibir (18) por barragana ante testigos, segund sobredicho es de la otra. Otrosi ninguno non puede tener por barragana ninguna muger que sea su parienta, nin su cuñada (19), fasta el quarto grado: e esto, porque farian grand pecado, segund que dicho auemos (20), que es llamado en latin, incesto. E otrosi dezimos, que omes y a, que pueden auer barraganas, e non podrian rescibir mugeres legitimas. E estos son, de los que son llamados en latin Præsides provinciarum; que quier tanto dezir en romance, como Adelantados de algunas tierras. Ca tal ome como este, non podria rescibir muger legitima (21) de nueuo, en to-

ñor Martinez Marina, en su ensayo histórico crítico §§. 218. al 225. inclusive: habiéndonos abstenido de intento por nuestra parte de tratar semejantes materias, por creerlas agenas de nuestro propósito.

(12) Véase lo dicho en las notas 2., 3. y 4. de este tit.

(13) Pues si lo fuera, deberia calificarse el cóito de estupro, l. 6. D. *ad leg. Jul. de adult.*, y l. 1. §. 1. D. *de concub.*, bien que la glos. á la l. 1. d. tit. vers. *stuprum*, sostiene que es permitido el concubinato hasta con una vírgen, cuando esta es de oscuro nacimiento y ha intervenido la protesta que se prescribe en nuestra ley aqui para el caso de tomarse por concubina una viuda; pero en la misma presente ley se establece lo contrario, y véas. lo anotado á la l. 1. del tit. prox. sig.

(14) Añad. l. 1. hácia el fin D. *de concub.*

(15) Como en dd. ll. 6. D. *ad leg. Jul.*, y 1. §. 1. D. *de concub.*

(16) Añad. l. 3. D. *de concub.*

(17) Como en d. l. 3. y en la l. 24. D. *de rit. nupt.*: pero lo contrario deberia declarar el juez eclesiástico, cap. *aliter*, y glos. allí 30. y cap. *is qui non habent*, 34. dist.; en lo cual se ha de estar á lo prescrito por los cánones, como observa el Abad al cap. *Ecclesia S. Mariæ*, *de constit.*, col. 7., vers. *septimus casus*, y Bald. dice ser verdaderamente el derecho canónico el que rige en todo lo que se refiere al matrimonio, pero nó en todo lo que tiene trascendencia en las sucesiones; pues para este último efecto pretende deber estarse al derecho civil, l. 24. D. *de rit. nupt.*, lo que no deja de ser estraño, y tal vez nó muy exacto, si se atiende á que las sucesiones dependen del matrimonio, cap. *lator*, 5. *qui filii sint legit.* Y en órden á lo que deberia decirse en el caso de concurrir con otros indicios de legítimo matrimonio una cohabitacion de muchos años, véas. cap. *illud*, 11. *de præsumpt.*

(18) Como en d. l. 3. D. *de concub.*, en cual caso perderá aquellos bienes.

(19) Lo mismo sienta Azon *in summa* C. *de concub.*

(20) L. 13. tit. 2. de esta Partida.

(21) Añad. l. 38. y l. 65. D. *de rit. nupt.*, y l. 6. C. *de nupt.*; siendo de notar las palabras *de nueuo* de que usa nuestra ley de intento; pues bien podria el adelantado casarse con una muger de su territorio, con quien estuviese ya desposado antes de obtener aquel destino, d. l. 38. vers. *veterem*, y l. 1. C. *si Rector prov.* Por derecho canónico, empero, está esto derogado, como observa Juan Andr. despues de Gofr. al cap. ult. *de secund. nupt.*, al fin, Hostiens. *in summa*, *qui filii sint legit.*, §. *qualiter et à quo*, vers. *illegitimos*, el Abad á la rubr. C. *si Rector prov.*, y el mismo á d. cap. ult. Véas. no obstante á Salic. á d. l. 6., donde dice que, fundándose dd. ll. y otras semejantes en el peligro de que los matrimonios con los adelantados se contraigan por miedo, y siendo nulos *ipso jure* por derecho canónico los que asi se hayan contraido, parece que por esto mismo no era necesaria entre los canonistas esa prohibicion, ó que debia habérsela fundado en alguna otra razon; pero parece mas admisible la opinion de los mismos canonistas, á lo menos en los casos en que no hubiese otra presuncion de haber mediado miedo que la consiguiente al oficio ó dignidad del adelantado respecto de las mugeres de su territorio: en los demas, empero, coadyuvaria esta pre-

da aquella tierra onde fuesse Adelantado, en quanto durasse el tiempo del Adelantamiento. E podria y rescebir (22) barragana, si non ouiesse muger legitima. E esto fue defendido, porque por el grand poder que han estos atales, non pudiessen tomar por fuerça muger ninguna, para casar con ella. Ca podria ser, que algun ome, que nol querrie dar de su grado a su parienta, o su fija por muger, que gela auria a dar a miedos, por la premia, o por el mal quel faria, por el poder del logar que touiesse. Otrosi ningun ome non puede auer muchas barraganas (23). Ca segund las leyes mandan, aquella es llamada barragana, que es vna sola (24): e ha menester que sea atal, que pueda casar (25) con ella, si quisiere, aquel que la tiene por barragana.

LEY 3. *Quales mugeres son, que non deuen rescebir por barraganas los omes nobles, e de grand linaje.*

Illustres (26) personas son llamadas en latin, las personas honrradas, e de grand guisa, e que son puestos en Dignidades; assi como los Reyes, e los que descienden dellos, e los Condes (27). E otrosi los que descienden dellos, e los otros omes honrrados semejantes destos (28). E estos atales, como

suncion á las otras que separadamente concurriesen; á propósito de lo cual debe tenerse presente la espresada doctrina de Salic.: pues, como el matrimonio, para ser válido, debe haberse contraido con toda libertad, aquella presuncion robusteceria siempre á las otras pruebas que se ministrasen de haber intervenido miedo.

(22) Añad. l. ult. D. *de concub.*, y l. 38. D. *de rit. nupt.*

(23) Pues no es lícito tener mas de una concubina, segun la Nov. 89. cap. 12. §. 5. y glos. allí *collat.* 7. Nov. 18. cap. 5. *collat.* 4. y l. 1. C. *de concub.*

(24) Pues por derecho civil son necesarios varios requisitos para poder tener concubina lícitamente; y nunca es permitido por derecho canónico, segun el cual es el concubinato absolutamente reprobado como opuesto al precepto del Decálogo «no fornicarás.» En primer lugar se requiere la posibilidad de contraer matrimonio con la que se tome por concubina, de donde se infiere que esta y el que la toma deben ser igualmente solteros, como se declara aqui y al principio de esta misma ley: en segundo lugar, que la concubina sea única, nó muchas, como se declara tambien en esta ley en la palabra *otrosi*, sobre la cual véas. la l. 11. de *Toro* [l. 1. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.]: en tercer lugar, la cohabitacion, segun algunos; bien que otros pretenden no ser aquella indispensable y bastar los dos primeros requisitos; y Bald. á la l. 14. C. *de fideicom.*, sostiene que, en cuanto á las leyes humanas, es lícito el concubinato entre un soltero y una soltera, pero que debe intervenir la protesta de que se la tiene por concubina y manifestarse asimismo con los hechos haciéndose permanecer á la concubina en la casa, para que no pueda tener cóito con otros ó prostituirse: igualmente dice ser necesaria la cohabitacion la glos. á la l. penult. D. *de concub.*, bien que la falta de ese requisito no impedirá que queden legitimados los hijos de la concubina si se casare el padre despues con ella, segun se ha dicho en la nota 16. del tit. ant., y añad. la l. 1. del tit. que sigue, donde dice, «*de fuera de sus casas*» con lo anotado allí. Y sobre si es ó nó realmente necesaria esa cohabitacion para que sea lícito el concubinato, véas. Rodrig. Suar. coment. á la l. 1. tit. 6. lib. 3. Fuero de las leyes, donde espresa haber visto siempre declarado en España, aun antes de la ley de *Toro*, que á pesar de no mediar las solemnidades de la cohabitacion en el concubinato, los hijos nacidos de él se tienen por naturales, y como á tales pueden dejárseles legados.

(25) Añad. Nov. 117. cap. 2. *collat.* 8.

(26) Hé aqui declarado quiénes sean las personas consideradas como ilustres; véas. una notable glos. á la Nov. 71. *collat.* 5., y Juan de Plat. á la l. ult. C. *de decur.* El Papa, el Emperador, el Patricio y el Cónsul son ilustrísimos, glos. á la l. 3. C. *ubi Senat. vel claris.* Véas. el Abad al cap. *solitæ*, 1. notab. *de major. et obed.*

(27) Nótese que, segun esto, tambien los condes serán personas ilustres: Bald., empero, á la l. 1. versic. *his cunabulis*, D. *de offic. præf. præt.*, dice que son tan solo honorables (*spectabiles*); por lo cual debe tenerse presente que, segun esta ley, son ilustres. El mismo Bald. dice allí que el título de ilustres corresponde á los Cardenales y Patriarcas que, como los Reyes, gobiernan varias provincias; y á los Arzobispos y Obispos tan solo el de honorables. Specul. tit. *de jurisd. omn. jud.*, llama ilustres á los metropolitanos y honorables á los Obispos, véas. al mismo allí estensamente. Pero hoy se suelen prodigar semejantes títulos muy abusivamente.

(28) Y con mayor razon lo serán tambien los duques y marqueses.



quier que segund las leyes, pueden rescebir las barraganas; tales mugeres y a, que non deuen rescebir (29), assi como la sierua, o fija de sierua. Nin otrosi la que fuesse aforrada, nin su fija; nin juglaressa, nin sus fijas; nin tauernera (30), nin regatera (31), nin alcabueta, nin sus fijas; nin otra persona ninguna de aquellas que son llamadas viles (32), por razon de si mismas, o por razon de aquellos do descendieron. Ca non seria guisada cosa, que la sangre de los nobles fuesse (a) embargada, nin ayuntada a tan viles mugeres. E si alguno de los sobredichos fiziesse contra esto, si ouiesse de tal muger fijo, segund las leyes (33), non seria llamado fijo natural; ante seria llamado spurio, que quier tanto dezir, como fornezino (3). E demas, tal fijo como este (b) non deue partir (35) en los bienes del padre, nin es el padre tenudo de criarle (36), si non quisiere.

(a) espargida nin ayuntada etc. Acad.
(b) non debe haber parte en los bienes de su padre Acad.

(29) Aunque, pues, estas personas ilustres puedan contraer matrimonio con las mugeres viles de que se habla en esta ley, Nov. 117. cap. 4. *collat.* 8., y autent. *sed novo jure*, C. *de natur. liber.*, no pueden, empero, tomarlas por concubinas: y asi no queda derogada respecto de las concubinas la l. 1. C. *de natur. lib.*, segun declara Azon *in summa* col. 2. vers. *neque prætereundum*, lo mismo que sostiene Alberic. á d. l. 1. y está declarado por la presente de Partida. Pero, á tenor de la l. 11. de *Toro* [l. 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.] ¿serán tenidos hoy por hijos naturales los habidos de semejantes mugeres, y quedará por tanto derogada la presente ley? Digno es esto de mas detenida reflexion; pues podria parecer por una parte que la citada ley de *Toro* no es derogatoria de lo dispuesto en la presente de Partida, por referirse esta á un caso especial y fundarse en razones tambien especiales, y por otra tal vez en la práctica se entendiera y observara lo contrario por los términos absolutos y generales en que d. l. de *Toro* está concebida. — * Parécenos que, al declararse en la l. de *Toro*, que fuesen tenidos por naturales los hijos habidos de concubinas con quienes los padres hubiesen podido casarse lícitamente al tiempo del nacimiento de dichos hijos ó de su concepcion, de ninguna manera pudo entenderse derogar la presente de Partida, en cuanto prohibe á las personas llamadas ilustres el amancebarse con las mugeres viles que en esta misma ley se espresan. Y, pues que, segun esto aun en el dia debe considerarse prohibido el concubinato entre semejantes personas, de ahí inferiríamos nosotros que no pueden considerarse sino como espurios los hijos nacidos de uniones tan espresamente reprobadas; pues la ley de *Toro*, en nuestro concepto, no entenderia hablar sino de los concubinatos, por decirlo asi, legalmente tolerados, y á ellos sin duda refirió la distincion entre el caso de ser ó nó los amancebados personas hábiles y sin especial impedimento para contraer matrimonio, nó á los que tuviesen una manceba contra la espresa prohibicion de la ley, aunque fuese de otra parte tal, que pudiesen casarse con ella.

(30) Esto es, la que despacha en una taberna y sirve el vino á los concurrentes á ella: mas nó la que solo sea dueña de un establecimiento semejante, á tenor de la distincion análoga que puede verse en la l. 29. C. *ad leg. Jul. de adult.*; pues una muger honesta bien puede tener abierta una taberna y vender en ella vino por su cuenta, mientras lo haga por el ministerio de sus dependientes y no sirva ella misma á los que allí concurran, por lo cual no será considerada como persona vil, segun Alberic. á la l. 7. C. *de incest. et inut. nupt.*

(31) En d. l. 1. D. *de offic. præfect. præt.*, se pone en lugar de la regatera á la muger que despacha públicamente en los mercados, contra lo que parecia inferirse de la l. 12. D. *de decur.*; pero yo entiendo que en la presente de Partida se quiere hablar de la que comunmente se conoce con aquel nombre de *regatera*.

(32) Lo mismo podria aplicarse á las demas mugeres que ejerzan otros oficios viles, segun la glos. al cap. *qui contra*, 24. cuest. 1., ó á las de quienes se habla en la Nov. 90. cap. 1. *collat.* 7. y glos. allí. Véas. l. 9. tit. 1. lib. 4. Ordenamiento Real.

(33) L. 1. C. *de natur. lib.*

(34) L. 1. tit. 15. de esta Partida.

(35) Ni aun, pues, sucederá en aquellos bienes á cuya sucesion son admitidos los demas hijos meramente naturales, autent. *licet*, C. *de natur. lib.*; y de todo lo que le dejare el padre quedará privado, para adjudicarlo á las personas que se espresan en la l. 1. C. d. tit.

(36) Lo contrario, empero, procederia en cuanto á los alimentos, por el derecho canónico, que atiende mas á la equidad, cap. *cum haberet*, 5. *de eo qui dux. in matrim. quam pol. per adult.* Inocenc. allí, y DD. á la autent. *ex complexu*, C. *de incest. nupt.* — * V. la l. 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. y el apéndice á la sucesion intestada, tit. 13. Partª 6ª

TITULO XV.

DE LOS FIJOS QUE NON SON LEGITIMOS.

Fijos han a las vegadas los omes, que non son legitimos, porque non nascen de casamiento segund ley. E como quier que Santa Eglesia non tenga, nin aya por fijos derechureros, atales como estos; pero pues que acaesce que los omes los fazen, ya que en el Titulo ante deste fablamos de las barraganas, queremos dezir en este, de los fijos que nascen dellas. E mostrar primeramente, que quier dezir fijos non legitimos. E por quales razones son atales. E quantas maneras son dellos. E que daño viene a los fijos, por non ser legitimos. E como se pueden legitimar. E que bien, e pro nasce a los fijos, por ser (a) legitimos.

(a) legitimados Acad.

LEY 1. *Que quier dezir fijo non legitimo, e porque razones son atales: e quantas maneras son dellos.*

Naturales, e non legitimos, llamaron los Sabios antiguos a los fijos que non nascen de casamiento segund ley; assi como los que fazen en las barraganas (1). E los fornezinos, que nascen de adulterio (2), o son fechos en parienta (3), o en mugeres de Orden (4). E estos non son llamados naturales: porque son fechos contra ley, e contra razon natural. Otrosi fijos y a, que son llamados en latin manzeres (5), e tomaron este nome de dos partes de latin; manua, scelus, que quier tanto dezir, como pecado infernal. Ca los que son llamados manzeres, nascen de las mugeres que estan en la puteria, e danse a todos quantos a ellas vienen. E porende non pueden saber, cuyos fijos son los que nascen dellas. E omes y a, que dizen, que manzer tanto quiere dezir, como manzillado;

(1) Esto es, de las que cohabiten con los padres, segun se infiere de lo que mas abajo se espresa en esta misma ley, y de lo anotado á la l. 2. del tit. antec., como asi verdaderamente procede por derecho comun y por el nuestro de Partidas: pero por el novísimo derecho patrio está declarado hijo natural todo el que es nacido de soltero y soltera, aunque esta no sea única concubina, ni cohabite con el padre, l. 11. de *Toro* [l. 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.], y hasta se tendrá por tal al que naciere de una vírgen ó viuda honesta, por cuanto, si bien no es lícito el concubinato con semejantes personas, antes bien se comete estupro teniendo cóito con ellas sin la protesta ó declaracion hecha ante testigos abonados de que se las toma por concubinas, segun la l. 2. del tit. antec. y lo anotado allí; con todo, es tanta la generalidad con que se espresa d. l. de *Toro*, que tambien los espresados hijos deberán calificarse, segun ella, de naturales; porque no se hace en el texto de la misma distincion alguna; á mas de que, tambien por derecho canónico se les califica de tales y tambien á los hijos de vírgen ó viuda, aunque hayan sido estas robadas á la fuerza, cap. *innotuit*, 20. y Bald. allí *de eléct.*, y lo propio pretende Rodr. Suar. á la l. 1. tit. 6. lib. 3. Fuero de las leyes. Añádase á lo dicho que, segun Bald. á la l. 6. D. *de in jus voc.*, el hijo nacido del furtivo cóito con una viuda ó vírgen es espurio; lo cual funda en d. cap. *innotuit*: pero creo yo mas verdadero lo que arriba se ha dicho; y tambien la glos. á d. cap. sostiene que semejante hijo deberá ser tenido por natural. —* De esta suerte, como observa muy oportunamente D. J. Escriche Diccion. razonado de legisl. y jurispr. art. Hijo natural, §. 1., la legislacion de Partidas fue menos exigente que la romana en cuanto á los requisitos necesarios para que un hijo ilegítimo se tuviese por meramente natural; y nuestro derecho novísimo lo ha sido menos todavía que el de Partidas. Por derecho comun eran hijos naturales tan solo los hijos nacidos de un soltero con su concubina *única* tambien soltera, y con tal que pudiese casarse con esta sin dispensa y *cohabitase con ella*, Nov. 18. cap. 5., Nov. 89. cap. 12. ll. 10. y 11. C. *de nat. lib.*, y l. 1. D. *de concub.* Por derecho de Partidas ya no se exigió la *cohabitacion*, pero sí que la concubina de quien se tuviesen hijos fuese *única*, l. 2. del tit. ant. y la presente, y l. 8. tit. 13. Partª 6ª: y finalmente bastó que los padres fuesen solteros no impedidos de casarse al tiempo de la *concepcion* ó del *nacimiento*, y en nada obstante él que la concubina no fuese única ni cohabitase con el padre, d. l. 11. de *Toro*; sobre cuya inteligencia en lo demas véas. á d. Sr. Escriche lugar cit.

(2) Estos son los que se llaman *notos* mas abajo en esta misma ley.

(3) Estos son los incestuosos.

(4) Véas. 1. cuest. 7. cap. *tali*, y glos. 32. cuest. 4. cap. ult.

(5) Véase sobre estos la glos. al cap. *nisi cum pridem*, de *renunt.*

porque fue malamente engendrado, e nascen de vil logar. E otra manera ha de fijos, que son llamados en latin spurii (6); que quier tanto dezir, como de los que nascen de las mugeres, que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, e son ellas atales (7) que se dan a otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas; porende non saben quien es su padre del que nasce de tal muger. E otra manera ha de fijos, que son llamados notos (8); e estos son los que nascen de adulterio: e son llamados notos, porque semeja, que son fijos conoscidos del marido que la tiene en su casa, e non lo son.

LEY 2. *Por que razones los fijos non serian legitimos, maguer nasciessen de Casamiento.*

(b) Celadamente (9), e en escondido se casan algunos, e fazen fijos (10). E si entre los que assi se casan, fuesse fallado tal embargo, por quel casamiento se ouiesse a departir, los fijos que fiziessen estos atales, non serian legitimos: e non se podrian escusar, maguer dixessen, que non sabian el embargo ambos, o el vno dellos. E esto es, porque sospecha es contra ellos, que non lo quisieron saber, si auia entre ellos tal embargo por que non deuian casar, pues que se casaron encubiertamente. Otrosi, non serian los fijos legitimos, de aquellos que sopiessen que auia entre ellos atal embargo por que non deuian casar; maguer se casassen manifiestamente en faz de la Eglesia, e non denunciasse otro ninguno el embargo, nin fuessen porende acusados. E esto se entiende, quando la muger, e el marido, amos a dos, saben el embargo. E otrosi non son legitimos, ningunos de quantos fijos nascen de padre, e madre, que non son casados se-

(b) calladamiente Tol. 1. 3.

(6) Tómase aqui en su estricta significacion la palabra *espúreo*, siguiendo, al parecer, á la glos. á d. cap. *nisi cum pridem*, y añad. Bald. á la l. 6. D. *de in jus voc.*, versic. 3., donde dice que los hijos nacidos de personas tales, entre quienes está prohibido el concubinato, aunque no lo esté el matrimonio, son tambien espúreos, y pone por ejemplo al hijo de una concubina y de un clérigo ordenado de menores, ó de una hermana de la órden tercera de S. Francisco, los cuales pueden contraer matrimonio, pero nó unirse en concubinato; bien que atendida la l. 11. de *Toro* y lo que sobre ella se ha dicho en la nota 20. del tit. antec., tambien los mencionados hijos serian hoy tenidos en España por naturales: por lo demas, la denominacion de espúreo se toma tambien en un sentido mas general, y comprende á todos los hijos de dañado ayuntamiento, segun el Abad al cap. *tanta*, col. pen. *qui filii sint legitimi*, y Jas. á la l. 2. pr. D. *de verb. oblig.*, y en otra parte observa Bald. á la l. 23. D. *de stat. hom.*, que se llama espúreos á todos los nacidos de un cóito no conforme con la pureza natural. En la l. 1. C. *de captiv. et postlimin. revers.*, puede verse un caso en que se reputa no tener los hijos padre conocido, y á pesar de esto no se les llama espúreos, ni legítimos, véas. Bald. allí: y nótese que, bajo la denominacion de hijos en general, nunca se consideran comprendidos los espúreos, Bald. á la l. 2. C. *de succes. edict.*; pues á estos no puede propiamente llamárseles hijos, §. penult. Instit. *de nupt.*, Bald. á la l. 4. C. *de hæred. instit.* Y sobre si se comprenden bajo dicha denominacion los naturales, véas. á Bald. á d. l. 6. D. *de in jus voc.* — * Véas. la adic. á d. nota 20. del tit. ant. citada por el glosador aqui, á propósito de la interpretacion de lo dispuesto en la l. 11. de *Toro:* y véas. tambien la adic. á la nota 1. de este tit.

(7) Si, pues, no fuesen de tal condicion ó verdaderas mugeres públicas aquellas de quienes se hubiesen tenido hijos, serian estos naturales, aunque aquellas no cohabitasen con los padres, véas. lo dicho en la nota 1. — * y adic. allí. Pero si á un hijo de una muger pública le reconociese alguno por suyo, y dijese haberlo tenido de aquella como concubina, á pesar de no haber cohabitado con ella ¿deberia tenerse á dicho hijo por *natural?* Dificilmente podria negársele esta calidad, atendido que concurririan exactamente en él todos los requisitos de la l. de *Toro*.

(8) Véas. tambien acerca de estos hijos la glos. á d. cap. *nisi cum pridem*, vers. *manzeres.*

(9) Añad. l. 3. tit. 3. de esta Part. — * Y véas. tambien la l. 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec., en la cual se impone á los que contraen matrimonios clandestinos, á mas de la pena (hoy abolida) de confiscacion de todos sus bienes, la de que puedan los padres de los que asi se casaren desheredarles por esta razon.

(10) Y si despues se casaren en faz de la Iglesia ¿quedarán legitimados los hijos habidos mientras el matrimonio fue clandestino? Véas. cap. *quod nobis*, 9. *qui filii sint legitimi*, y DD. allí.

gund manda Santa Eglesia (11). Otrosi dezimos, que si alguno que ouiesse muger a bendiciones, fiziesse fijos en barragana biuiendo su muger, que estos fijos atales non serian legitimos; maguer despues desto se muriesse la muger velada, e casasse con la barragana (12): e esto es, porque fueron fechos en adulterio (13).

LEY 3. *Que daño viene a los fijos, por non ser legitimos.*

Daño muy grande viene a los fijos, por non ser legitimos. Primeramente, que non han las honrras (14) de los padres, nin de los abuelos. E otrosi, quando fuessen escogidos para algunas Dignidades (15), o honrras, po-

(11) No debe estarse, pues, en esta parte á lo establecido por derecho civil, ni por los estatutos ó costumbres de los legos, cap. 1. *de sponsal.*, Juan Andr. al cap. *statutum*, *de hæret.*, Prepos. al cap. *placuit*, dist. 32. y Bald. á la l. 2. C. *de instit. et substit.*

(12) Y ¿qué deberia decirse, si estos hijos hubiesen sido concebidos, viviendo todavía la legítima consorte, y, despues de fallecida esta, casase el padre con la concubina antes de nacer aquellos? Véas. Juan Andr. y Anto. al cap. *tanta*, *qui filii sint legit.*, Anton. de Rosel. tratad. *de legitimatione*, fol. 2. col. 4. vers. *sed pone*, l. 11. C. *de natur. lib.*, y Salic. allí, y lo anotado á la l. 1. tit. 3. de esta Partida. — * Y los hijos de padre casado al tiempo de la concepcion y de madre soltera ó al contrario ¿deberian ser tenidos por *naturales*, si al tiempo del nacimiento hubiese enviudado el padre ó la madre casados, y pudiese por consiguiente celebrarse entre estos el matrimonio sin dispensa? Indudablemente lo serian; pues basta para ello, segun la citada l. de *Toro*, que el padre y la concubina no hayan estado impedidos de casarse al tiempo del *nacimiento*: y asi vendrán á ser hijos naturales hasta los que hayan sido verdaderamente *adulterinos* al tiempo de la *concepcion*; lo cual, si bien parece y es en efecto repugnante á la moral y á los buenos principios, y tal vez ni aun entró en la intencion de aquellos legisladores, es con todo una de las necesarias consecuencias de la ley de *Toro*, tal como viene concebida; y por esta razon, como observa el mismo Sr. Escriche lugar antes citado, art. hijo natural, §. 2., ya en 1820 se habia pensado en reformar aquella ley, y en el proyecto del código civil entonces presentado establecia la comision el principio de que se tuviesen por naturales los hijos ilegítimos tan solo en el caso de haberse podido los padres casar sin dispensa al tiempo de la *concepcion*.

(13) Y ¿qué diríamos en el caso de haber alguno de ellos ignorado el adulterio, si, por ej., hubiese creido soltero al casado de quien tuviese tales hijos? Trátase esta cuestion por la glos. al cap. *tanta*, vers. *aliam*, *qui filii sint legit.*, decidiendo allí que tambien en ese caso quedarán los hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio, y lo mismo opina Anton. de Rosel. tratad. *de legitimatione*, fol. 8. col. 3. vers. que empieza, *visum est*, refiriéndose á Anton., y alegando otra glos. al cap. *non omnis*, 32. cuest. 2. vers. *constituente*. Lo contrario, empero, pretenden Juan Andr., Carden. y el Abad, y aun, segun este último, lo contrario tambien opina la glos. á d. cap. *tanta*; lo cual seria exacto si hácia el fin de d. glos. no se leyesen las palabras *primum veriùs*; las que, segun el Abad, fueron añadidas allí posteriormente, y no estaban continuadas en la edicion que él tenia á la vista. Asimismo trata estensamente esta cuestion Rodrig. Suar. en su coment. á la l. 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero, donde citando á dd. intérpretes, nada afirma decididamente, pero aconseja que se adapte la opinion mas equitativa, mas propia para la salud del alma y tranquilidad de la conciencia; con lo cual parece inclinarse bastante á la doctrina de dd. Juan Andr., el Abad y Carden., sostenida tambien por Anton., y la que tengo yo por mas verdadera y mas general; entendiéndosela, empero, segun la declaran aquellos, con tal que los hijos en cuestion no hayan sido habidos socolor de matrimonio; pues, si asi se les hubiese habido, aunque con un adúltero ó una adúltera, pero procediendo uno de los padres de buena fe, é ignorando que el otro fuese casado, bastaria la ignorancia de cualquiera de ellos para que los hijos fuesen legítimos: y lo contrario seria si no hubiese intervenido matrimonio, porque de nada aprovecha la ignorancia á los que perpetran un acto ilícito.

(14) Véas. l. ult. tit. 13. de esta Partida; y entiéndase esto con las limitaciones establecidas en la l. 1. tit. 11. Partida 7ª

(15) Pues á las dignidades no son estos hijos admitidos sin dispensa, ni aun á falta de otros, segun Alberic. á la l. 6. D. *de decur.*; á los honores, empero, se les admite á falta de otros, y nó de otra manera, l. 3. §. 2. D. d. tit., á tenor de la cual deberá decirse tal vez que es válido el privilegio otorgado por el Príncipe de que, en falta de hijos legítimos, sean admitidos los espúreos, véas. Dec. consil. 271. col. penult. y ult. Infiérese tambien

derlas y an perder por esta razon: e demas, non podrian heredar los bienes de los padres, nin de los abuelos, nin de los otros parientes que descendieren dellos: assi como dize en las leyes del Titulo de las Herencias, que fablan en esta razon.

LEY 4. *En que manera pueden los Emperadores, et los Reyes, et los Apostolicos, legitimar los fijos que non son legitimos.*

Piden (16) merced (17) los omes (18) a los

de esto que, á falta de personas dignas, podrian concederse beneficios á las indignas, V. el Abad al cap. *grave*, not. 1. *de præb.*; y, por cuanto el dar testimonio es cosa de dignidad, cap. *præceptum*, 32. cuest. 5. y glos. al cap. *testimonium*, *de testib.*, no se admitirá á darlo á los hijos espúreos, á lo menos en las causas en que no puedan declarar mas que testigos mayores de toda escepcion, véas. Palac. Rub. en su repetic. cap. *per vestras*, col. 272. *in fundamentis conclusionis filiam minorem* etc.

(16) Indícase con esto, que es necesario el consentimiento del padre para la legitimacion del hijo: pues, aunque el hijo puede ser legitimado por rescripto del Príncipe despues de la muerte del padre, Bald. á la l. 23. §. 5. C. *de nupt.*, con todo no puede, siéndolo asi, suceder á los bienes de este último, por el mero hecho de no haber el mismo padre solicitado la legitimacion, segun notablemente espresa Bald., 4ª parte de sus consils., consil. 17. que empieza, *super legitimatione Michaelis*, vers. 5. *est hic autem attendendum*, observando que, asi como no puede legitimarse al hijo contra su voluntad, Nov. 89. cap. 11. *collat.* 7., asi tampoco podrá legitimársele contra la voluntad del padre, por ser cosas correlativas. Lo propio sostiene Pedr. de Anch. consil. 241. *ex tenore privilegii*, y últimamente Dec. consil. 338. col. ult. y 343., donde trata tambien del caso en que la legitimacion se hiciese con consentimiento del heredero del padre, añad. Bald. á la l. 39. D. *de adopt.* Y cuando el padre fuese furioso ó hubiese fallecido ¿podria el hijo, sin su consentimiento, hacerse legitimar? Véas. Anton. de Rosel. tratad. *de legitimatione*, fol. 13. col. 3. hácia el fin, versic. *quid si pater*, donde se decide por la afirmativa, pero solo para el preciso efecto de adquirir aquel los derechos de hijo legítimo, nó para el de ser heredero suyo del padre, porque sin el consentimiento de este no puede el hijo adquirir los derechos de la naturaleza; lo que es digno de notarse.

(17) Es, pues, la legitimacion una merced ó gracia otorgada por el Príncipe, autent. *item si quis sine legitimis*, C. *de natur. lib.*, y la Nov. de donde aquella está tomada, de donde se infiere que el que asi ha sido legitimado lo es por gracia, nó por naturaleza; nó por generacion, sino por regeneracion; y nó por la suerte del nacimiento, sino por merced del Príncipe, como dice bellamente Bald. consil. 19. col. penult. vol. 5. cuest. *præposita*, y Bald. al cap. *domino guerram.*, col. ult. princ. *hic finitur lex* etc. Pero ¿se considerará tambien como una gracia de parte del padre, y deberá decirse por consiguiente que queda revocada dicha legitimacion por el nacimiento posterior de otros hijos legítimos del mismo? Véas. sobre esto á Bald. á la l. 2. hácia el fin, Socin. consil. 295. col. pen. vol. 2., Alberic. rubr. C. *de natur. lib.*, y á la l. 8. C. *de revoc. donat.*, y Salic. allí, añadiendo d. Bald. á la l. 4. C. *de legat.*, que, por ser la legitimacion una gracia del padre y del Príncipe, debe reputarse como materia favorable é interpretarse ampliamente todo lo relativo á la misma. — * En la l. de 4 de abril de 1838 se declara deber contarse entre las llamadas *gracias al sacar*, á la legitimacion de los hijos ilegítimos, correspondiendo por consiguiente al Rey el concederla; pero solo de los que sean hijos *naturales* en el sentido de la l. 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec. (ó sea la l. 11. de *Toro*, de la que se ha hablado en la nota 1. de este tit.) con lo cual ha quedado derogada la Real cédula de 21 de diciembre de 1800, en cuanto autorizaba esta la legitimacion de los hijos sacrílegos ó de clérigos, y tambien el Real decreto de 5 de agosto de 1818, en cuanto prohibia, al parecer, absolutamente la de los hijos adulterinos. Estos podrán ser en el dia legitimados por el Rey, siempre que, á tenor de lo dicho en la adic. á la nota 1., sean al mismo tiempo naturales, como pueden serlo siempre que, al tiempo de su nacimiento hubiesen podido los padres casarse sin dispensa. Por lo demas, es necesario para que puedan legitimarse dichos hijos naturales por rescripto del Príncipe, que concurran motivos justos y razonables justificados debidamente, art. 2. de d. l. de 1838, y que se observen para la impetracion de aquella gracia los trámites prescritos en la Real órden de 19 de abril del mismo año; quedando, empero, vigente el Real decreto de 5 de agosto de 1818, en cuanto dispone que la legitimacion no se conceda *gratis*, sino mediante ciertas retribuciones con arreglo á la tarifa establecida, que es la de 100 ducados, para cada hijo que se legitime para el preciso efecto de poder ejercer oficio determinado, como abogado, procurador ú otro

Emperadores (19); e a los Reyes (20) en cuyo Señorio (21) biuen, que les fagan sus fi-

de esta clase; 150, cuando se pida la legitimacion para ejercer oficios de república; 200, cuando se la pida para poder el legitimado heredar á sus padres; 1000 ducados, cuando se impetre dicha gracia estraordinaria á favor de hijos de caballeros profesos de las órdenes para el efecto solo de heredarles y obtener oficios; y 30,000 rs. vn., cuando se la impetrare á favor de los mismos, pero para el efecto de que gocen la nobleza de sus padres: siendo finalmente de notar que ni aun el Príncipe, al otorgar las espresadas gracias, podrá sin el concurso de las Córtes relevar á los que las obtengan del pago de los derechos ó tarifas vigentes, que son las que se acaban de referir, art. 4. de d. l. de 1838. Y sobre la cuestion indicada por el Glosador en la presente nota de si se entenderá revocada la legitimacion por el nacimiento posterior ó sobreveniencia de hijos legítimos, V. lo que se dirá en la adic. á la nota 26.

(18) Puede tambien pedirse la legitimacion por medio de procurador, V. Balt. á la l. 29. §. 8. D. *de lib. et posth.*, y Bald. á la l. 3. C. *de vindict. lib.*

(19) Es propio del Emperador el legitimar. Novel. 74. cap. 2. *collat.* 6. Novel. 89. cap. ult. *collat.* 7. l. 57. §. 1. D. *de rit. nupt.* — * V. la adic. á la nota 17.

(20) Esto es, á aquellos que son soberanos independientes ó que no reconocen superior en lo temporal, cap. *per venerabilem*, 13. vers. *insuper*, *qui filii sint legit.*, como el de España, glos. al cap. *Adrianus*, dist. 63. cap. *et si necesse*, *de don. int. vir. et ux.*, y Bald. á la l. 5. col. 2. D. *de just. et jur.*, segun el cual, á la l. 7. C. *de probat.*, todos los Reyes son Emperadores de sus estados respectivos. ¿Qué deberia, empero, decirse si se tratara de legitimar á uno para el efecto de disfrutar de las regalías ó de alguna baronía? Segun el mismo Bald., §. *naturales*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et aqu.*, tan solo podria hacerlo el Emperador: mas yo creo que tambien podria el Rey que fuese soberano independiente. — * V. la adic. á la nota 17.

(21) Es, pues, necesario que sean súbditos del Príncipe aquellos á quienes otorga este la legitimacion, como se declara aqui, y en el cap. 13. *qui filii sint legit.*, Bart. á la l. 57. §. 1. D. *de rit. nupt.*, y Bald. á la l. 1. col. 2. C. *de jur. aur. annul.*, donde se espresa notablemente; pero seria válida la legitimacion con tal que fuese hecha entre súbditos, aunque se la hiciese fuera del territorio del legitimante, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria, arg. l. 2. D. *de offic. procons.*, y lo sostiene asi Bald. á la l. 36. D. *de adopt.*, hácia el fin y á d. l. 1. Asi, pues, un Conde Palatino, á quien el Emperador haya concedido facultad de legitimar, no podrá hacerlo en territorio sujeto á un soberano independiente, ni en el que sea de la Iglesia, segun Bald., despues de Jacob. de Butr. á d. l. 1. y á la l. 14. col. 8. C. *de fideicom.*; y esta es la comun opinion, á pesar de haberse pretendido por muchos lo contrario, segun Alex. consil. 67. col. ult. vol. 1. La legitimacion, empero, otorgada por el Príncipe á uno de sus súbditos, ¿surtirá tambien sus efectos respecto de los bienes sitos fuera del territorio de aquel? Parece que sí, segun lo anotado por Bald. á la l. 4. D. *de just. et jur.*, donde dice que la legitimacion subsiste donde quiera y que lo que es natural estiende á todas partes sus raices, l. 9. al fin D. *de just. et jur.*, y arg. l. 6. §. 1. D. *de inoff. test.*; pues los bienes son como un accesorio de las personas, l. 3. §. ult. D. *de legit. tut.*, y l. 28. D. *de usur.* Pero parece que esto será exacto tratándose de bienes á que haya de suceder el legitimado por testamento, en cuyo caso nada tiene de estraño que la legitimacion produzca sus efectos, aun en cuanto á los bienes sitos fuera del territorio del legitimante; pero si se tratase de bienes á que hubiese de sucederse por intestado, mas bien deberia decirse lo contrario, segun Prepos. Alex. al cap. *lege*, col. pen. dist. 10.; lo cual, empero, es, en mi concepto, algo dudoso, ni concibo razon alguna de diferencia entre la sucesion testamentaria y la intestada, toda vez que, llegando un hijo á ser legítimo, debe adquirir en consecuencia los bienes, tanto si proceden de testamento como de intestado; bien que por ser la referida especie original de Inoc. en el cap. *per venerabilem*, *qui fil. sint. legit.*, y adoptada por Luc. de Pen. á la l. ult. col. penult. C. *de his qui spont. mun. sub.*, puede suspenderse acerca de ella el juicio. [Y no deja en efecto de traslucirse alguna razon para opinar con Inoc. y Alex., si se considera que la sucesion intestada y el órden con que deben ser admitidos los llamados á ella depende mas directa é inmediatamente de la legislacion propia de cada Estado en particular, siendo, respecto de ella, el legislador mismo quien dispone y arregla por sí el cómo y á favor de cuáles personas debe deferirse la espresada sucesion; todo lo cual no tiene lugar en la testamentaria, antes respecto de esta no hace la ley mas que establecer ciertas reglas con sujecion á las cuales pueda cada uno disponer de sus bienes en testamento, dejando en lo demas al arbitrio del testador el ordenar su sucesion del modo que mejor le

parezca: y asi nada tiene de estraño que se haya dicho deber la legitimacion producir sus efectos en cuanto á la sucesion testamentaria de bienes sitos fuera del territorio del legitimante, toda vez que respecto de semejante sucesion el soberano ó legislador del pais donde se hallan sitos los bienes no ejerce mas que el imperió ó potestad, puramente reguladora; y que se haya opinado lo contrario en órden á la sucesion intestada, toda vez que el ser admitido á esta es participar de las ventajas que el legislador directamente y por su potestad dispositiva concede á sus súbditos. La legitimacion otorgada por un Príncipe puede producir el efecto de que el legitimado suceda á los bienes de que á favor suyo haya podido disponer y dispuesto un testador, aunque esten sitos en el territorio de otro Príncipe; pero nó que suceda á estos bienes de que por las reglas de intestado haya dispuesto la ley del pais, en donde se hallan situados y sobre el cual no ejerce el legitimante potestad ni jurisdiccion alguna. La ley de las sucesiones intestadas ha sido por mucho tiempo y está destinada á ser una ley de trascendencia política, íntimamente enlazada con el régimen y peculiar organizacion de la sociedad ó Estado que quiere regirse por ella: asi se observa en la legislacion de los antiguos pueblos y señaladamente en la romana; asi se observa tambien en los códigos primitivos de las naciones que fueron formándose en Europa despues de la invasion de los bárbaros; y es verdaderamente un fenómeno accidental debido sin duda á la influencia del individualismo en las modernas sociedades el que en ellas despues de Justiniano se hayan fundado las sucesiones intestadas en el principio de la libertad individual de disponer y en las presunciones de voluntad basadas en el mayor afecto que cada uno tiene á los de su familia, segun las mas ó menos estrechas relaciones que le unan respectivamente con ellos. Antes la libre disposicion ó el *testamento* era escepcion de la regla general impuesta por la ley á los ciudadanos sobre el destino que debia darse á los bienes despues de la muerte de sus dueños ó poseedores; hoy la libre disposicion es la regla y la sucesion intestada, ni aun viene á ser una escepcion de aquella, pues que la ley, al ordenarla, ha querido ser el órgano de la presunta voluntad de los particulares, y no hace mas que suplir, por decirlo asi, el silencio de los que esplícitamente no hayan manifestado la suya. Sin duda por efecto de ese cambio profundo que en el particular de que nos ocupamos ha sufrido la legislacion de casi todos los paises, podrán ó deberán quedar alteradas tambien las teorías recibidas acerca las recíprocas relaciones de las leyes de diversos Estados ó paises: sin duda que no fuera hoy tan filosófica como en otros tiempos la distincion establecida entre las sucesiones testamentarias y las intestadas para el efecto de regularlas segun las leyes del pais en donde radican los bienes á que haya de sucederse ó las del pais en donde residan los que pretendan tener el derecho de suceder. Pero nunca podrá decirse que semejante distincion se hubiera establecido sin motivo, y por esto no hemos querido pasar desapercibido lo que dice nuestro Glosador en la presente nota al criticar la citada opinion de Alex. y Luc. de Pen. espresando que no concibe razon alguna de diferencia en que aquella haya podido fundarse.] Y si un Príncipe otorgase la legitimacion á personas que no fuesen súbditos suyos, pero poseyesen bienes dentro de sus Estados, ¿valdria la legitimacion en cuanto á dichos bienes? Bald. á la l. 14. col. 7. C. *de fideic.*, vers. *consuevit esse*, está por la afirmativa; opinion que no dejaria de ser notable, si fuese verdadera; pero yo creo mas bien lo contrario, fundándome en lo que antes he dicho, ó sea, que en semejantes materias se atiende mas bien á las personas que á los bienes: y lo mismo contra Bald. sostiene Dec. consil. 150. col. penult., en donde espresa que, por la razon de que el legitimado debe ser súbdito del legitimante, aconsejó á un Conde Palatino facultado por el Emperador para otorgar legitimaciones que se abstuviese de otorgarla á un clérigo ordenado de menores, por no estar este sujeto á la jurisdiccion de los legos, cap. *cum non ab homine*, 10. *de judic.*, cap. 2. *de for. comp.*; no siendo válida la costumbre en contrario, cap. *clerici* 8. *de judic.*, lo que tiene lugar tambien respecto de los actos de jurisdiccion voluntaria, segun Pedro de Anchar. consil. 321. que empieza *primum dubium non est novum*, Clementin. *ne Romani*, §. *porrò*, *de elect.*, y Dec. consil. antes citado, donde pueden verse todas las mencionadas especies y otras varias. Mas, segun lo que acaba de decirse, tampoco seria válida la legitimacion otorgada por el Rey á un clérigo de menores, aunque fuese este ciudadano y originario del Reino, ni aun en lo relativo á los bienes temporales del mismo, lo que fuera muy duro y hasta absurdo; por lo cual creo mas bien que debe estarse por la contraria, pues los clérigos como ciudadanos del Reino son tambien súbditos del Rey y están obligados á guardarle fidelidad, segun la Glos. al cap. *petitio*, *de jurejur.*, Jacob. Alv. cap. 1. *qualiter vasall. deb. jur. de fid.*, y, aunque no le estén sujetos al Rey por razon de jurisdiccion, lo estan por razon del domicilio, al cual se refiere nuestra ley aqui con las palabras: *en cuyo señorío son* etc., y hacen tambien á este propósito la Clement. 1. y la Glos. notab. allí vers. *súbditos*, *de for. comp.*; sien-

jos (22), que han de barraganas (23) legitimos. E si caben su ruego (24), e los legitiman, son

do, como he dicho, muy absurdo el decir que el Príncipe no pueda legitimar á los clérigos en cuanto á lo temporal, cuando esto tampoco puede hacerlo el Papa, d. cap. *per venerabilem*, y asi equivaldria esto á decir que los clérigos no pueden disfrutar de las gracias que concede el Príncipe en lo temporal, lo que es evidentemente absurdo. Siendo, pues, propio y peculiar de aquel el legitimar para los efectos temporales se tendrán por súbditos suyos los clérigos para ese efecto, y no solo los de órdenes menores, sino tambien los ordenados *in sacris*. Confírmalo asimismo el que los clérigos constituidos en órden sacra, no siendo Obispos, no dejan con todo de estar sujetos á la patria potestad, Inoc. y DD. al cap. *indecorum*, *de ætate et qualit.*, y el Abad rubr. *de pecul. clerici*, y el Príncipe es considerado como el padre de todos sus súbditos, l. 5. C. *ad leg. Jul. majest.*

(22) Es este, pues, otro de los modos de legitimar á los hijos naturales, á saber, por rescripto del Príncipe, del cual se trata aqui y en la autent. *præterea* C. *de natur. lib.*

(23) Adviértase que, al solicitar el padre la legitimacion de sus hijos naturales, debe espresar que por alguna causa no ha podido ó que no quiere contraer matrimonio con la concubina de quien los ha tenido: y, no espresándolo asi, no será válida la legitimacion, d. autent. *præterea*, C. *de natur. lib.*, y Novel. 74. cap. 1. *collat.* 6; observando Ang. á d. autent. haber visto anuladas muchas legitimaciones por falta de ese requisito, que se omite con mucha frecuencia. Si, pues, no hay causa que impida el subsiguiente matrimonio, y por medio de este la consiguiente legitimacion de los hijos, debe solicitarse del Príncipe que, esto no obstante, los legitime por rescripto, y de otra manera no seria este válido, V. Anton. de Rosel. tratad. *legitimationum*, vers. *modo videamus de causa formali* pr.: y adviértase tambien que, no solo puede el Príncipe legitimar á los hijos naturales habidos de concubina, sino tambien á los espúreos y hasta á los incestuosos, bien lo haga de motu propio, ó á instancia de parte, l. 57. §. 1. D. *de rit. nup.*, Bald. §. *naturales*, col. 1. *si de feud. fuer. controv.*, y l. 1. C. *de jur. aureor. annul.*; bien que, respecto de los espúreos é incestuosos, si se les otorga la legitimacion, es necesario que se continúe en el rescripto la cláusula de *sin perjuicio* ó de *en nada obstante*, glos. á la Nov. 89. cap. ult. *collat.* 7. y autent. *ex complexu*, C. *de incest. nupt.*, y añad. Dec. consil. 55. col. 3. y Anton. Rosel. trat. *legitimationum*, d. vers. *modò videamus*, col. penult. y ult. y la notable especie de Bald. á d. l. 1. col. 1., donde espresa que á los incestuosos, aunque los legitime el Príncipe, no puede, empero, concederles la verdadera legitimacion, ni aun por ficcion, por ser esto contra el derecho divino, y porque, á pesar de ser el Príncipe el vicario de Dios en lo temporal, no puede dispensar la observancia de los preceptos divinos, á no ser por una causa estraordinaria, arg. l. 30. D. *mandat.* Y sobre si se ha de espresar la calidad de espúreos en la legitimacion de los que lo sean, véas. lo anotado á la l. 9. tit. 18. Partª 3ª — * Hé aqui, pues, que la imposibilidad material de casarse un hombre con la concubina de quien ha tenido hijos naturales ó la existencia de algun motivo justo y racional que le retraiga de hacerlo, aun cuando dicho matrimonio pueda celebrarse sin dispensa, ó no haya impedimentos legales que lo imposibiliten, será una de las causas justas que es necesario alegar y justificar para conseguir la legitimacion de dichos hijos por rescripto del Príncipe, segun lo que se ha espresado en la adic. á la nota 17. — Respecto, empero, de la aptitud que viene á reconocer nuestro glosador en los hijos espúreos é incestuosos, de ser legitimados por rescripto del Príncipe, es necesario observar que los primeros, si se habla con propiedad ó si se entiende hablar de hijos *espúreos* en la mas estricta significacion de la palabra ó en contraposicion á los hijos *naturales*, no son capaces de ser legitimados por el Rey, por oponerse á ello la l. 11. de *Toro*: y tampoco lo son los hijos *incestuosos*, porque tampoco pueden calificarse de *naturales*, segun la citada ley; y solo en el concepto de tales podria el Príncipe legitimarlos, á tenor de la l. de 14 de abril de 1838, citada en la adic. á la nota 17. del presente tit. Y aun habia llegado á disputarse entre los intérpretes, nó sin algun fundamento, si los espresados hijos incestuosos podian ser legitimados por subsiguiente matrimonio, habiéndose varias veces decidido esa cuestion negativamente por los tribunales, insiguiendo lo establecido por la l. 1. tit. 13. Partª 4ª, ó sea, que el subsiguiente matrimonio no legitime mas que á los hijos de soltero y soltera no impedidos de casarse legítimamente: pero por último ha venido á autorizarse la opinion contraria, esto es, la de que queden legitimados los hijos de parientes colaterales, segun las dos Reales cédulas otorgadas en dicho sentido y que transcribe literalmente el Sr. Escriche en su Diccionario, lugares citados en la nota 1.

(24) Y es justo que el Rey admita semejan-

dende adelante legitimos (25), e han todas las honrras, e los proes (26), que han los fi-

tes solicitudes, porque en esta parte es el dispensador de la ley, Nov. 89. cap. 19. *collat.* 7. Debe, empero, atender á si en aquellas se espresan todas las circunstancias que es necesario espresar, á fin de que, por habérselas omitido no se arguyan sus rescriptos de subrepticios; de suerte que, si el padre que pide la gracia tuviere hijos legítimos y naturales, forzosamente deberá hacer mencion de aquellos, toda vez que, por lo comun, tan solo á falta de los mismos se otorga la legitimacion de los segundos, Juan Andr. adic. á Specul. tit. *de succession. ab intestato,* adicion mag. que empieza, *Gofredus*, vers. *item scias quod per Hubertum de Bobio*, donde, si bien se refiere particularmente al caso de solicitarse la legitimacion por el mismo hijo despues de muerto el padre, pero la razon en que se funda es tambien aplicable al caso en que aquel lo haga en vida del padre, ó en que sea este quien solicitare la legitimacion, Paul. de Castr. á la l. 29. §. 5. col. pen. D. *de liber. et posth.*, Dec. citando á otros, consil. 85. col. penult., y Anton. Rosel. tratad. *legitimationis*, d. vers. *modò videamus*, col. 1. Pero ¿será necesario igualmente para la validez de la legitimacion el que se haya citado, al otorgarla, á los aguados y demas que fuesen llamados á la sucesion? Opínase generalmente que esto no será necesario, cuando se haga la legitimacion en vida del padre y á instancia del mismo, pero sí, cuando se la haga despues de la muerte del padre, segun Bart. y la generalidad de los DD. á d. l. 29. §. 5. D. *de lib. et posth.* Requiérese tambien para la validez del acto el consentimiento del hijo, pues, contra su voluntad, no podria constituírsele bajo la patria potestad, Nov. 74. cap. 11. *collat.* 6., bien que seria suficiente que el hijo lo ratificase despues, d. Nov. 74. cap. cit., y aunque lo hiciese despues de la muerte del padre, segun Ang. disput. que empieza, *Nobilis quidam genere*, y Dec. d. consil. 55. col. 3. — * Sobre lo que espresa el glosador en la presente nota recuérdese que, segun se ha dicho en la adic. á la nota 17., es necesario para que se legitimen los hijos naturales por rescripto del Príncipe, que concurran motivos justos y razonables debidamente justificados, artº 2º de la ley de 14 de abril de 1838.

(25) La legitimacion, pues, no produce efecto retroactivo, segun estas palabras: *Son dende adelante;* con las cuales parece decidirse la cuestion propuesta por Bart. á d. l. 29. §. 5. D. *de lib. et posth.*, y añad. Nov. 89. cap. 7. *collat.* 7. y Bart. allí. Pero esto, creo, debe limitarse á las legitimaciones que sean otorgadas simplemente, nó á aquellas que lo sean con la espresion de que se haya de considerar á los legitimados como si desde su nacimiento hubiesen sido legítimos; en cuyo caso se retrotraerian sus efectos, bien que sin perjuicio de tercero, Bart. allí. Es, ademas, notable el modo con que se espresa nuestra ley *son dende adelante legitimos* etc., indicándose con esto que los así legitimados se entienden serlo verdaderamente y nó por pura ficcion; pues que se usa del verbo substantivo *son*, como en la l. 5. §. 2. D. *de verbor. oblig.*, y ll. concordantes, sobre lo cual véas. Anton. Rosel. d. tratad. *legitimationis*, vers. *causam ultimam libelli*, donde trata estensamente esta materia y dedica á ella muchas columnas, distinguiendo los efectos de las legitimaciones por la forma en que esten otorgados los rescriptos; véas. tambien á Bart. á la l. 3. cuest. principal vers. *item quæritur circa prædicta*, D. *de usucap.*, y Alex. consil. 2. vol. 1. col. 3. y 4. — * Véas. la adic. á la siguiente nota.

(26) Pues en nada se diferencian de los hijos legítimos, Nov. 89. cap. 9. *collat.* 7., y segun mas terminantemente lo declara nuestra ley 12. de *Toro* [l. 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.]; pudiendo añadirse la l. ult. de este tit.; y así el hijo legitimado se considera como individuo de la familia del padre, Bart. á la l. 1. col. ult. D. *ad municip.*, y si impetrare alguna gracia en calidad de legítimo, aunque no haya espresado haber sido antes ilegítimo, será válida la concesion que se le hiciere, Bald. á la l. 1. C. *ad leg. Visel.*, sin que se le pueda llamar ya espúreo despues de la legitimacion, Bald. á la ley 23. C. *de nupt.* Asimismo el hijo legitimado escluye, segun la comun opinion, al substituto llamado á falta de hijos legítimos, Juan de Imol. á la l. 17. §. 4. hácia el fin D. *ad Trebell.* Alex. á la l. 6. vers. *cum autem*, C. *de instit. et substit.*, y consil. 2. vol. 1. que empieza *visis codicillis*; bien que esto último sufre algunas escepciones, que pueden verse en Dec. consil. 284. *viso puncto*, col 5 y 6. V. al mismo allí col. ult., donde tambien impugna la citada comun opinion; Bald., sin embargo, en el cap. *naturales*, *si de feud. fuer. controv.*, dice ser imposible que por efecto de la legitimacion desaparezca enteramente la irregularidad ó vicio del nacimiento; de donde infiere que los legitimados no pueden tan absolutamente equipararse á los legítimos. Así no son aquellos admitidos á la sucesion de los feudos, d. cap. *naturales*, ni de los enfiteusis eclesiásticos, se-

gun el mismo Bald. y Salic. á la l. 6. vers. *cum autem*, C. *de instit. et substit.*, y el primero en sus adiciones á Espéculo tit. *de locato*, Juan de Imol. á la l. 130. D. *de verb. oblig.*, Alex. consil. 60. vol. 2. col. 1. y Francisco Curt. consil. 73., duda 3ª, donde esplica muchas otras diferencias entre los legitimados y los legítimos. El privilegio, empero, de retraer los bienes patrimoniales, que por las leyes de algunos paises compete á los agnados, ¿competerá tambien á los legitimados? V. Dec. consil. 275. duda 3ª y ult. y V. Montalvo l. 13. que empieza *todo ome*, col. pen. versic. *quæro utrum*, tit. 10. *de las vendidas*, lib. 3. Fuero de las leyes, y lo anotado por Bart. á la l. 195. §. 1. D. *de verbor. sign.*, Juan de Imol. y Alex. á d. l. 17. §. 4. D. *ad Trebell.*, Bald. á la l. 6. col. 2. D. *de just. et jur.*, y Roch. tratado *de jure patron. charta* 14. Nótese igualmente que por la legitimacion posterior de un hijo natural no se revoca la donacion hecha anteriormente por el padre, como se verifica por la sobreveniencia de hijos legítimos, á tenor de la l. 8. C. *de revoc. donat.*, Bald. á la l. 1. C. *de inoff. don.*, col. ult. vers. *ulterius quæritur*, Salic. á la l. 5. d. tit. vers. *juxta quod quæro*, á pesar de haber opinado lo contrario Bartolom. Soc. consil. 226. que empieza *quæstio præsentis consultationis*, impugnando á Bald. y Salic., sobre lo cual V. Dec. consil. 366. donde trata estensamente del caso en que la legitimacion haya tenido lugar en vida del padre. Adviértase tambien que en esta materia sobre si bajo el nombre de hijos legítimos vienen ó no comprendidos los legitimados, se ha de atender mucho á la costumbre ó al comun modo de hablar, V. Alex. á d. consil. 60. Dec. dd. consil. 275. y 366.: y nótese finalmente que los hijos legitimados, aunque pueden obtener dignidades, no son, empero, hábiles para obtener la Real, pues para este efecto no se les reputaria legitimados, segun Bald. á la l. 14. col. 10. C. *de fideic.*, donde espresa ademas que no se considera legitimado para el efecto de obtener dignidades al que lo ha sido para el de suceder á un feudo, y que tampoco se le considerará como primogénito para el efecto de escluir á los demas hijos que sean legítimos y naturales, siempre que la legitimacion haya tenido lugar despues del nacimiento de estos, ó, aunque lo haya tenido antes, siempre que se trate de suceder á la Corona y nó á bienes patrimoniales: añadiendo que, por punto general, nunca podrán suceder por derecho de primogenitura, siempre que despues de la legitimacion hayan nacido hijos legítimos y naturales, V. Juan Cirier. tratad. *primog.*, lib. 1. quest. 13. donde trata de esto latamente: y sobre si los legitimados forman parte de las líneas respectivas, V. Dec. consil. 365. y Bald. al cap. *per tuas, de major. et obed.*, donde dice que no son aquellos de la estirpe ni pertenecen absolutamente á ella, y añade que los legítimos escluyen á los legitimados en las cosas de honor. Pero la cuestion mas interesante, que he visto ventilarse muchas veces en la Real Audiencia, consiste en saber si el hijo legitimado disfruta de la nobleza del padre, de suerte que, siendo este de los llamados en España *Hijos dalgo*, haya de gozar aquel los privilegios de tal y estar exento de las contribuciones que estan los nobles dispensados de pagar. Es esto verdaderamente cuestionable sobre todo si se presupone que, al solicitar del Príncipe la legitimacion, no se ha espresado la referida circunstancia de ser el padre noble; pareciendo que debe resolverse esta duda por la afirmativa, segun lo declarado en nuestra ley aqui y en d. l. 12. de Toro, no menos que en la l. ult. del presente tit., ya que, segun se ha dicho, el legitimado se considera como originario de la familia del padre, y asi opina cierto glosador Cifuentes comentando d. l. 12. Pero lo contrario se infiere de lo que dicen Host. y Juan Andr. cap. ult. *de fil. presb.*, ó sea, que en las dispensas que otorgue el Papa á los hijos de padres nobles es necesario espresar esta última circunstancia, cuando aquellas sean tales que el Papa hubiera tenido, á saberlos, alguna mayor dificultad en concederlas; á tenor de lo cual ha sostenido Guillerm. Bene. al cap. *Raynutius, de testam.*, vers. *et uxorem nomine Adelasiam*, fol. 66. col. 33. que, en general, debe espresarse en la legitimacion de los hijos la circunstancia de ser sus padres nobles. Nótese, pues, y en esto no puede haber duda, á propósito de la cuestion antes propuesta, que el Príncipe no habria sido naturalmente tan fácil en conceder la legitimacion de un hijo de padre hidalgo, si hubiese sabido que este era tal y que estaba exento de algunas contribuciones, por poder esto ceder en perjuicio de los demas contribuyentes que pagan mas en razon del mayor número de privilegiados: y asi debe decirse que se habria de espresar aquella calidad del padre, ó que, no habiéndosela espresado, no disfrutará el hijo legitimado de los privilegios inherentes á la nobleza, arg. cap. *postulasti*, 27. *de rescript.*, y otros textos análogos. He visto ademas elevarse sobre esto una consulta por los SS. del Consejo á S. M., á la cual fue contestado que las legitimaciones simplemente concedidas y en que no se hubiese espresado la nobleza de los padres, no producian efecto alguno en cuanto á dichos privilegios; y en estos mismos términos se circuló aquella resolucion á las Reales Audiencias: y en comprobacion de ello podria citarse tambien la l. 23. D. *de servit. urban.*,

en la que se declara que, por la remision ó estincion de una servidumbre, no se entienden remitidas ó estinguidas las demas que por el mismo predio acaso se prestasen; de donde se infiere por analogía que aun, cuando el Príncipe consienta en borrar el defecto del nacimiento y la servidumbre, por decirlo asi, de la espureidad (*spureitatis*), no se entiende que haya querido dispensar la otra servidumbre por la cual está obligado el hijo legitimado á pagar las contribuciones como el comun de los ciudadanos plebeyos. Véas. á ese mismo propósito el cap. *pastoralis*, 19. *de privil.*, cap. *ex tuarum*, 5. *de auctor. et us. pall.*; l. 83. con lo anotado allí por Juan de Imol. D. *de hæred. instit.*, y lo anotado por Juan Fabr. pr. Instit. *qui et ex quibus caus. man. non poss.*—* Por la l. 12. de *Toro*, que es la 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. está espresamente declarado que los hijos legitimados por rescripto del Príncipe, aunque lo hayan sido para el efecto de heredar los bienes de sus padres ó abuelos, no podrán sin embargo ser admitidos á la sucesion testamentaria ni intestada de dichos sus ascendientes, siempre que estos hubieren tenido despues de la legitimacion *algun hijo, nieto ó descendiente legítimo ó de legítimo matrimonio nascido ó legitimado por subsiguiente matrimonio;* salvo si aquellos les dejaren alguna parte que no esceda del quinto de sus bienes; en cual caso percibirán lo que asi se les hubiere dejado, del mismo modo que lo percibiria un estraño, aun concurriendo con hijos ó descendientes legítimos del testador. Semejante disposicion ha dado motivo á que se considerase como cuestionable el caso no previsto en la citada ley, de ser los hijos legítimos habidos antes de la legitimacion de los naturales; opinando algunos que estos últimos habrán de ser admitidos á la sucesion de sus padres aun en concurrencia con los legítimos que ya *existiesen* antes de conceder el Rey la legitimacion. Pero creemos con el Sr. Escriche, en su Diccionario, art. «*hijo legitimado*» §. 12., que si la ley de *Toro* al escluir la concurrencia, de los legitimados por el Príncipe con los legítimos ó legitimados por matrimonio, habló tan solo del caso de haber estos últimos sobrevenido, no fue porque quisiese significar ó establecer lo contrario para el caso de que los legítimos hubiesen preexistido, sino bien lejos de esto, porque mediando la preexistencia de los mismos, no quiso dar por supuesto que pudiese haber legitimacion de los naturales por rescripto del Príncipe, y mucho menos que, en caso de haberla, pudiese habérsela dispensado para el efecto de ser los legitimados admitidos á la sucesion de sus padres; dado que semejante gracia nunca se concede, segun se ha dicho, sin justa causa; y lejos de haberla, es por el contrario causa suficiente para no concederla el hecho de existir hijos legítimos á quienes pueda perjudicarse en su legítima. Mas ¿tendrá tambien aplicacion la ley de *Toro* al caso en que la legitimacion haya sido concedida espresamente por el Príncipe, no solo para el efecto de suceder el hijo natural al padre legitimante, sino tambien para el de suceder aquel en concurrencia con los hijos legítimos que ya preexistieren ó pudieren sobrevenir? Parécenos tambien exacto lo que á ese propósito observa el mismo Sr. Escriche, lugar citado, ó sea que dificilmente habrá ocurrido caso alguno de haberse concedido una gracia tan exorbitante; y hasta pudiera añadirse que tal vez ni los mismos Príncipes se hubieran considerado facultados para concederla, aun cuando resumian en sus personas la plenitud de todos los poderes incluso el legislativo: hoy, empero, que no ejercen este último sino junto con las Córtes, ni administran la justicia por sí sino por medio de los tribunales sus delegados, no cabe duda alguna en que no tienen facultades para legitimar á los hijos naturales al efecto de que sucedan con los legítimos; y tampoco les autoriza para ello la ley de 14 de abril de 1838 sobre *gracias al sacar*, porque estas puede concederlas el Rey sin perjuicio de tercero y no mediando derechos legítimamente adquiridos. Por lo demas, la misma ley de *Toro* que escluye á los legitimados por el Príncipe de la sucesion de los ascendientes en concurrencia con descendientes legítimos, declara espresamente que hayan de ser aquellos considerados en todo lo demas como los legítimos, asi en suceder á los otros parientes, como en las honras y preeminencias que á estos últimos correspondan: en cuales términos quedan resueltas varias de las cuestiones propuestas por nuestro glosador en esta y en la antecedente nota; bien que deben tenerse presentes sobre este particular las dos cédulas espedidas por el Rey D. Cárlos I (ll. 5. y 6. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.) por las cuales se dispuso que los legitimados por rescripto del Príncipe, aunque fuesen sus padres hidalgos, no quedasen, como los legítimos, exentos de pechos, servicios ni contribuciones, ni gozasen de la hidalguía, por mas que por las palabras de las cartas Reales se les hiciese hijos legítimos: disposiciones que en parte habrán quedado sin objeto en nuestros dias, por estar todos los ciudadanos sin distincion igualmente sujetos al pago de contribuciones y á todas las cargas ó servicios públicos; pero que podrán tener y tendrán todavía aplicacion, en cuanto á no disfrutar de la nobleza de sus padres los hijos legitimados por el Rey.

jos que nascen de casamiento derecho. Otrosi el Papa (27) puede legitimar a todo ome que sea libre (28), quier sea fijo de Clerigo (29), o de lego; de guisa, que pueden ser Clerigos los que legitimare, e sobir e auer Dignidades. E maguer el Papa dispensasse (30) con algunos destos tales, que sean Clerigos, non se entiende por esso, que dispensa con ellos, que ayan Dignidades (31); fueras si lo dixesse señaladamente en la dispensacion. (c) E como quier que los legitime, por estas cosas sobredichas non se entiende que dispensa con ellos, para poder auer Obispados (32), nin Arçobispados; fueras ende, si en la dispensacion lo dixesse señaladamente. E maguer dispensasse con ellos, para auer Ordenes, e las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, quanto en las cosas temporales (33); fueras ende, si fuessen de su temporal jurisdiccion (34). Esso mismo es, si el Emperador, o el Rey legitimasse algunos: ca maguer dispense con ellos quanto en la temporal juris-

(c) Et como quier que los legitime para estas cosas sobredichas, Acad.

(27) Sobre las legitimaciones otorgadas por el Papa en cuanto á lo espiritual, véas. latamente el cap. *per venerabilem*, 13. *qui filii sint legitimi*.

(28) Pues por ser la legitimacion de derecho civil, son incapaces de ella los esclavos, á menos que sean manumitidos, Nov. 74. cap. 1. vers. *si ex libera ei fiant*, etc. *collat*. 6., como lo son en general de todo lo que es de derecho civil, l. 32. D. *de regul. jur.* Con todo, si un padre pidiese la legitimacion de un hijo habido de su esclava, por el mero hecho de pedirla, se presumiria que ha querido manumitirlo, l. 1. §. 4. C. *de latin. lib. toll.*, sobre lo cual véas. á Anton. Rosel. d. tratad. *legit.*, fol. 15. col. 4. vers. *sed juxta hoc quæro*.

(29) Los hijos de los clérigos ordenados *in sacris* pueden ser legitimados por la autoridad del sumo Pontífice, segun Host. *in summa*, *qui filii sint legitimi*, §. ult. vers. *numquid ergo*; y asi lo comprueba d. cap. *per venerabilem*, pr. con la glos. allí vers. *adulterinis*, y Alex. consil. 2. vol. 1. col. 3. vers. *præsuppono igitur*; y hasta el emperador ó el Rey pueden tambien legitimar á los hijos de sacerdotes, segun Bald. á la l. 6. C. *de nupt.*, por mas que haya pretendido lo contrario Domin. al cap. *si annum*, §. 1. *de judic.*, sobre lo que véas. á Socin. á la l. 29. §. 8. hácia el fin D. *de liber. et posth.*; y consil. 65. vol. 3., y Dec. consil. 150. hácia el fin col. 2. — * En el dia no es permitida la legitimacion de los hijos sacrílegos, ó de sacerdotes ú ordenados *in sacris*, por no poder calificárseles de naturales, segun la l. 11. de *Toro*, y ser estos los únicos, á quienes puede el Príncipe legitimar, segun la ley de 14 de abril de 1838.

(30) Procederia indudablemente lo dispuesto aqui, cuando el Papa, al otorgar la legitimacion, hubiese usado la palabra *dispensamos*, por ser la materia de dispensas de estricta interpretacion, cap. 1. y 2. *de fil. presb.*, y tambien cuando, habiendo usado la palabra *legitimamos*, hubiese añadido que habilitaba al hijo asi legitimado para poder ser promovido á órdenes sagradas, porque en tal caso igual fuerza tendria la legitimacion que la dispensa. Pero si el Papa, al legitimar al hijo, espresase hacerlo para concederle todos los derechos de nacimiento y al efecto de que se le considerase como si hubiese nacido legítimo, podria entonces promovérsele á cualesquiera dignidades y hasta á la de Obispo, segun la glos. y Abb. allí al cap. *cum Wintonensis*, *de elect.*

(31) Ni aun para que puedan obtener simples beneficios, á menos que asi espresamente se les haya dispensado, cap. 1. y 2. y Domin. allí *de fil. presb.*, y si se hubiere espresado dispensarle para obtener beneficios curados, no podrá ser elevado á dignidades, cap. ult. *de fil. presb.*, y Domin. á d. cap. 2.

(32) En materias de estrecha interpretacion, como es la de dispensas, bajo la espresion genérica de dignidades no se entiende comprendida la episcopal, segun el texto notab. del cap. *dilectus*, 12. y cap. 2. *de concess. præb.*; del mismo modo que espresándose en la dispensa concedérsela para la dignidad episcopal, no puede hacérsela estensiva á la arzobispal, DD. á d. cap. *dilectus*, y el Abad á d. cap. *cum Witonensis*, col. 2. *de elect.*

(33) Apruébase aqui la opinion de Bernard. glosad. é Inoc. al cap. *per venerabilem*, *qui filii sint legit.*, la cual se observa en la práctica, segun el Abad allí col. 5., y añad. Guillerm. Bene. al cap. *Raynutius*, vers. *et uxorem nomine Adelasiam*, fol. 66. col. 3. y 4., donde se desata contra los DD. que por complacer al poder han sostenido lo contrario. En algunos casos, empero, valdria la dispensa concedida por el Papa aun en cuanto á lo temporal, sobre lo cual véas. lo que notablemente dice el Abad á d. cap. *per venerabilem*, col. 4., 5. y 6. y en especial en este último, versic. *et prædicta resumendo sub epilogo.*

(34) Como en d. cap. *per venerabilem*, y véas. lo que espresa Bald. á la l. 4. col. 6. C. *de temp. appell.*, esto es, que en el territorio de la Iglesia el Papa se ha reservado la legitimacion de los espúreos.

diccion, non lo puede fazer en las cosas spirituales (35), que puedan ser Clerigos, o Beneficiados.

LEY 5. *En que manera puede el padre legitimar su fijo, dandolo a servicio de Corte de Señor.*

Amiga teniendo alguno, que non fuesse sierua, en lugar de muger, de que ouiesse fijo natural (36); si tal fijo como este lleuare su padre a la Corte (37) del Emperador, o del Rey, o al Concejo de la Ciudad, o Villa, donde fuere (38), o en cuyo termino (39) morasse, o a otra Ciudad, o Villa qualquier (40), maguer non more en ella, nin en su termino; e dixesse publicamente ante todos: Este es mi fijo que he de tal muger, e dolo a servicio deste Concejo: por estas palabras lo faze legitimo; solamente, que aquel fijo que da, assi lo otorgue, e non lo contradiga (41). E lo que dize de suso, que puede el padre legitimar tal fijo como este, assi como sobredicho es, entiendese que lo puede fazer, quier aya otros fijos (42) de muger legitima, quier non; fueras ende, si la amiga de quien ouies-

(35) Lo mismo dijo la glos. al cap. *lege*, dist. 10. al cap. *si officia*, dist. 56. y al cap. *pervenit*, dist. 10., y asi se halla establecido en d. cap. *per venerabilem;* de donde se infiere que los hijos legitimados por el Rey ó el Emperador no sucederán al derecho de patronato de las iglesias, por ser anejo á lo espiritual, segun el cap. *quanto*, 3. *de judic.*, donde lo sostiene asi Felin., col. 3. y á la misma opinion parece inclinarse Domin. á d. cap. *lege:* bien que, cuando se tratara de un patronato inherente á una herencia, podria entonces suceder á él hasta el legitimado por el Príncipe secular, segun Prepos. despues de Domin. á d. cap. *lege*, y Roch. tratad. *juris patron.*, vers. *competens alicui*, col. 4., espresando haberlo visto asi declarado en un caso que ocurrió: pudiendo verse al mismo allí col. 2., 3. y 4., donde trata la cuestion de si, aun sin necesidad de legitimacion, pueden ó nó los hijos ilegítimos suceder al derecho de patronato, y si son cápaces de ejercerlo.

(36) Dícese espresamente *fijo natural*, porque solo los de esta clase pueden ser legitimados del modo que se establece en esta ley, cap. *primus*, 2. Nov. 89. *collat.* 7., y los espúreos son indignos de la clemencia del Príncipe, d. Nov. cap. ult. — * Véase la nota que sigue.

(37) Establécese, pues, por esta ley el otro modo de legitimar á los hijos naturales, conocido por oblacion á la curia, inventado por el emperador Teodosio, segun d. cap. 2. Nov. 89. y l. 3. C. *de natur. lib.*, y que no está hoy en uso, segun Ang. á d. Nov. en el mismo cap. 2. §. 1. y Anton. Rosell. tratad. *de legitim.*, cap. ult. donde trata de esta materia; siendo de notar que, asi como por la oblacion á la curia, se legitiman tambien los hijos naturales por el ingreso en religion, V. Bald. á la l. 1. C. *de sacros. Eccles.*, col. pen. y véas. no obstante lo anotado á la l. 12. tit. 6. Part.ª 1.ª

(38) Trae esto orígen de d. cap. 2. Nov. 89. *collat.* 7.

(39) Añad. l. 30. D. *ad municip.*, y asi los aldeanos deberán estar al derecho ó estatutos de la ciudad á que pertenezca el lugar ó aldea en que residan, segun la glos. á dicho cap. 2. §. 1. Nov. 89. donde dice que las villas y castillos se consideran agregados á la ciudad que tienen mas vecina; pudiendo añadirse la l. 18. tit. 1. lib. 7. Ordenam Real, en la que se establece el modo como las villas y castillos deben contribuir á la reparacion de los muros y fosos de la ciudad: y lo dispuesto aqui debe entenderse con la singular limitacion de que solo cuando se trate de reparaciones de importancia estan obligadas las villas y castillos á contribuir á ellas; mas nó cuando sean aquellas insignificantes, pues á estas no contribuyen mas que los vecinos de la ciudad misma, nó los que no tengan en la misma su domicilio, aunque posean predios sitos en el término, ó que disfruten tambien del aprovechamiento de los pastos propios de aquella, segun Guillerm. de Cun. á la l. ult. hácia el fin C. *de immunit. nemini conced.*, á quien puede verse allí.

(40) Amplíase, pues, aqui lo dispuesto en d. Nov. 89. cap. 2. *collat.* 7. *y* en d. l. 3. C. *de natur. lib.*, donde se autorizaba la legitimacion por el ofrecimiento á la curia, tan solo cuando este se hiciese á la de la ciudad de la cual era el padre legitimante oriundo ó contribuyente.

(41) Y basta que no lo contradiga el hijo, aunque no haya prestado espresamente su consentimiento, segun Ang. á d. Nov. 89. cap. 3. §. 1.

(42) Asi se declara tambien en d. Nov. 89. cap. 2. §. 1. *collat.* 7. advirtiéndose, empero, que no puede el padre dejar al hijo asi legitimado mas de lo que dejare á cada uno de los legítimos, ó á aquel á quien dejare menos, cap. 3. de d. Nov. y l. 9. hácia el fin C. *de natur. lib.*, ni hacerle donacion sino en la misma proporcion que se deja indicada. V. hoy la l. 12. de *Toro* [l. 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.] á tenor de la cual el hijo legiti-

se el fijo, fuesse sierua. Ca el fijo de la sierua non lo podrie legitimar en esta manera, auiendo otros fijos legitimos (43). Pero si los non ouiesse, estonce poderlo y a fazer, aforrandola (44) primeramente.

LEY 6. *Como el padre puede fazer su fijo natural legitimo, en su testamento.*

De amiga auiendo algun ome a sus fijos naturales (45), si fijos legitimos non ouiere (46), puede los legitimar en su testamento (47) en esta manera, diziendo assi (48): Quiero que fulano, o fulana, mis fijos, que oue de tal muger (49), que sean mis herederos legitimos. Ca si despues de la muerte del padre, tomaren los fijos este testamento, e lo mostraren al Rey, e le pidieren merced, que le plega de confirmar, e de otorgar la merced que el padre les quiso fazer; el Rey sabiendo que aquel que fizo el testamento, non auia otros fijos legitimos, deuelo otorgar (50). E dende adelante heredan los bienes del padre, e auran honrra de fijos legitimos.

mado no es admitido á la sucesion forzosa del padre en concurrencia con los legítimos; bien que puede aquel dejarle del quinto de sus bienes todo lo que quisiere.

(43) Véas. Nov. 18. cap. ult. *collat.* 3. y Azon *in summa C. de natur. lib.*, col. ult.

(44) Como en d. Nov. 89. cap. 2. §. 2. y cap. 1. §. 1. vers. *quod vero*, *collat.* 7. y en d. cap. ult. Nov. 18., donde se declara que el padre debe tambien en ese caso manumitir á los hijos nacidos de la esclava, d. cap. 1. y cap. 2., en los que nada se dice de la manumision de la madre esclava; y solo se habla de la necesidad de manumitirla en el caso de contraer el padre matrimonio con ella en d. cap. ult.; lo cual se amplia en la presente ley, y se dispone en ella lo mismo para el caso de legitimarse á los hijos por la oblacion á la curia; bien que ya se les tendrá por manumitidos por el mero hecho de haberles llamado hijos en las actas, l. unic. §. 4. C. *de latin. lib. toll.*

(45) No tendrá, pues, lugar lo dispuesto aqui respecto de los hijos espúreos; los cuales estan escluidos de todo beneficio, autent. *licet*, hácia el fin C. *de natur. lib.*, y Dec. consil. 176. col. 2.

(46) Pues no se puede legitimar á hijo natural alguno existiendo hijos legítimos, á menos que asi se haya espresado al Príncipe al pedirle la legitimacion, á tenor de lo dicho en la nota 24., ó á menos que se los haya legitimado por subsiguiente matrimonio ó por oblacion á la curia, Bart. á la autent. *item si quis liberos*, C. *de natur. lib.*, y cap. 11. con la glos. allí Nov. 89. *collat.* 7.

(47) Con tal que sea válido y solemne; pues, no siéndolo, como ni siquiera podria llamársele testamento, no valdria la legitimacion, l. 4. §. 6. D. *de re judic.*, l. 2. §. 1. D. *quemadm. testam. aper.*, y asi parece opinarlo Bart. disput. 11. que empieza *habeo filium*, hácia el fin, sosteniendo que, en cuanto á la legitimacion, produce realmente dicho efecto la nulidad del testamento en que se la haya otorgado, y Dec. consil. 176.: y en mi concepto es dicha opinion la verdadera, respecto de los casos en que el testamento fuere declarado nulo por defecto de solemnidad; porque, como por la legitimacion se priva de la sucesion intestada á los parientes que hubieran sido llamados á ella, es necesario que esto lo declare el padre en un testamento solemne; mas si el testamento se anulara por otra causa, entonces tendria lugar lo dispuesto en la presente ley arg. l. ult. D. *de rebus eor.*, y con mas latitud todavía sostiene este mismo parecer Anton. Rosell. tratad. *legitim.*, lib. 1. vers. ult. col. ult. vers. *sed quid si ista verba*; porque siempre es bastante para quedar legitimado un hijo natural el que conste legítimamente ser esta la voluntad del padre.

(48) Lo mismo seria, si constase por otras palabras en el testamento del padre que queria este legitimar á su hijo natural, segun Bart. á la l. 29. §. 5. col. ult. D. *de liber. et posth.* Mas si, habiendo el padre legitimado en vida á un hijo y habiendo resultado nula esta legitimacion, hubiese despues instituido al mismo hijo en su testamento, ¿seria válida semejante institucion? Paul de Castr. á la l. 14. C. *de fideicom.*, col. 1. vers. *et per istam*, sostiene que no lo seria, y añade tambien que deberian en tal caso adjudicarse los bienes á los sucesores intestados; lo cual es bastante dudoso, véas. Dec. d. consil. 176.

(49) Y asi espresando ser esos hijos naturales; en cuyo caso no se presumiria que quisiese el mismo testador legitimarlos, sino tan solo impetrar del Príncipe que los legitimase. Pero si no los denominara aquel hijos naturales, sino simplemente hijos, procederia entonces lo dispuesto en la l. prox. sig. y cap. 2. Nov. 117. *collat.* 8; como lo declara tambien la glos. calificada por Ang. allí de singular á la Nov. 89. *collat.* 7. vers. *Principis.*

(50) Nótese esta palabra *deuelo*: de la cual se infiere que el Príncipe cometeria una injusticia negándose á conceder la legitimacion; indicándose lo propio, aunque nó tan espresamente como aqui, en la Nov. 89. cap. 9. hácia el fin *collat.* 7., de donde la presente

LEY 7. *En que manera pueden los padres legitimar sus fijos por carta.*

Instrumento (51), o carta, faziendo algun ome por su mano misma (52), o mandandola fazer a alguno de los Escriuanos publicos, que sea confirmada (53) con testimonio de tres omes buenos (54), en que diga que algun fijo que ha nombrandolo señaladamente, que lo conosce por su fijo (55); es esta otra manera, en que se fazen los fijos naturales (56) legitimos (57). Pero en tal conoscencia como es-

ley está tomada. Y puede de esto inferirse que, tratándose de un mayorazgo al cual, segun las reglas de su fundacion, no pudiesen suceder mas que los hijos legítimos, si el padre instituyese para suceder á él á un hijo natural, seria este admitido á dicha sucesion por quedar legitimado en el hecho mismo de ser instituido; bien que lo contrario arguye lo anotado por Bart. á la l. 21. D. *de excus. tut.*, donde pretende que los impedimentos que obstan á la validez de un acto deben ser removidos antes de otorgarse aquel.

(51) Sobre los puntos que son objeto de la presente ley, véas. á Bart. en su disput. *habeo filium* etc., donde limita lo dispuesto aqui con muchas escepciones, á Cepol., *cautela* 248. donde se espresa notablemente, y Anton. Rosel. tratad. *legitim.*, lib. 1. cap. ult.

(52) Pues es de mucho peso la circunstancia de ser el acta de legitimacion escrita de propia mano del legitimante; en cual caso se la equipara á una escritura pública, como se declara aqui y en la l. 28. §. 1. C. *de testam.*, hácia el fin, Instit. princ. *de empt. et vendit.*, y l. 11. C. *qui potior. in pign. hab.*; y en dichos documentos autógrafos tampoco se requiere la firma del que los ha escrito, d. l. 28. §. 1. y Paul. de Castr. allí.

(53) Esto es, firmada por los tres testigos, autent. *item si quis*, C. *de natur. lib.*, y Nov. 117. cap. 2. de donde d. autent. está tomada; siendo necesario que dichos testigos firmen por sí ó por ellos el escribano, segun se declara en la presente ley y en los textos citados.

(54) Deben ser, pues, esos testigos mayores de toda escepcion, segun se declara aqui y en d. autent. *item si quis*; y en órden á si incumbirá al que presente semejante documento á su favor el justificar que reunen los testigos suscritos aquella calidad, véas. á Ang. y Juan de Imol. á la l. 2. §. 6. D. *quem. test. aper.*, y Dec. consil. 105.

(55) Infiérese, pues, de aqui que el reconocimiento del hijo debe ser espreso, y aparecer que lo hace el padre con deliberada intencion; no siendo suficiente que haya dado á aquel el nombre de hijo, tan solo por incidencia y por via de demostracion, como lo espresa Bart. en su disput. 11. col. penult.: á la Nov. 117. cap. 2. *collat.* 8.; de la cual se ha tomado la presente ley; bien que esto lo entiende Anton. Rosel. en su tratad. *legitim.*, cap. ult. lib. 1. col. pen., á menos que se desprenda de la naturaleza del acto ú objeto á propósito del cual haya alguno reconocido á otro por hijo que lo ha hecho con la intencion de legitimarle, como, por ej., si le hubiere designado como hijo al instituirle heredero ó desheredarle, l. 15. D. *de probat.*, ya que tan solo á los hijos que son legítimos debe desheredarse ó instituirse, segun Bart. á la l. *Qui Senatus* D. *de lib. agnosc.*: y lo mismo, respecto del caso en que se llame á uno hijo para el efecto de instituirle, parece opinar Paul. de Castr. vol. 2. consil. 429. que empieza, *præsupposito quod iste;* donde, sin embargo, parece sostener contra d. Bart. que indistintamente producirá el reconocimiento el mismo efecto sea cual fuere el objeto con que se le haya hecho: bien que parece mas verdadera la opinion de este último, entendida con las limitaciones de Anton. Rosel. que acaban de indicarse.

(56) Procede, pues, lo dispuesto aqui respecto de los hijos naturales habidos de una muger á quien el padre hubiese tenido en el concepto y calidad de verdadera concubina, segun declara Bart. en dicha disput. 11. En el dia, empero, y á tenor de la l. 11. de *Toro*, procederia tambien respecto de todos los naturales indistintamente, con tal que lo fuesen de padre y madre solteros, siempre que el padre los reconociese por tales.

(57) Nótense estas palabras *se fazen legitimos;* con las cuales no se declara si los hijos asi legitimados deben considerarse como legítimos desde el momento en que se les haya reconocido, ó si semejante legitimacion tendrá efecto retroactivo, fingiéndose haber mediado matrimonio con la madre y haber sido aquellos en consecuencia legítimos desde su nacimiento: por lo cual es digno de advertirse que esa duda parece un tanto resuelta ó aclarada por la Nov. 117. cap. 2. *collat.* 8., de donde se ha tomado la presente ley, espresándose en aquella que semejante reconocimiento importa la presuncion de haber precedido matrimonio con la madre; y asi no es necesaria otra prueba de que en efecto aquel ha sido celebrado. Asi lo entiende tambien Anton. Rosel. lugar citado col. 1., limitándolo, empero, al caso en que entre los padres no

haya mediado impedimento alguno para que realmente hubiesen contraido matrimonio; pues en caso de haber mediado antes y cesado al tiempo de hacerse el reconocimiento, se presumirán legitimados los hijos desde el instante en que el impedimento hubiese cesado de existir: y asi no dirémos que ese reconocimiento incluya verdaderamente la legitimacion, para la cual no basta sin la gracia del Príncipe la sola voluntad del padre, segun la l. prox. antec., sino una mera prueba inductiva de haberse contraido antes matrimonio. Mas, ¿será necesario que, al tiempo de hacerse el reconocimiento haya existido la posibilidad legal de casarse los padres? Así lo pretenden Bart. d. disput. 11. y Luc. de Pen. á la l. ult. C. *de his qui spont. mun. sub.*, col. 4. y 5. vers. 3. *ex his quæritur;* de suerte que no se haria el hijo legítimo, si, al reconocérsele por el padre hubiese muerto ya la madre, entrado en religion ó de otra manera se hubiese hecho inhábil para contraer matrimonio: lo mismo opinan Juan Andr. al cap. *per tuas*, *qui fil. sint legit.*, y Ang. á d. cap. 2. Nov. 117., citando á otros que han sostenido la propia doctrina. Mas lo contrario pretendia Anton. á d. cap. *per tuas*, fundándose en la circunstancia de hablarse en la citada Novela indistintamente; de donde parece inferirse que no será necesario que exista la posibilidad legal de casarse al tiempo de hacerse el reconocimiento, sino que bastará haya existido antes; hablándose tambien indistintamente en la presente ley, en la cual de otra parte ni siquiera se han continuado las palabras de la Novela *cum quà nuptiæ consistere possunt*, en que fundaba Bart. su opinion antes indicada: y lo mismo viene á significar la glos. á la Nov. 89. cap. 10. *collat.* 7. vers. *Principis*, segun observa Anton Rosel. d. tratad. *legitim.*, lugar citado: asi tambien lo sostiene Paul. de Castr. d. consil. 429., donde califica de impío é inhumano el pretender que no puedan legitimarse los hijos de una concubina aunque reconocidos por el padre, por el hecho de no poder este legalmente casarse con aquella al tiempo de hacerse el reconocimiento, ó por el de hallarse entonces dicha concubina casada con otro, aunque pudiese casarse con ella al tiempo de nacer los espresados hijos. Anton. Rosel. trata mas latamente en el lugar citado esta misma materia, y concluye sentando que basta el que los padres puedan ó hayan podido legalmente contraer matrimonio al tiempo de nacer los hijos, aunque no puedan al tiempo de reconocerlos; á menos que obstase por parte de la madre un impedimento tal que escluyese la presuncion de haber mediado antes el matrimonio, como el de hallarse al tiempo del reconocimiento casada con otro; pues de esto mismo se colegiria no haber estado jamas casada con el padre de los hijos naturales, y cesaria por consiguiente la presuncion en que se funda d. cap. 2. de la Novela 117.; distincion notable y en mi concepto equitativa, mayormente si se atiende á los términos generales en que la presente ley está concebida. Otra limitacion, ademas, propone Bart. en el lugar antes citado, pretendiendo que la posibilidad legal de casarse los padres, deba entenderse de tal modo que puedan hacerlo honesta ó decorosamente; pues de lo contrario, como si, por ej., fuese la madre una persona vil, seria lo propio que si aquella posibilidad no existiese, por cuanto se reputa por legalmente imposible lo que no se puede hacer honestamente, l. 15. D. *de condit. instit.*, Ang. á la Nov. 74. cap. 1. *collat.* 6. y autent. *item si quis*, C. *de natur. lib.*, Bald. á la l. 2. C. *quibus res jud. non noc.*, col. 2. y á d. autent. y Bart. Cepol. *cautel.* 248.; limitacion que parece bastante plausible y que procede en efecto por derecho canónico, por mas que haya dicho Paul. de Castr. en el citado consil.; y lo propio sostiene Ang. á d. autent. *item si quis*, como antes he observado, donde añade ademas una notable observacion, esto es, que si una muger en su testamento ó en otro instrumento reconociese por hijo, sin espresar que fuese natural, á uno habido del hombre que la hubiese tenido por concubina, no quedaria aquel legitimado á pesar de semejante reconocimiento, porque en tales casos se induce la legitimacion de la presuncion, de haber mediado matrimonio entre los padre segun antes se ha dicho; y no es tan fácilmente admisible la presuncion de que el padre haya querido consentir á dicho matrimonio por el hecho de revelarlo asi la concubina, como el que haya consentido esta, por revelarlo aquel; sobre lo cual llama allí particularmente la atencion, y lo propio sostiene Cepol. lugar citado. Otra limitacion propone tambien Bart. en d. disput. 11., diciendo que el reconocimiento de un hijo natural no producirá la legitimacion de este, cuando los haya legítimos y naturales, lo que sostenia asimismo la glos., aunque nó tan decididamente, á d. autent. *item si quis*, Ang. á la Nov. 74. *collat.* 6. y Nov. 89. *collat.* 7., y Host. y Juan Andrés al cap. *per tuas*, *qui filii sint legitimi.* Lo contrario, empero, pretenden Paul. de Castr. consil. citado col. 2. y ult., Jacob. de Bell. Vis. á d. cap. 2. Nov. 117. y Anton. Rosel. d. trat. col. ult.; no pudiendo negarse que es este un punto muy dudoso, por no haber ley alguna que espresamente lo declare: bien que en la práctica mas me inclinaria á la opinion de Bart., por la razon de que el

ta non deuen dezir (58) que es su fijo natural, ca si lo dixesse, non valdria la legitimacion. Otrosi, quando alguno que a muchos fijos naturales de vna amiga, e conosce el vno dellos tan solamente por su fijo, por tal carta, e en tal manera como sobredicho es en esta ley; por tal conoscencia como esta seran legitimos los otros hermanos (59), quanto para heredar en los bienes del padre, tambien como aquel en cuyo nome fue fecha la carta; maguer non fuessen nombrados en ella. E lo que dize en esta ley, e en las que son antes della, entiendese, que aquellos que son nombrados en ellas, que son legitimos para heredar en los bienes de su padre, e de los otros parientes (60); sacado aquel que fuesse legitimado en la ma-

reconocimiento de un hijo natural, existiendo otros legítimos, parece hecho en perjuicio de estos últimos, arg. l. 27. D. *de probat.*, y l. 37. §. 6. D. *de legat.* 3. Otras limitaciones en fin propone el citado Cepol. en d. *caut.* como la del caso en que el padre, al reconocer al hijo natural, lo hiciese movido por las importunidades de este último, ó muy ocupado en otros negocios, ó hallándose ya *in articulo mortis* y perturbado con la idea de su próximo fin; limitaciones, empero, que considero muy dudosas, y aun el mismo Cepol. espresa que no tendrian lugar, siempre que de otra parte y á pesar de las mencionadas circunstancias, constase haber sido espontánea voluntad del padre el reconocer á su hijo natural. Y en órden á si se deberá admitir prueba contra la manifestacion que el padre hubiere hecho en ese sentido, véas. Anton. Rosel. lugar citado col. ult.; donde pretende que respecto del padre que ha hecho el reconocimiento y para los efectos de la sucesion del mismo importa aquel una presuncion *juris et de jure*, contra la cual no se admite prueba, pero que no será lo mismo respecto de cualquier otro, véas. allí.

(58) Esto confirma lo que se ha dicho en la nota prox. ant.

(59) Añad. d. autent. *item si quis*, y d. cap. 2. Nov. 117., de donde infiere Ang. allí que si, existiendo varios hermanos hijos de un mismo padre, fuere alguno de ellos declarado ciudadano de Perusa, esta declaracion aprovechará á todos los demas que serán considerados tambien como ciudadanos de la propia ciudad; y asi dirémos tambien que la declaracion de nobleza hecha á favor de uno aprovecha á todos; lo que no deja de ser singular.

(60) Hé aqui, pues, decidida la cuestion, acerca de la que hubo diversidad de opiniones entre los DD., ó sea, de si los hijos legitimados por rescripto del Príncipe serán admitidos á la sucesion de los agnados y cognados legítimos. A Jacob. de Bell. Vis. le parecia que nó, y que tan solo sucedian dichos hijos á los padres legitimantes, segun lo sostenia al cap. 4. Nov. 89., y tambien Ang. y Bald. á la l. penult. pr. col. 2. C. *de adopt.*, diciendo que no sucedian á los agnados ni cognados, á menos que asi lo hubiese espresado el Príncipe en el rescripto, y Salic. á la autent. *item si quis*, C. *de natur. lib.*, donde afirma que no pueden suceder á dichos agnados y cognados, á menos que estos hayan consentido la legitimacion, y lo mismo espresa á la autent. *itaque*, C. *commun. de succes.*, y la glos. á la l. 2. D. *unde cogn.* Lo contrario, empero, se afirmaba por Specul. tit. *de succes. ab intest.*, versic. *quid de legitimatis*, y mas espresamente por Juan Andr. adic. mag. que empieza *Gofre.* puesta á continuacion de la col. pen. de las adiciones á d. tit. vers. *item scias*, y por Paul. de Castr. consil. 342. vol. que empieza sobre la 1ª duda col. 2., siendo esta por lo demas la comun opinion, segun Dec. consil. 307. col. ult., donde cita á los que la sostienen, y la sostiene él mismo col. penult. consil. 316. Tambien ha sido aquella adoptada por Rodr. Suar. en su comentario á la l. *quoniam in prioribus* 32. C. *de inoff.* folio 87., sin embargo de no citar allí la presente ley de Partida que asi espresamente lo declara; y lo propio se lee en la ley 12. de *Toro*, á propósito de la cual ha tratado esta cuestion el Dr. Castillo, bien que sin dilucidarla completamente. Pero ¿será el legitimado por rescripto del Príncipe, admitido á la sucesion del abuelo? Ang. á d. cap. 4. Nov. 89. dice que no lo será, y equipara dicha sucesion á la de los demas agnados: lo contrario pretende Rodr. Suar., citando á Bald. á la l. 9. C. *de natur. lib.*, refiriéndose á la doctrina sustentada por Bart. de que los legitimados se hacen tambien agnados de los ascendientes, si bien el espresado Bart. no dice semejante cosa, á lo menos en la edicion que yo tengo á la vista, y el citado Dr. Castillo en otra glosa de d. l. 12. de *Toro* vers. *de sus abuelos*, pretende que al hijo simplemente legitimado, aunque se le considera como legítimo para el efecto de suceder al padre, pero nó para el de suceder al abuelo, en prueba de lo cual alega lo anotado por Ang. lugar antes citado; y en efecto parece ser esta doctrina la mas verdadera, si no queremos decir que al abuelo le pueden *agnacer* nietos, y adquirir estos derecho de legítima sobre los bienes del mismo contra su voluntad; y asi parece haberlo entendido Ang. por la razon en que allí se funda, ó sea la de que los ag-

nera que dize adelante, en la ley, del que se ofrece el mismo (61) a servicio de la Corte del Emperador, o del Rey. Ca este atal hereda en los bienes del padre. Mas non en los de los otros parientes, si moriessen sin testamento.

LEY 8. *Por que razones se pueden los fijos naturales fazer legitimos.*

Oficial de alguna Cibdad, o Villa, (*d*) que tienen de los mayores officios en toda su vida; casando tal como este con fija natural de alguno, que ouiesse de amiga, estonce quando el padre la casa con tal ome, la faze legitima (62. Otrosi, quandol fijo natural de algun ome se offresciesse el mismo a seruicio del Emperador, o del Rey, o de alguna Cibdad, o Villa, segund dize en la quarta ley ante desta, diziendo concejeramente ante todos, como es fijo de tal ome, nombrandolo, e que lo ouo de tal muger. Si esto fuere cosa cierta, que es fijo de aquel que el dize, fazese legitimo por esta razon; si por auentura su padre non ouiere fijos legitimos de otra muger. Ca si los ouiesse (63), non seria él legitimo, maguer se presentasse assi como sobredicho es.

LEY 9. *Que bien, e que pro, nasce a los fijos por ser (e) legitimos.*

A los (*f*) legitimos nasce de la legitimacion, que se les faze, muy grand pro: ca despues que lo son por qualquier de las maneras sobredichas, fueras en las que faze el Papa segund dize en la sexta ley ante desta, pueden ser herederos (64) de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legitimos non ouieren; e si los ouieren (65), heredaran su par-

(*d*) de los que tienen los mayores oficios etc. Acad.

(*e*) legitimados Acad.

(*f*) legitimados Acad.

nados no tienen obligacion de dejar nada á los legitimados, porque no les obliga á ello la ley; lo que se verificaria en los ascendientes, si se considerase que los legitimados tienen derecho de legítima sobre los bienes de los mismos, porque en tal caso estarian obligados á dejarles algo, cap. *jus naturale*, dist. 1. l. 7. D. *de bon. damn.*, l. 11. D. *de liber. et posthum.* Es, pues, necesario que el abuelo haya consentido la legitimacion, para que el nieto legitimado se considere ser aguado suyo, §. 7. Instit. *de adopt.*, debiendo tenerse presente esta nuestra ley de Partida, en la cual se establece lo mismo indistintamente sobre los demas legitimados que lo hayan sido de cualquiera de los modos de que se habla en este tit. — * Parécenos en efecto la mas acertada y conforme á los principios legales la opinion que adopta nuestro glosador aqui, ya porque siendo, como son, por derecho de Castilla herederos no solo legítimos ó intestados, sino forzosos los descendientes de sus ascendientes, y por lo mismo los nietos de los abuelos, no es justo que á estos se les impongan sin su voluntad ó consentimiento otros sucesores forzosos que los que naturalmente debian tener; y asi como por la citada l. 12. de *Toro* (es la 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.) se equiparan espresamente los abuelos á los padres para el efecto de no poderse admitir los nietos é hijos legitimados á la sucesion de aquellos en concurrencia con los descendientes legítimos, asi es consiguiente tambien que los nietos legitimados sin consentimiento del abuelo no sean admitidos á la sucesion forzosa de estos, como tampoco lo son en igual caso los hijos legitimados á la de los padres.

(61) Asi se declara tambien en la l. prox. sig.; y por lo tanto si no se ofrece el mismo hijo, sino que es ofrecido por el padre á la curia, sucederá á los agnados y cognados; al contrario de lo que parecia proceder por derecho comun, l. 9. C. *de natur. lib.*, cap. 4. Nov. 89. *collat.* 7.

(62) Véas. l. 2. hácia el fin, C. *de nat. lib.*

(63) Véas. cap. 2. §. 1. hácia el fin Novel. 89. *collat.* 7.

(64) Añad. caps. 9. y 10. Nov. 89. *collat.* 7. autent. *præterea*, y autents. *item si quis*, 1ª y 2ª C. *de natur. lib.*, Bart. á d. Nov. pr. y véas. lo anotado á la l. 9. tit. 18. Partª 3ª nota 141., debiendo añadirse tambien que el hijo legitimado, aunque fuere emancipado por el padre, no dejará por esto de suceder á los bienes del mismo; porque por la emancipacion no se pierden los derechos de familia, segun Bald. á la l. penult. §. 1. C. *de adopt.*

(65) Entiéndase esto, respecto del caso en que no tuviese el padre otros hijos legítimos al tiempo de impetrar la legitimacion del natural, pero los hubiese tenido despues; por donde se ve que lo dispuesto aqui confirma la opinion de Din. y Bart. á la l. 43. col. 4. vers. *ultimo hæc*, D. *de vulg. et puppil.*, y Andr. de Iser. cap. 1. §. *naturales*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, ó sea la de que los legitimados suceden con los legítimos nacidos despues de la legitimacion. En el dia, á tenor de la l. 12. de *Toro*, estan escluidos indistintamente de suceder con aquellos aunque hayan nacido despues. ¿Sucederian, empero, aun con los legítimos que existieran ya al tiempo de la legitimacion, si se hubiese hecho mencion de estos al impetrarse el rescrip-

to, (g) como los otros fijos que ouieren de mugeres legitimas; fueras ende, en la manera que dize en la ley ante desta, (h) o dize, quando fijo de alguno ome se ofresciere el mismo a seruicio de Corte de Emperador, o Rey, o Concejo de alguna Cibdad, o Villa. E aun les nasce otra pro de la legitimacion: ca pueden ser cabidos a todas las honrras, e a todos los fechos temporales; tambien como los otros fijos que nascen de las mugeres legitimas.

TITULO XVI.

DE LOS FIJOS PORFIJADOS.

Porfijados (1) son vna manera de fijos, a que dizen en latin, adoptivi, a quien rescíben los omes por fijos; maguer non nascen ellos de casamiento, nin de otra guisa. Onde, pues que en los Titulos ante deste fablamos de los fijos legitimos, e de todos los otros que han los omes naturalmente; queremos aqui dezir destos, que ganan por postura que fazen entre si, segund ley, e fuero. E primeramente mostraremos, que cosa es este porfijamiento. E en quantas maneras lo fazen. E quien puede porfijar, e a quien. E que fuerça ha el porfijamiento. E por que razones se puede desfazer.

(g) tambien como los otros fijos etc. Acad.
(h) do dice quando etc. Acad.

LEY 1. *Que cosa es porfijamiento: e en quantas maneras lo fazen.*

Adoptio en latin, tanto quier dezir en romance, como porfijamiento. E este porfijamiento (2) es vna manera que establescieron las leyes por la qual pueden los omes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente. E puedese fazer en dos maneras, segund dize en el Titulo del Compadradgo, e del Porfijamiento, por que se embargan los casamientos, en la ley que comiença: El porfijamiento es vna manera de parentesco. E porque dan los omes algunas vegadas sus fijos legitimos, e naturales, a otros que los porfijen; porende en tal porfijamiento como este ha menester, que aquel a quien porfijan, que consienta; otorgandolo por palabra, o ca-

to, segun lo anotado á la l. 6. de este tit.? Parece que sí, á tenor de lo declarado en la presente ley, no derogada en esta parte por la de *Toro*, en la que se escluye tan solo á los hijos legitimados por rescripto del Príncipe de la sucesion paterna en concurrencia con los legítimos que hayan nacido ó con los naturales que hayan sido legitimados por subsiguiente matrimonio despues de la legitimacion. Mas todo esto debe entenderse con tal que la legitimacion haya tenido lugar en vida del padre y por voluntad de este; en cual caso es válida aquella, aunque se la haya hecho sin citar á los hermanos, Bart. y DD. á la l. 29. §. 5. D. *de lib. et posth.*, ó aunque haya tenido lugar despues de muerto el padre, con tal que se la haya impetrado antes que los hermanos legítimos adiesen la herencia de aquel, pues tambien entonces el Príncipe tiene la facultad de perjudicar á dichos hijos legítimos poniendo en la legitimacion la cláusula de *no obstante*, segun Bald. á la l. 56. hácia el fin C. *de Episc. et cleric.*, y en otros lugares, y Alex. á d. l. 29. §. 5. col. penult. ya que, constando haber sido la voluntad del Príncipe la de que, no obstante la existencia de los hijos legítimos, sucedan con estos los legitimados, deba estarse á lo que él mismo hubiere ordenado, por estar en sus atribuciones el legitimar al que quiera habiendo justa y razonable causa para ello, segun Bart. y DD. á d. l. 29. §. 5., bien que es necesario proceda en esto con mucha detencion, por no ser decoroso el que lo haga, por mas que pueda hacerlo; Bald. §. *filii nati*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.*, por lo cual se acostumbra continuar en los rescriptos la cláusula de *salvos los derechos de los legítimos*, sobre la que véas. Alex. á d. l. 29. §. 5., y añad. Paul. de Castr. á la l. 5. C. *de suis et legit. hæred.* — * Sobre la citada l. 12. de *Toro* y lo que acerca de la inteligencia de la misma espresa nuestro glosador aqui, véas. lo que se ha dicho en la adic. á la nota 60. del presente tit.

(1) Estos no son admitidos á la sucesion de los feudos, §. *adoptivus*, y Bald. allí *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agn.* Y por lo que hace á si se les considera comprendidos bajo la denominacion general de hijos ó en las disposiciones de los estatutos que hablen tambien de los hijos en general, véas. á Roch. tratad. *de jur. patron.*, fol. 23. col. 2. y sig. y notablemente á Dec. consil. 399., donde añade que, á pesar de existir algun hijo adoptivo, no deja de entenderse purificado á favor del sustituto el fideicomiso al que haya sido este llamado en falta de hijos.

(2) Adóptase en esta ley la definicion de Azon, propuesta en segundo lugar por el mismo, *in summa* C. *de adopt.*, y véas. mas estensamente á Alber. rubr. pr. D. *de adopt.*, donde define tambien la arrogacion.

llandose (3) non contradiziendo. Pero si porfijassen alguno que non ouiesse padre, o si lo ouiesse, fuesse salido de su poder, estonce conuiene por fuerça, que este tal consienta manifiestamente, otorgandolo por palabra. E quando se faze el porfijamiento, deuen ser guardadas todas las otras cosas que diximos en el Titulo del Compadradgo, en las leyes que fablan en esta razon; e las otras que dezimos en las leyes deste Titulo.

LEY 2. *Quales omes pueden porfijar.*

Porfijar puede todo ome libre, que es salido de poder de su padre. Pero ha menester el que quisiere esto fazer, que aya todas estas cosas: que sea mayor, que aquel a quien quiere porfijar, de diez e ocho años (4): e que aya poder naturalmente de engendrar (5), auiendo sus miembros para ello, e non seyendo tan de fria natura, por que se le embargasse. Otrosi ninguna muger (6) non ha poder de porfijar; fueras ende en vna manera, si ouiesse perdido algun fijo en batalla, en seruicio del Rey; o en fazienda, en que se acertasse con el comun de algun Concejo. Ca si por esta razon quisiesse porfijar a otro, por auer conorte de aquel que perdio, puedelo fazer con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. Ca si ellas por si mesmas lo pudiessen fazer, podria ser, que las engañarian los omes, o ellas a ellos, de manera que nasceria ende mucho mal.

LEY 3. *Quales omes pueden porfijar a otros, maguer non pueden fazer fijos.*

Mala andanza (7), e ocasion muy grande auiene a las vegadas a los omes, de manera que pierden aquellos miembros que son menester para fazer fijos. Assi como por enfermedad, o por fuerça que les fazen algunos, cortandogelos, o tollendogelos de otra guisa; o por ligamiento, o por otro mal fecho que les fazen; o por otras ocasiones que contescen a los omes de muchas maneras: onde estos atales que naturalmente eran guisados para engendrar, mas fueron embargados por algunas de las razones sobredichas, non tenemos que deuen perder porende; mas que ayan poder de porfijar, pues que la natura non gelo tollo, mas fuerça, o ocasion.

LEY 4. *A quales omes pueden porfijar.*

Infante es llamado, segund latin, todo moço que es menor de siete años: e este atal, non auiendo padre, non lo puede ninguno porfijar (8), porque non ha entendimiento

(3) El silencio, pues, equivale al consentimiento; añad. l. 5. glos. y DD. allí D. *de adopt.*, donde esceptua Bald. el caso en que el silencio fuese causado por miedo ó por escesiva reverencia, l. 1. §. 5. D. *quar. rer. act. non det.*, donde puede verse una buena glosa, de la cual hacen mencion y elogio Bart. allí y los DD. en varios otros lugares. Ultimamente ha opinado lo mismo Rodr. Suar. en su alegacion 24., y ha hablado tambien algun tanto de este particular en su alegacion 1ª Véas. asimismo á Abb. al cap. *causam matrimonii*, *de offic. deleg.*, al cap. penult. col. 2. *quod met. caus.*, y al cap. *cum virum*, *de regular.*, Socin. consil. 263. vol. 2. col. 3. y 4.; tomándose en esta materia el silencio por consentimiento en razon de ser los interesados personas conjuntas, segun observa Alberic. despues de Jacob. de Rav. á d. l. 5., mas no seria lo mismo si fuesen aquellos estraños entre sí, véas. la regla *qui tacet*, segun la glos. y Din. *de regul. jur.*, *in* 6. Adviértase, empero, que tampoco bastaria para tenerse en esta materia el silencio por consentimiento la circunstancia de ser conjuntos los interesados, si no concurriese ademas la de estar el adoptado constituido bajo la patria potestad del que le da en adopcion; añad. l. ult. C. *de adopt.*

(4) Pero el que adoptare á muchos ¿será menester tambien que preceda en la misma edad á todos y á cada uno de ellos? Véas. la glos. §. 4. Instit. *de adopt.*

(5) Véas. §. 9. Instit. *de adopt.*, debiendo notarse que lo mismo fuera si el impedimento ó imposibilidad de engendrar fuese de los puramente legales; por manera que tampoco pueden adoptar los sacerdotes ú ordenados *in sacris* por estarles prohibido el contraer matrimonio, segun Alber. á la l. 2. §. 1. D. *de adopt.*, y mas estensamente á la l. 30. D. d. tit., donde trata tambien la cuestion de si puede un sacerdote legitimar por rescripto del Príncipe á su hijo espúreo, é instituirle heredero, añad. l. 3. tit. 22. lib. 4. Fuero de las leyes. — * Y véas. lo que se ha dicho en el tit. anterior relativamente á la l. de 14 de abril de 1838; en la cual se establece que puedan legitimarse por rescripto del Príncipe tan solo los hijos meramente naturales en el sentido de la l. 11. de *Toro*.

(6) Conc. §. 10. Instit. *de adopt.*, y l. 5. C. d. tit.

(7) Véas. §. 9. Instit. d. tit.

(8) Esto es, por via de arrogacion, á la cual esclusivamente se refiere la presente ley, pues que dice *non auiendo padre:* pero, teniéndo-

para consentir. Mas el moço que fuesse mayor de siete años, e menor de catorze, bien lo pueden porfijar con otorgamiento del Rey (9); e non de otra guisa. E esto es por esta razon: porque tal moço como este, que es menor de catorze años, e mayor de siete, non ha entendimiento complido, e otrosi, non es menguado de entendimiento del todo. Porende ha menester quel porfijamiento deste atal, que sea fecho con otorgamiento del Rey; porquel guarde, que el moço non sea engañado. Empero el Rey, ante que otorgue poder de porfijar a tal moço como este, deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar; si es rico, o si es pobre; o si es su pariente, o non; e si a fijos (10) que hereden lo suyo, o si ha tantos dias (11), que los pueda aun auer, e de que vida es, e de que fama; e otrosi deue catar, que riqueza ha el niño. E todas estas cosas catadas, si entendiere que aquel que lo quiere porfijar, se mueue con buena intencion para fazerlo, e que sea a pro del moço, deuegelo otorgar que lo pueda fazer. Pero el Rey, ante que otorgue el porfijamiento destos moços, deue catar, que non se menoscaben los bienes dellos. E la guarda es esta; que deue fazer tomar tal recabdo del porfijador, que si muriesse el moço ante de los catorze años (12), que entregue todos sus bienes (*a*) aquel, o aquellos, que los ouieren de auer de derecho. Esto se deue entender, de aquellos que los deuen heredar, o auer por razon de mandas, si el moço non ouiesse seydo porfijado. E tal recabdo como este deue ser dado por carta, que sea fecha por mano de algun Escribano público. E maguer el Rey non mandasse fazer tal carta, entiendese que de derecho es obligado el porfijador de lo complir, assi como sobredicho es.

(*a*) a aquel ó a aquellos etc. Acad.

LEY 5. *Que non pueden porfijar a los omes que fueron sieruos, e son aforrados.*

Libertos son llamados en latin, todos aquellos que son librados de seruidumbre de sus señores; a que llaman en esta tierra forros. E tal como este non lo puede ninguno porfijar; por esta razon: ca maguer el señor aforre su sieruo, siempre remanesce en el vna rayz de naturaleza, que es como manera de señorio. E es esta: que el liberto siempre es tenudo de obedescerle, e de honrrarle, e de guardarse de fazerle pesar; e si contra esto fiziesse, poderlo y a el señor tornar en seruidumbre, (13). E porende non le deue ninguno porfijar.

LEY 6. *Que ningun ome non ha poder de porfijar al moço que touiere en guarda.*

Tutor es llamado en latin, todo ome que ha en guarda algun moço, e todos sus bienes, fasta que es de edad de catorze años. E este atal non puede porfijar a tal moço como este: porque podrian sospechar contra el, que lo fazia con mala intencion, porque non le diesse cuenta de sus bienes, que auia tenido en guarda; o si gela diesse, que non lo faria tan lealmente, nin tan bien, como deuia. Pero desque el moço ouiesse edad de XXV años (14), poderlo y a porfijar con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. E esto, porquel Rey lo guarde, que non resciba engaño en tal porfijamien o como este, que dicho auemos.

lo, bien podria este darlo en adopcion, segun la l. 42 D. *de adopt.*, y la glos. allí, cuya opinion queda aqui aprobada.

(9) Véas. l. 92. tit. 18. Partª 3., l. penult. tit. 7. de esta Partª, y l. penult. tit. 22. lib. 4. Fuero de las leyes: y al conceder el Príncipe la gracia de que pueda arrogarse á uno, puede dar comision á un juez para que se informe de las causas de la arrogacion é interponga á la misma la autoridad Real, glos. á la l. 2. C. *de adopt.*

(10) Pues, á pesar de ser lícito al que tiene hijos adoptar á un ausente, l. 23. vers. *si filiæ*, y l. 10. D. *de adopt.*, no le es lícito asimismo el arrogar, segun se declara aqui y en la l. 17. D. d. tit.

(11) Como en el caso de no haber cumplido todavía los 60 años, l. 15. §. 2. D. *de adopt.*

(12) Esta caucion, pues, quedará cancelada por el mismo hecho de llegar el hijo arrogado á la pubertad; debiendo, empero, esto entenderse como lo esplica Alberic. á la l. 20. D. *de adopt.*

(13) Véas. l. 9. tit. 22. de esta Partida y l. 41. hácia el fin D. *de adopt.*

(14) Entiéndase esto para el caso en que el que ha sido tutor haya debido seguir siendo curador despues de llegado el pupilo á la pubertad; pues de otra suerte, finida la tutela y rendidas por el mismo tutor las cuentas, bien podria adoptar á aquel ó arrogarle, segun observa Bart. á la l. 17. pr. D. *de adopt.*

LEY 7. *Que fuerça ha el porfijamiento, e por que razones puede el porfijador sacar de su poder al que porfijare, e desfazer el porfijamiento.*

Porfijando algun ome a otro que ouiesse fijos, e que non fuesse en poder de su padre, tal fuerça ha el porfijamiento, que tambien los fijos, como el, con todos sus bienes, caen en poder de aquel quel porfija; bien assi como si fuesse su fijo legitimo del: e no le puede sacar de su poder el porfijador, aquel quel porfijare, si non fuere por razon derecha, atal, que la pueda prouar antel Judgador. E esto podria fazer por dos razones (15). La vna es, quando el porfijado faze tal tuerto, o tal cosa, por que se ha de mouer a muy grand saña aquel quel porfijo. La otra es, quando a tal porfijado como este establesce alguno otro por su heredero en su testamento so tal condicion, diziendo assi: Yo establezco a Fulano por mi heredero, si le sacare de su poder aquel que le porfijo. E por qualquier destas dos razones puede sacar el porfijador de su poder, a aquel que ouiesse porfijado. Pero tenudo es, de darle todos los bienes, e las cosas, con que entro en su poder (16).

LEY 8. *Quanto deue auer el porfijado, de los bienes de aquel quel porfijo.*

A tuerto, e sin razon non deue ninguno sacar de su poder a aquel que ouiere porfijado, nin lo deue desheredar. Pero si alguno contra esto fiziesse, tenudo es, de dar a aquel que porfijo, todo lo suyo con que entro en su poder, con todas las ganancias que despues fizo; sacado el vsofruto, que rescibio de los bienes del porfijado, de mientra quel tuuo en su poder. E demas desto, deue dar el porfijador (17), la quarta parte (18) de todo quanto que ouiere (19). E lo que diximos en esta ley, e en la de ante della, entiendese del porfijamiento que es fecho en la manera que es llamada en latin, arrogatio; que quier tanto dezir, como porfijamiento que se faze por otorgamiento del Rey: mas si fuere fecha en la otra manera que dizen adoptio; que quier tanto dezir, como porfijamiento que es fecho con otorgamiento de otro Juez, bien puede el porfijador sacar de su poder al porfijado, quando quisiesse (20), con razon, o sin razon. E non heredara ninguna cosa de los bienes de aquel quel porfijo. E esto es, porque tal porfijado non heredaria en los bienes de aquel quel profijo, maguer nol sacasse de

(15) Trae esto orígen del §. 3. vers. *item non alias*, Instit. *de adopt.*, y de la glos. allí.

(16) Y en estos dos casos no está obligado el arrogador á reservar la cuarta, segun se declara aqui y en la l. prox. sig., y lo pretendian ya los DD. á d. §. 3. y Bart. y Salic. á la l. 2. C. *de adopt.*; aprobándose por consiguiente aqui la primera de las opiniones propuestas por la glos. á d. §. 3. vers. *causa.*

(17) Esto es, despues de su muerte, segun lo declara Juan Fabr. versic. *item non alias*, Instit. *de adopt.*

(18) Trae esto orígen de d. §. 3. Instit. *de adopt.*, donde puede verse tratada por la glos. la cuestion, de si procederia lo mismo en caso de existir hijos legítimos; pareciendo que en el dia por nuestro derecho patrio no tendrá en dicho caso la cuarta el hijo arrogado, sino que el padre arrogador podria tan solo dejarle del quinto de sus bienes lo que quisiese, segun la l. 1. tit. 22. lib. 4. Fuero de las leyes; en la que, sin embargo, se habla del caso en que los hijos legítimos hayan nacido despues de la arrogacion: de donde se infiere que, habiendo existido aquellos al tiempo de la arrogacion y habiéndolo sabido el Príncipe al autorizarla, tendria derecho el arrogado á dicha cuarta, segun lo anotado por la glos. á d. §. 3. Instit. vers. *bonorum*, y véase la nota 65. del tit. próx. antec., pudiendo tambien añadirse la glos. á la Novel. 1. pr. §. 2. vers. *quale est filiis*, *collat.* 1. Y es de notar ademas que esa cuarta que se debe á los hijos arrogados no debe entenderse aumentada hoy, á pesar de lo dispuesto en la Novel. 18. *collat.* 3. l. 17. tit. 1. Part. 6ª y l. 5. tit. 6. lib. 3. del Fuero, segun observa Bald. á la l. 22. col. 3. D. *de adopt.*, y véas. lo anotado á la l. 9. tit. 5. d. Part. 6ª — * V. tambien lo adicionado allí, y lo dicho en el apéndice sobre sucesiones intestadas á continuacion del tit. 13. de la misma Part. 6ª

(19) Segun esto, pues, la cuarta á que tiene derecho el hijo arrogado es la de todos los bienes del padre arrogador: pero debe entenderse, cuando no haya otros hijos y sea aquel el único que deba suceder á dichos bienes *ab intestato*; pues, habiendo otros hijos legítimos y naturales ó arrogados, cada uno de estos no tendrá la cuarta de todos los bienes, sino solamente de la porcion que al mismo podria corresponderle por intestado, segun la glos. á d. §. 3. y á la l. 22. vers. *quartam*, y Jas. allí col. 24. D. *de adopt.*

(20) Conc. l. penult. C. *de adopt.*, y l. 13. D. d. tit.

su poder; fueras ende, si el porfijador muriesse sin testamento (21).

LEY 9. (*b*) *Quanto hereda el porfijado en los bienes del porfijador.*

De suso en las leyes sobredichas mostramos la fuerça que ha el porfijamiento, que es fecho por arrogacion. E agora queremos mostrar otrosi la fuerça que ha el porfijamiento, qûe es fecho por adopcion. E dezimos, que si alguno diesse a su fijo a porfijar, a tal ome que non fuesse abuelo del moço, o bisabuelo de parte de su padre, nin de su madre; el que es porfijado desta manera, no pasa (22) a poderio de aquel que le porfija. Pero de tal porfijamiento como este siguese este pro (23) al porfijado; que heredara todos los bienes de aquel quel porfijo, si muriere sin testamento, e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos (24), e aura su parte como qualquier dellos. Mas con todo esto, non se entiende que heredara por esta razon en los bienes de los fijos (25), nin de los otros parientes del porfijador.

(*b*) Quando hereda etc. Acad.

LEY 10. *Que derechos gana el nieto, o el visnieto, en el auer de su abuelo, o de su bisabuelo, quando lo porfija.*

Emancipado es dicho todo ome que es salido de poder de su padre, a plazer (26) del. E si por auentura tal ome como este diesse a porfijar su fijo, que ouiesse en su poder, (*c*) a su abuelo; quier fuesse de parte de su padre, quier de su madre, de aquel a quien porfijasse; cayria lleneramente este porfijado atal, en poder de aquel quel porfijasse, para auer todos los derechos, que fijo natural deue auer en los bienes de su padre, de quien fuesse engendrado; tambien para ser criado (27) (*d*) en ellos, como para heredarlos (28).

(*c*) a su abuelo del moço o a su bisabuelo, quier fuesse etc. Acad.

(*d*) con ellos Acad.

(21) Asi, pues, el arrogado solo *ab intestato* sucede al padre arrogador, d. l. penult. C. §. 2. Instit. *de adopt.*, y l. próx. sig. ¿Sucederá, empero, del mismo modo, cuando existieren hijos legítimos? Parece que nó, segun la l. 5. tit. 6. lib. 3. Fuero de las leyes, l. 1. tit. 22. lib. 4. del mismo, y segun el glosador de las leyes de *Toro* á la l. 12. vers. *no puedan suceder;* bien que la ley citada allí por este último habla tan solo del caso en que los hijos legítimos y naturales hayan nacido despues de la adopcion: pero respecto del hijo adoptivo, parece deberá decirse lo mismo aunque aquellos existieran ya al tiempo de adoptársele, porque tampoco debe el padre, ni puede en manera alguna perjudicarles en su legítima, que la componen hoy todos los bienes del mismo padre, escepto el quinto del que puede libremente disponer, l. 9. tit. 5. lib. 3. Fuero de las leyes; y véas. l. próxim. sig. y lo que allí se anotará. Adviértase ademas, que, segun la presente ley, aun en el caso en que el hijo adoptivo queda por la adopcion constituido bajo la potestad del padre adoptante, no podrá suceder como heredero forzoso contra el testamento de este [en que se le hubiese escluido ó preterido] sino solamente *ab intestato*, en el caso de haber fallecido aquel sin testamento, y del mismo modo que sucederia si hubiese sido adoptado por un estraño, á tenor de la l. prox. sig.; lo cual es contrario á la comun opinion de los DD. segun lo anotado á la l. ult. de este tit. Téngase, pues, presente lo dispuesto aqui, y, respecto de los hijos arrogados, V. tambien lo anotado á d. l. ult.

(22) Añad. d. l. penult. y §. 2. Instit. *de adopt.*

(23) Tambien debe ser alimentado por el padre adoptivo, ya que es llamado á su sucesion intestada: véas. Bald. á la l. penult. C. *de adopt.*, pr.; debiendo, empero, entenderse que se le deberán los espresados alimentos, cuando él trabajare en utilidad del mismo padre adoptivo, ó cuando el padre natural fuere pobre, segun declara Juan Fabr. y Ang. Aret. al §. 14. Instit. *de hæred. quæ ab intest. defer.*, sobre la glos. allí vers. *tantummodò:* y hace tambien á ese propósito la l. penult. D. *de adopt.*

(24) Conc. l. 5. C. *de suis et legit. hæred.* Pero no deberia hoy decirse lo mismo á tenor de la ley del Fuero citada en la nota 21. á la l. prox. anteced.

(25) Añad. d. l. penult. y glos. allí vers. *tantummodò*, C. *de adopt.* ¿Deberá, empero, decirse lo mismo si se tratare de un hijo arrogado? Véas. l. 23. y glos. allí D. *de adopt.*, y l. 10. y Bart. allí D. d. tit.

(26) Véas. l. 17. tit. 18. de esta Partª

(27) Añad. l. penult. D. *de adopt.*, y l. penult. C. d. tit.

(28) Esto es claro y no tiene dificultad en cuanto al derecho de suceder por intestado, l. penult. vers. *si verò pater naturalis*, C. *de adopt.* Pero ¿podrá suceder tambien ese hijo como heredero forzoso de su padre adoptivo y contra el testamento de este, [en que le ha-

E esto es por dos fuerças de derecho, que se ayuntan en tal porfijamiento como este que es fecho por adopcion. La vna, por la naturaleza, e el linaje que ha el porfijado, en aquel quel porfijo. La otra es, por el establescimiento de las leyes, que otorgaron a los omes poder de porfijar. Pero si el abuelo, o bisabuelo sacasse de su poder a este moço sobredicho, tornase despues (29) en poder de su padre.

TITULO XVII.

DEL PODER QUE HAN LOS PADRES SOBRE SUS FIJOS, DE QUAL NATURA QUIER QUE SEAN.

Poder, e señorio han los padres sobre los fijos, segund razon natural (1), e segund derecho. Lo vno, porque nascen dellos; lo al, porque han de heredar lo suyo. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos de los fijos legitimos, e de todos los otros, de qual natura quier que sean; queremos aqui dezir, deste poderio que han los padres sobre ellos. E mostrar, que cosa es este poderio. E en quantas maneras se puede entender esta palabra. E como deue ser establescida. E que fuerça ha.

LEY 1. *Que cosa es el poder que ha el padre sobre sus fijos.*

Patria potestas en latin, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los fijos. E este poder es un derecho atal, que han señaladamente los que biuen, e se judgan segund las leyes antiguas, e derechas, que fizieron los Filosofos, e los Sabios, por mandado, e con otorgamiento

ya escluido ó preterido]? Véas. Ang. Aret. al §. 10. Instit. *de hæred. quæ ab intest. def.* Y si ese padre adoptivo fuese ascendiente del adoptado ¿sucederia este con los hijos legítimos y naturales de aquel, caso que los tuviese? Ciertamente deberá suceder cuando el padre natural haya muerto antes que el abuelo adoptante, en cual caso no podrá haber dificultad ya que el nieto se habrá repuesto respecto del abuelo en el lugar del hijo difunto, arg. §. 6. Instit. d. tit. mas, si á la muerte del abuelo viviese todavía el padre, entonces por derecho antiguo deberíamos decir tambien que sucederia con los hijos legítimos y naturales el adoptivo y nieto natural, segun la l. 5. C. *de legit. hæred.*, no derogada en esta parte por la autent. *in successione*, C. *de suis et legit. hæred.*, como observan allí la glos., Bart. y Salic.; y aun en el caso á que esta ley se refiere, siendo el padre adoptante ascendiente del hijo adoptivo hubiera podido este último accionar contra el testamento de aquel [esto es, pedir que se le admitiese á la sucesion, á la cual en dicho testamento no se le hubiese llamado] l. 1. pr. y Bart. allí D. *de bonor. poss. contr. tab.* Véas. Bart. allí al §. 6. y lo que sobre lo dicho por este observa Ang. Aret. á d. §. 10. Instit. al fin. Téngase, empero, presente acerca de esto lo que se ha anotado á la l. 8. de este mismo tit., y recuérdese asimismo que no solo en el caso de la presente ley, sino tambien en el de la l. prox. anteced., siendo un estraño el padre adoptante, seria admitido el hijo adoptivo á la sucesion intestada del mismo con esclusion de los parientes, segun la l. 2. §. 6. D. *ad Tertyllian.*, y Ang. Aret. á d. §. 14. Instit. d. tit. despues de Matesilano citado por el mismo allí. Mas en el dia, á tenor de la l. 12. de *Toro* y las demas del Fuero citadas en las notas á la l. 8. de este título, parece que no podrá el hijo adoptivo suceder al padre adoptante, cuando existan hijos legítimos y naturales, á quienes no puede perjudicarse en su legítima, segun se ha dicho en la nota 21. y lo mismo tendria lugar respecto de aquellos ascendientes á quienes, como á los descendientes, se debe tambien legítima á tenor de la l. 6. de *Toro* [l. 1. tit. 20. lib. 10. Novis. Rec.] puesto que ya por derecho comun, siempre que una adopcion redundase en perjuicio de tales ascendientes ó descendientes, se concedia á estos el remedio de la querella para impugnarla como una donacion inoficiosa, Ang. lugar citado, Guillerm. Bened. en su repet. cap. *Raynutius*, *de testam.*, vers. *et uxorem nomine Adelasiam*, fol. 120. col. 1. y véas. tambien á Matesilano, en su tratad. *de succes. ab intest.*, fol. 2. col. 2. vers. *tertium membrum*, donde Luc. de Boloñ. en sus adics. col. 4. trata tambien de los hijos arrogados; y acerca de si en la sucesion de este serán preferidos los padres arrogantes ó los naturales, véase la glos. allí y Juan Fabr. y Ang. al §. 2. Instit. *de acquisit. per. arrog.*, vers. *mortuo*.

(29) Véas. acerca de esta cuestion la glos. á la l. penult. C. *de adopt.*, vers. *reverti*, y Salic. allí. —* Véase tambien sobre lo dicho en este tit. el citado apéndice de las sucesiones intestadas §§. 15., 16. y 17. á continuacion del tit. 13. Part. 6ª

(1) Pues la patria potestad se halla confirmada hasta por derecho divino, l. pen. C. *de adopt.*, l. 9. C. *de patria potest.*, y l. 3 del mismo tit. Y sobre el poder que tenga la ma-

de los Emperadores: e hanlo sobre sus fijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linaje, que descienden dellos por la liña derecha, que son nascidos del casamiento derecho.

LEY 2. *Sobre quales fijos non ha este poder el padre.*

Naturales son llamados los fijos que han los omes de las barraganas, segund dize en el Titulo, que fabla dellos. E estos fijos atales non son en poder del padre, assi como lo son los legitimos. E otrosi non son en poder del padre, los fijos que son llamados en latin, incestuosi; que quier tanto dezir, como aquellos que han los omes de sus parientas fasta el quarto grado, o en sus cuñadas, o en las mugeres Religiosas. Ca estos atales no son dignos de ser llamados fijos: porque son engendrados en gran pecado. E como quier que el padre aya en poder sus fijos legitimos, o sus nietos, o visnietos, que descienden de sus fijos; non se deue entender por esso, que los puede auer en poder la madre, nin ninguno de los otros parientes de parte de la madre. E otrosi dezimos, que los fijos que nascen de las fijas, que deuen ser en poder de sus padres, e non de sus abuelos que son de parte de su madre.

LEY 3. *En quantas maneras se puede entender esta palabra Potestas.*

Tomase (2) esta palabra, que es llamada en latin potestas, que quiere tanto dezir en romance como poderio, en muchas maneras. Ca a las vegadas se toma por señorio, assi como auiene en el poderio que ha el señor sobre su sieruo. E a las vegadas se toma por jurisdicion, assi como acaesce en el poder que han los Reyes, e los otros que tienen sus lugares, sobre aquellos a que han en poder de judgar. E a las vegadas se toma por el poder que han los Obispos sobre sus Clerigos, e los Abades sobre sus Monjes, que les son tenudos de obedescer. E a las vegadas se toma esta palabra Potestas, por ligamiento de reuerencia, e de subiecion, e de castigamiento, que deue auer el padre sobre su fijo. E desta postrimera manera fablan las leyes deste Titulo.

LEY 4. *Como puede ser establescido este poder, que ha el padre sobre sus fijos.*

El poderio (3) que han los padres sobre los fijos, se establesce en quatro maneras. La primera es, por el matrimonio que es fecho segund manda Santa Eglesia. La segunda es, como si acaesciesse contienda entre algunos, si eran padre, o fijo; e fuesse dado juyzio acabado entre ellos, que lo eran. La tercera es, como si el padre ouiesse al fijo librado de su poder, e despues desto fiziesse el fijo algund yerro contra el padre, quel ouiesse a tornar en su poder. La quarta es por adopcion, que quier tanto dezir como porfijamiento. E esto seria, como si el abuelo de parte de la madre porfijasse a su nieto; ca en tal manera, caeria el nieto en poder de tal abuelo.

LEY 5. *Que fuerça ha este poder, que el padre ha sobre sus fijos, en razon de los bienes que ellos ganan.*

En tres guisas (4) se departen las ganancias

dre sobre sus hijos, y si puede cederlos á álguien para que le sirvan por determinado salario, véas. á Luc. de Pen. á la l. 1. C. *de fugitiv. colon.*, donde se declara qué sí; y muy á menudo lo vemos en la práctica con las viudas pobres, arg. cap. *quicumque*, 20. cuest. 1. — * El nacimiento ó la filiacion bien puede ser, como en la presente ley se indica, el orígen por derecho natural de la patria potestad; pero no puede serlo asimismo la circunstancia de ser los hijos sucesores forzosos del padre ó de *haber de heredar lo suyo;* por cuanto no es el derecho natural sino el civil el que ha instituido esas sucesiones forzosas que hacen aparecer como una deuda del padre con sus hijos, lo que debiera ser una dádiva espontánea del natural cariño; ni anduvieron tal vez muy consecuentes los compiladores de las Partidas al establecer la patria potestad como de derecho natural, para entenderla despues y regularizarla tal como lo habian hecho los antiguos romanos que la consideraban como una institucion puramente *civil*, y que en este sentido habian dictado acerca de ella ciertas disposiciones bárbaras y antinaturales, abolidas despues ó en gran manera modificadas por los mismos romanos y que sin embargo fueron literalmente trasladadas á las Partidas sin crítica ni discernimiento.

(2) Tomada está esta ley de las palabras de Azon al mismo tit. del C. *in summa*.

(3) Trae esto orígen de las palabras de Az. *in summa*, C. *de patria potest.*

(4) Tomada esta ley del §. 1. Instit. *per quas personas nobis acquir.*, y de la l. 6. C. *de bonis quæ liber.*

que facen los fijos, mientra estan en poder de sus padres. La primera es, de aquello que ganan los fijos con los bienes de los padres (5): e tal ganancia como esta llaman en latin, Profectitium peculium. Ca quanto quier que ganan desta manera, o por razon de sus padres (6), todo es de los padres que los tienen en su poder. La segunda es, lo que el fijo de alguno ganasse por obra de sus manos, por algund menester, o por otra sabiduria que ouiesse, o por otra guisa; o por alguna donacion que le diese alguno (a) en su testamento, o por herencia de su madre, o de alguno de los parientes della, o de otra manera; o si fallasse tesoro, o alguna otra cosa por auentura. Ca de las ganancias que fiziesse el fijo, por cualquier destas maneras (7), que non saliessen de los bienes del padre, nin de su abuelo, deue ser la propiedad del fijo, que las gano, e el vsofruto (8), del padre en su vida, por razon del poderio que ha

(a) mientre viuiese o en su testamento Acad.

(5) Parece aprobarse aqui la opinion de la glos. á la l. 6. C. *de bonis quæ liber.*, sobre las palabras *ex ejus substantia;* pues se dice que cuanto gane el hijo con bienes del padre, se adquiere por este como profecticio, segun tambien lo quiso Azon, aunque sin afirmarlo tan decididamente al mismo tit. del C. *in summa.* Lo mismo sostienen Specul. tit. *de judiciis*, §. *sequitur*, vers. *quid si alter filiorum*, y Rafael Fulg. á d. l. 6. Mas generalmente, empero, opinan los DD. por derecho comun que es profecticio y corresponde al padre todo lo que á los bienes de este se debe haberse lucrado, pero que es adventicio y ha de adquirirse para el hijo lo que verosimilmente se lucró por la industria del mismo. Esta opinion sostuvo Jac. Butr. á d. l. 6., siguiéndole allí Bart., Bald., Ang., Paul. y la generalidad de los DD., y tambien Montalvo á la l. 7. tit. 4. lib. 3. del *Fuero de las leyes*, y Bart. en su trat. *de duobus fratribus*, col. 1. cuest. 2., y latamente lo explana Socin. cons. 92. 1. vol. 2. dubitat. y consil. 162. 2. vol., y Alex. y Jas. á la l. 20. C. *de collat.* Tal vez debe entenderse lo dispuesto en esta ley limitado al caso en que el hijo negociase por encargo del padre, en nombre y con dinero del mismo, espresándolo así en sus libros de cuentas, segun Luis Roman. á la autent. *ex testamento, C. de collat.*, y Socin. y Jas. lug. cit. Ni se debe salario alguno al hijo en ese caso, conforme lo anotado á la l. 4. tit. 20. Part. 2. y lo confirma aquel texto, aunque lo contrario suponga Socin. en dicho consil. Si, empero, el hijo negocia en nombre propio, ó en el suyo y el de su padre con capitales de este, parece que ha de seguirse la opinion de Bart. y otros, por ser mas equitativa, y á ello puede inducir la presente ley de Partida con las palabras *por razon de sus padres:* véas. á Socin. en d. consil. y Bald. á d. autent. *ex testamento*, col. 4. y á la l. 13. C. *famil. ercisc.*, 1. y 2. col. y á la l. 30. §. 2. C. *de inoffic. testament.*, Bart. á la l. 1. §. 15. D. *de collat. bonor.*, col. 3. y 4., y lo anotado á la l. 3. tit. 15. Part. 6ª

(6) Añad. l. 60. §. 1. D. *pro socio*, y l. 10. §. 6. D. *de vulgar. et pupillar.*, Glos. al §. 1. Instit. *per quas personas nobis acquir.*, á las palabras *ex re patris*, y Juan de Plat. á la l. 1. C. *de castrensi pecul.*

(7) Y en caso de duda ¿se presumirá mas bien adventicio ó profecticio? Véas. la glos. á d. l. 6. al pr. y allí Bald. y glos. al §. 1. Instit. *per quas personas nobis acquir.*, y Alex. consil. 31. 4. vol., y añad. l. 24. tit. 13. Part. 5ª

(8) Si el hijo de familias obtuviese un beneficio eclesiástico ¿tendria el padre su usufruto? V. á Bart. quien está por la negativa á la l. 37. D. *de neg. gest.* y el doctor de Palac. Rub. en el cap. *per vestras* al princip. col. 185. de la edicion que tengo á la vista, y Bart. á la l. 13. versic. *ulterius quando unus ex fratribus* C. *famil. ercisc.*, Pablo de Cast. á la l. 6. §. 2. C. *de bonis quæ liber.* Adviértase que de lo adquirido ilícitamente por el hijo no corresponde al padre el usufruto l. 24. D. *de acquir. posses.* l. 53. D. *pro socio*, fundado en las cuales así lo sostiene Juan And. en la adic. al *Spec.* tit. *de actore*, §. 1. sobre la palabra *adventitiam.* Alex. á dicha l. 24. col. ult. Y si el padre desheredase á su hijo ¿adquirirá este el usufruto, como padre del nieto á quien en tal caso se deberá deferir la herencia del abuelo? V. l. 38. D. *de bonis libert.:* que dice que no. Otros casos pueden presentarse en los cuales tampoco adquiere el usufruto el padre, de los que hablan la autént. *excipitur* y las dos siguientes C. *de bonis quæ liber.*, V. la glos. á la autént. *idem est*, y allí Juan Fab. en el mismo tit., y la glosa al §. 1. Inst. *per quas person. nobis acquir.* Açerca de la cuestion que propone la glos. á dicha auténtica *idem est*, á saber; de si entrando el padre en religion se estinguiria el usufruto de los bienes de su hijo, fueron varias las opiniones, como se ve por lo que dicen allí los DD. y en el cap. *in præsentia*, *de probat.* en donde Abb. col. 19. dice ser la mas comun la de que se estingue enteramente el usufruto, segun Salic. allí, y en la autént. *ingressi C. de sacrosanct. eccles.* Con todo Decio en d. cap. *in præsentia*, n. 66. dice parecerle mas ver-

sobre el fijo. E esta ganancia llaman en latin Aduentitia, porque viene de fuera, e non por

dadera la opinion de la glosa á d. aut., la que siguen Bald. y Paul. de Castr. á saber de que por este acto meritorio no pierde el padre el usufruto: digno es este punto de mas detenido exámen, bien que parece no debemos separarnos de lo que dice Salic. por las razones en que se funda y principalmente la de que no teniendo el padre la legítima administracion, nunca debe tener el usufruto. Tambien es de notar que cuando el padre se hace incapaz del usufruto, se consolida este entonces con la propiedad, segun Bald., á quien puede verse, á la l. 1. col. 2. C. de *inoff. dot.* Adviértase asimismo que en todo aquello, en que el padre no puede suceder al hijo, como en los feudos, no se adquiere el usufruto para aquel, segun Bald. á la l. 5. C. *de condit. insert.* y el mismo en el §. 1. de *duobus fratr. de benefic. invest.;* y, en órden á si el padre tiene el usufruto en los bienes del hijo que procedan de un mayorazgo, véase á Rodr. Suar. en su disputacion, que está puesta al pie de la repeticion de la l. *quoniam in prioribus*, y de la de la l. *post rem judicatam;* [l. 32. C. *de inoff. test.* y l. 56. D. *de re judic.*], á todo lo que debe añadirse que si alguno fundase un mayorazgo á favor de su sobrino hijo de su hermana, ordenando que los bienes se diesen al mismo hijo; no tendria el padre en ellos el usufruto. l. 14. §. 2. D. *quando dies leg. cedat*, y la glos. y Bart. allí: porque esto fuera lo mismo que decir que prohibia al padre percibir el usufruto, segun la autént. *excipitur*, C. *de bon. quæ liber.* Y si el hijo entrare en religion ¿perderá el padre el usufruto que tenia en los bienes de aquel, ya hubiesen estos procedido de mayorazgo ó no? Véanse Abb. y Dec. al cap. *in præsentia*, *de prob.* en donde Decio nº 62. está en contra de la opinion de el Abad quien á d. cap. col. 19. establece que el hijo puede en perjuicio del padre disponer del usufruto; y Decio por el contrario pretende que entrando el hijo en religion tanto si dispone como sino, adquiere el usufruto el padre: y esta es tambien la opinion de Rodr. Suar. lugar citado, fol. ult. col. pen.: es asimismo de notar que el padre tampoco adquiere el usufruto en la dote adventicia de la hija, como lo prueba Bald. Nov. en su tratado *de dote* fol. 18. col. 4. vers. *ex dicta L. Cajus;* lo que procede indudablemente en el dia por derecho español, á tenor del cual la hija por el matrimonio contraido solemnemente sale de la patria potestad, segun lo establecido en las ll. 47 y 48. de *Toro*, [l. 3. tit. 5. lib. 10. Nov. Recop.] Téngase presente tambien lo que allí mismo añade Bald. Nov. fol. 19. col. 4. vers. *ex quo ipse*, á saber: que tampoco tendrá el padre el usufruto de la dote que acaso adquiera el hijo en pena del adulterio cometido por su muger; á lo que debe añadirse lo que dice Aug. Aret. á d. §. 1. Inst. *per quas pers. nob. acquir.* col. 3. vers. *sed tamen adverte*, que si bien en los casos mencionados allí por la glosa no tiene el padre el usufruto, no se considera sin embargo escluido de percibir todas las utilidades que le proporcionaria aquel derecho si lo tuviese, segun las ll. 12. §. 5. vers. *quamquam*, y 17. D. *de usu et habit.;* por lo cual dice ser útil la práctica de escluirle la madre espresamente de percibir dichas utilidades cuando al dejar sus bienes á un hijo tiene intencion de prohibir que el padre tenga sobre ellos el usufruto. Débese empero suspender el juicio sobre la certeza de esta opinion, pues las predichas leyes no la apoyan verdaderamente, y hablan de un caso diferente; y las restricciones antedichas serian inútiles en sus efectos, si el padre en dichos casos adquiriese la utilidad del usufruto; pues que cuando se promulgaron aquellas leyes no habia diferencia entre bienes profecticios y adventicios, respecto á la adquisicion del usufruto por el padre, y solo despues se estableció por el derecho del Código y Auténticas, que en estos últimos adquiriese aquel únicamente el usufruto, esceptuando algunos casos en los cuales ni el usufruto adquiere; y asi aquellas leyes del Digesto que hablan con referencia al tiempo en que estaban dictadas, nada pueden probar á propósito de lo que despues se dispuso por derecho nuevo, y segun esto la disposicion de estas leyes no puede tener lugar en los casos, en que el padre tiene prohibicion de adquirir el usufruto. O dígase tambien que, por mas que aquellas leyes no hayan sido derogadas por lo que respecta á los casos, en que está prohibida al padre la adquisicion del usufruto, deberán siempre tener lugar en el caso de que hablan, esto es: cuando se ha dejado el usufruto de un esclavo ó de una casa á un hijo de familias, en el cual, debiendo habitar con el padre por razon de estar sujeto á la patria potestad, nada tiene de estraño, aun cuando el uso sea un derecho esencialmente personal, que el padre disfrute tambien de este derecho por la naturaleza y cualidad de semejante legado, ya que en él cómodamente no puede separarse el uso del padre del del hijo: y en este caso especial es en donde puede proceder la opinion de Angelo, ó sea, la de aprovecharse el padre de algunas de las utilidades aun respeto de aquellas cosas de que le está prohibida la adquisicion del usufruto.

los bienes del padre. Pero el padre dezimos, que deue defender (9), (*b*) e guardar estos bienes aduenticios de su fijo, en toda su vida, tambien en juyzio, como fuera de juyzio. La tercera manera de bienes, e de ganancia, es la que dicen en latin Castrense, vel quasi castrense pecuilum, assi como se muestra adelante.

LEY 6. *Que los fijos pueden facer lo que quisieren, de las cosas que ganaren en Castillo, o en hueste, o en Corte, maguer sean en poder de su padre.*

Castra es vna palabra del latin, que se entiende en tres maneras. La primera, e la mas comunal es, todo Castillo (10), e todo logar, que es cercado de muros (11), o de otra fortaleza. La segunda es, hueste (12), o aluergada, do se ayuntan muchas gentes, que es fortaleza, e porende es llamada en latin Castra. La tercera es, Corte del Rey, o de otro Principe, do se allegan muchas gentes, como a Señor que es fortaleza, e amparamiento de justicia. E por esta razon, las ganancias que los omes fazen en algunos destos lugares (13), tomaron nomes desta palabra, que dize en latin, Castra. E por esso son llamadas Castrense, vel quasi castrense (14) peculium. E avn porque tales ganancias como estas fazen los omes con grand trabajo (15), e con gran peligro, e porque las fazen en tan nobles lugares, porende son quitamente (16) de los que las ganaron, e son mas franquedas que las otras ganancias. Ca los dueños dellas pueden facer destos bienes atales, lo que quisieren; e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre, nin hermano (17), nin otro pariente que ayan.

(*b*) et guardar et aliñar Acad.

(9) Añad. l. 1. C. *de bon. matern.* y l. 8. §. 3. C. *de bon. quæ liber.* y Bald. allí.

(10) Es notable, que todo lo que adquiere el Gobernador de un castillo ú otro por la custodia del mismo se llama peculio castrense.

(11) Añad. Bart. á la Extravag. *ad reprimendum*, en la glosa *super parte provinciæ.*

(12) Y llámanse *castra* como si dijésemos *casta*, ó porque se reprime allí la liviandad, segun Papia, ó el hábito de vagamundear, segun Ugu. á quien sigue Luc. de Pen. en la l. 1. C. *de castrens. omn. palatin. pecul.*

(13) Lo mismo debe decirse de las ganancias que se adquieren en la milicia marítima; V. Bald. á la l. 6. princ. C. *de bon. quæ liber.*; y sobre lo que se adquiere por privilegio del Príncipe V. la l. 7. C. d. tit. y Bald. allí.

(14) V. la l. 2. tit. 2. P. 3ª, Bald. á la l. 6. *princ. col. pen.* C. *de bon. quæ liber.*, y la ley próxima siguiente con lo anot. á la l. ult. C. *de inoff. test.*

(15) Los militares que siguen el ejército y corte del Príncipe, si cumplen bien con su obligacion, no estan libres del polvò, sudor, ni trabajo, l. 1. C. *de castr. omn. palat. pecul.* y Juan de Plat. allí.

(16) Añad. l. 6. princ. C. *de bon. quæ liber.* En este peculio, pues, el hijo se reputa padre de familias, y ningun derecho tiene en él el verdadero padre natural; ll. 2 y 3. C. *de castrens. palat. pecul.* y Juan de Plat. allí, l. 2. *D. ad Macedon.*

(17) De esto parece inferirse que en cuanto al peculio castrense y quasicastrense el hijo de familias puede hacer testamento desheredando ó preteriendo á su padre, y que nó por esto estaria sujeto á la rescision por la querella de inoficioso, como se lee en la l. ult. C. *de inoff. test.* en donde dice la glosa qee está esto corregido hoy, y Bart. tambien en la rubr. del D. *siquis à parent. fuer. manum.* alegando el texto que se lee en la Novel. 115. cap. 3. diciendo ser esta la comun opinion, Jas. á dicha l. ult. fundado en el texto de d. §. *sed hæc quidem*, y Alexand. á la aut. *ex causa*, col. 2. C. *de liber. præter.* y lo mismo establece la glosa á la rubr. D. *siquis à parent. fuer. manum.*, y á la l. 30. D. *de inoff. test.*; en las cuales se pretende que en el dia, contra el testamento militar pueda intentarse la querella, é impugnársele por los mismos medios que los demás; y esta es la opinion de Bart. y de otros á dicha aut. *ex causa*: y como fuesen varias las opiniones por derecho comun sobre el particular, segun se ve por los lugares citados, es necesario tener presente esta ley, declarativa, al parecer, de que no ha lugar á la querella, y que puede el hijo de familias disponer libremente de tales bienes: bien que refiriéndose las palabras de la presente ley á la materia del título, podria pretenderse deber entendérselas de manera que pueda el hijo disponer libremente de su peculio castrense, nó en última voluntad y en perjuicio de los derechos de sucesion de su padre y hermanos, sino entre vivos y en cuanto á su uso y utilidad personal, es decir que puede retenerlos y administrarlos por sí, sin que obste á ello, como obstaria respecto de los demas bienes adventicios el usufruto que sobre los mismos hubiera adquirido el padre, y por consiguiente los hermanos en cuanto á las utilidades que de él deben resultarles. En el dia, empero, esta cuestion está decididamente resuelta, por ha-

LEY 7. *Quales cosas que los fijos ganan, son llamadas Pegujar de aluergada.*

Castrense (18) peculium llaman en latin a las ganancias que los omes fazen en algunos de los tres lugares que diximos en la ley ante desta; assi como las soldadas que dan los señores a los vasallos, quier sean Caualleros, o otros qualesquier que los siruan de cauallo, e con armas. Otras ganancias y ha, a que llaman en latin Quasi castrense (19); que quier tanto dezir en romance, como ganancias que son semejantes destas otras, e son assi como lo que dan a los Maestros (20), de qual sciencia quier que sean, de la Camara del Rey, o de otro lugar publico, en razon de soldada, o de salario. E otrosi lo que dan ende a los Juezes, e a los Escriuanos del Rey (21), por razon de su officio; e lo que dan a otros qualesquier (22) desta manera. Esso mesmo dezimos, que es qua-

llarse establecido claramente en la l. 6. de *Toro*, que el padre tiene la legítima en los bienes del hijo, sean estos de la clase que fueren: de lo que se deduce que se le debe la legítima no solo de los bienes adventicios y quasicastrenses, sí que tambien de los castrenses, pudiendo el hijo, como se dice en la antedicha ley, disponer libremente tan solo del tercio. Pudiera no obstante objetarse que, al hablar aquella ley de cualesquiera bienes sean estos de la cualidad que fueren, debe entenderse segun lo que se dispone en la l. 3. C. y Bart. allí, y en la l. 4. C. *de bon. quæ liber.;* [esto es, de los bienes adventicios ó profecticios, sea cual fuere su procedencia ó el título por el cual se los haya adquirido] pero se puede responder que en estas leyes no se muda la cualidad de los bienes, ni la ley de *Toro* tiene la intencion de corregirlas; sin embargo de que constituye una cualidad el ser los bienes castrenses ó paganos. ¿Qué es lo que deberá por el contrario decirse respecto al padre militar que, testando de los bienes castrenses, pretiera ó desherede al hijo? La comun opinion es de que va aquel comprendido en las mismas disposiciones que obligan al hijo respecto al padre, segun lo atestigua Juan de Imol. á la l. 17. D. *de inj. rupt.;* si bien que allí arguye él mismo en contrario, y responde á sus argumentos Alexand. á dicha ant. *ex causa*, col. 4. vers. *juxta prædicta.* —*Siendo, como es, meramente relativa al estado civil de la persona que los posee la calificacion y division de los bienes en *castrenses ó paganos,* es de aqui que no hay términos hábiles siquiera para decir que pertenezcan á una ú otra clase, sino los que pertenecen en propiedad á un *hijo de familias:* y asi el que un padre pueda válida y eficazmente preterir ó desheredar á sus hijos no dependerá de que lo haya hecho respecto de los bienes castrenses, sino de que disfrute del privilegio concedido por las leyes á los militares, segun el cual no anula el testamento la falta de institucion ó desheredacion, ó la omision de las solemnidades internas en general. Los hijos de familias militares respecto de los bienes castrenses no disfrutan respecto de ellos de otro privilegio que el de ser considerados padres de familia, y mal por consiguiente podrán disponer de los mismos en perjuicio de los derechos de legítima de sus padres naturales; cuando estos, con todo y ser verdaderos padres de familia, no pueden desheredar ni preterir á sus hijos, ó si pueden hacerlo no es, como se ha dicho, por consideracion á la clase de bienes de que dispongan, sino por el privilegio personal que siendo militares les competa. Parécenos por lo tanto que la cuestion aqui propuesta por nuestro glosador no tiene ni ha podido tener importancia ó verdadera dificultad despues ni antes de publicarse la l. 6. de *Toro*, hoy 1. tit. 20. lib. 10. N. R.

(18) Añad. la l. 1. C. *de castrens. pec.*, y Juan de Plat. allí: y á todas las del tit. del D. *de castrens. pecul.*, señaladamente á las ll. 11 y 8.; y Bart. allí y Bald. á la l. 6. princ. col. ult. C. *de bon. quæ liber.*

(19) V. lo arriba dicho á la l. próxima anterior y Bald. á la l. ult. C. *de inoff. test.*, y á la l. 6. princip. col. ult. C. *de bon. quæ liber.*, en donde trata de los honerarios de los abogados: y añad. Juan de Plat. á la l. ult. C. *de silentiar.*: V. tambien la ley 2. tit. 2. P. 3.

(20) Añad. la l. ult. C. *de inoff. test.*

(21) Bald. á la l. 6. princ. col. ult. C. *de bon. quæ liber.*, entiende que será asi, cuando los notarios cobren el salario del tesoro ó del fisco: y véase la l. ult. C. *de inoff. test.* con la glosa allí en la palabra *memoralibus:* y l. 2. tit. 2. P. 3.

(22) Infiérese de esto que los oficiales de los Obispos, Condes y Barones, se considera que tienen bienes quasicastrenses, aunque no reciban el salario del Príncipe, segun se decia en d. l. ult. y asi lo opina tambien Juan Fab. al §. 1. vers. *quid ergo dices*, Inst. *per quas pers. nob. acq.* Pero ¿qué deberémos decir de lo que se da á un hijo abogado para comprar libros, ó para ir á desempeñar su oficio? Constituye peculio quasi castrense segun Bart. á la l. 3. D. *de castr. pecul.* Y en cuanto al salario de los procuradores, notarios y árbitros, véase á Bald. á d. l. 6. princ., en donde dice

si castrense todo donadio de heredad, o de otra cosa (23) qualquier, que da el Rey (24), o otro Señor (c) qualquier destos sobredichos. Ca tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las fizieron, assi como de suso diximos.

LEY 8. *Por que razones puede el padre vender, o empeñar su fijo.*

Quexado seyendo el padre de grand fambre (25), e auiendo tan grand pobreza, que non se pudiesse acorrer dotra cosa; estonce puede vender (26), o empeñar sus fijos, porque aya de que comprar que coma. E la razon porque puede esto fazer, es esta: porque pues el padre non ha otro consejo, por que pueda estorcer de muerte el, nin el fijo, guisada cosa es, quel pueda vender, e acorrerse del precio: porque non muera el vno, nin el otro. E aun ay otra razon porque el padre podria esto fazer: ca segund el fuero leal de España, seyendo el padre cercado en algun Castillo que touiesse de Señor, si fuesse tan cuytado de fambre que non ouiesse al que comer, puede comer al fijo, sin mala estança (27), ante que diesse

(c) a cualquier destos sobredichos: Acad.

no formar dichos salarios peculio quasi castrense: V. al mismo allí col. ult. Pero sí lo será, por lo establecido en esta ley el salario de los notarios Reales: V. allí en donde dice, *a los escribanos del Rey:* y en cuanto al de los artesanos aunque lo cobren de los fondos públicos, no será quasi castrense, segun Bald. á la l. ult. C. *de inoff. test.*

(23) Entiéndase de las cosas donadas por el Rey ó por el Estado, como en la l. 7. C. *de bon. quæ liber.*: pues, tratándose de bienes propios, respecto de los cuales el Rey no hubiese hecho mas, que conceder permiso para vincularlos ó amayorazgarlos; no podria decirse que les proviniese del Príncipe á los sucesores al vínculo, sino del mismo padre ó fundador; y por lo mismo el padre de los llamados á poseerlo tendria en ellos el usufruto, lo propio que en las demas cosas adventicias. Véase Andr. de Iser. en el cap. 1. *de his qui feud. dare poss.* versic. *valvasores* hácia el fin: y al mismo en el cap. 1. *qualiter jurare debeat vassall. fidel.* col. 2. y en el *de controvers. feudi apud pares termin.*, §. ult. versic. *sed an has liberas res*, y lo que dice en el simil *de prohib. feud. alien.*, princip. col. 4. y Rodr. Suar. en su cuestion *an in bonis majoratus pater habeat usumfructum*, en donde se estiende latamente sobre el particular.

(24) Añad. d. l. 7. C. *de bon. quæ liber.*, en donde dice Bald. que una muger puede tener peculio quasi castrense por una donacion del Príncipe hecha á su favor.

(25) Por este y nó por otro motivo puedé el padre hacer lo que aqui se espresa, segun Azon *in summa*, C. *de patrib. qui fil. distraxer.* Y en las demas naciones fuera del pueblo romano, ¿podrán los padres vender á sus hijos, aun sin la necesidad del hambre? La glos. al §. 2. vers. *Romanorum*, *de patria potest.*, opina por la afirmativa; pero de la certeza de este parecer duda Alber. en la l. 2. C. *de patrib. qui filios distrax.*, y con razon, pues tales hijos por derecho natural son libres, como se deduce del §. 1. Instit. *de jure nat. gent. et civil.* Puede con todo argüirse que asi como el derecho de gentes introdujo la esclavitud contra lo que prescribe el derecho natural, asi se ha podido introducir en aquellas naciones este derecho de patria potestad, en virtud del cual se podrán vender los hijos, en donde haya la costumbre general, que asi lo legitime, como sucede, segun dicen, en ciertos lugares de la Etiopia. Es preciso con todo confesar que es muy duro este derecho de patria potestad tan ampliamente entendido; y véas. lo que se lee en Esdras 2. cap. 5., no pareciendo conforme al derecho ni á la equidad, el decir que la patria potestad tribuya al padre, aunque apremiado por el hambre, una facultad tan inhumana. — * Sobre lo dispuesto en la presente ley y en la que sigue tan servilmente copiadas del derecho romano y tan agenas al espíritu de nuestra época y aun al de la en que fueron publicadas las Partidas, véas. lo dicho en la adic. á la nota 1. de este tit.

(26) Con todo, ni aun en este caso podrá vender al hijo presbítero, segun Host. en el cap. *indecorum*, *de ætate et qualit.*, y Juan de Ana. en el cap. *si quis propter necessitatem*, *de furt.* Téngase presente por el contrario, que el hijo no podrá vender al padre por causa del hambre, como lo dice la glosa á la l. 14. D. *de legib.* Pero ¿podrá el dueño por igual causa vender al siervo adscripticio? Asi lo afirma la glos. á la l. 7. C. *de agric. et censit.*, y véas. Juan de Plat. allí.

(27) Téngase muy presente esta ley, que antes permite matar al hijo para comerle en caso de hambre, que entregar un castillo: y añad. lo que se lee en el lib. *Regum* 4. cap. 6. vers. 28., de la muger que despues de haber cocido y comídose á su hijo con su vecina con quien habia pactado comerse el de ella al otro dia, pedia al Rey que obligase á esta á cumplir con lo pactado, y en consecuencia, á que matase á su hijo para comérsele tam-

el Castillo sin mandado de su Señor. Onde, si esto puede fazer por el Señor, guisada cosa es, que lo puede fazer por si mismo. E este es otro derecho de poder que ha el padre sobre sus fijos, que son en su poder, el qual non ha la madre. Pero esto se puede fazer en tal razon, que todos entiendan maniflestamente que assi es, quel padre non ha otro consejo, por que pueda estorcer de muerte, si non vendiere, o empeñare al fijo.

LEY 9. *Como se puede redemir el fijo que vendiere su padre, e tornar en su libertad.*

Por cuyta de fambre vendiendo el padre a su fijo, segund dize en la ley ante desta, dando el mismo por si aquel precio por que fue vendido, o otro por el, deue ser tornado en libredumbre (28). Pero si aquel, despues quel compro, le mostro algund menester, o alguna sciencia, por que valiesse mas que a la sazon quel compro, non es tenudo de darle por el precio que el dio tan solamente; antel deue dar, demas del precio, quanto fallaren en verdad comunalmente omes buenos, e sabidores, que vale mas por razon de aquello que despues aprendio, o quanto despendio (29) de lo suyo en fazerle aprender.

LEY 10. *Que el padre puede demandar al Juez, quel torne su fijo a su poderio, si lo non touiere, o el fijo nol quisiere obedecer.*

Otro poder ha el padre avn sobre el fijo. Ca maguer alguno lo tenga en su poder por fuerça, o de su voluntad del fijo, puede (30) el padre demandarlo por juyzio, e tornarlo en su poder. Esso mismo seria, si el fijo anduuiesse por su voluntad vagando por la tierra, non queriendo obedecer a su padre: ca puede el padre demandar al Juez del lugar, do lo fallare, quel torne en su poder: e el Juez de su oficio es tenudo de lo fazer.

LEY 11. *Que el fijo non deue aduzir a su padre a juyzio.*

Aducir (31) non deue a juyzio el fijo al padre, si non fuesse por razon de ganancias, que fuessen fechas en la manera que es llamada Peculium castrense, vel quasi castrense, segund de suso es dicho. Pero si el fijo (32) de alguno demandasse licencia al judgador, que ha poder de judgar todos los pleytos, que pueda aduzir antel a juyzio a su padre, por razon de alguna querella que ouiesse del; si el judgador gelo otorgare (33),

bien; á la cual nó por esto castigó el Rey; sino que rasgando sus vestidos de dolor, siguió adelante su camino, viendo todo el pueblo el cilicio que llevaba ceñido. Nada hay tan duro como el hambre (como dijo S. Gerónimo lib. 3. *super Amos*) que nó pocas veces obliga á los sitiados á alimentarse de carne humana, y á encrudelecerse contra su propia naturaleza, en tanto grado que ni los padres perdonan á sus pequeños hijos, ni el amor conyugal es bastante á impedir que el marido dilacere los miembros de la consorte mas querida. Fuera del caso de que habla esta ley no creo fuese lícito matar á un hijo y comérsele, por mas que apremiase el hambre, toda vez que el precepto del Decálogo dice: *No matarás.* Para conservar la vida propia, no puede matarse á otro, como no sea defendiéndose de ilegítimas agresiones. Y aun cuando se permite al padre hambriento vender al hijo; no se le permite, empero, matarle, l. 11. con lo anotado allí D. *de liber. et posth.*, §. 1. Instit. *de his qui sui vel alieni jur.*, permitiéndosele venderle para que pueda salvarse la vida de entrambos: segun se establece en nuestra ley aqui.

(28) No se entienda que por la venta el hijo se haga siervo, sino que está obligado á servir, y de esta obligacion de servir es de lo que se le redime. Así lo entienden Paulo de Castr. y Bald. á la l. 2. C. *de patrib. qui fil. distrax.*, de la cual se tomó la presente: y así es verdadera la primera opinion de la glos. puesta allí.

(29) Añad. l. 1. C. *de infant. exposit.*, y glos. al cap. 1. dist. 87. Pero ¿cuál de estos dos estremos tendrá lugar? parece que el último: con tal que los gastos no se hayan hecho inútilmente, ya por haber sido el hijo incapaz de aprender, ó por haberse gastado mas de lo necesario; pues entonces quizás tendria lugar el primer estremo; esto es, deberia considerarse la mayor utilidad que podria prestar por razon de lo aprendido, arg. l. 10. §. 1. D. *de negot. gest.*

(30) Y en órden á lo que se observa en la práctica, véas. á Specul. tit. *de convers. infidel.*, con la limitacion de la l. 3. §. 5. D. *de liber. exhib.*

(31) Añad. l. 2. tit. 2. Part. 3. y l. 4. D. *de judic.*

(32) Entiéndase, si es emancipado, como en la l. ult. C. *de in jus vocando*, ó si está bajo potestad en los casos especiales de que habla la l. 2. tit. 2. Part. 3.

(33) Añad. l. 3. tit. 2. Part. 3.

estonce lo puede aduzir a juyzio, e non de otra guisa. E otrosi el fijo non puede aduzir en juyzio a ningun ome sin mandado de su padre (34), mientra que fuere en su poderio. Esso mismo seria, que ningun ome non podria otrosi traer a juyzio al fijo, sin otorgamiento (35) del padre. Ca assi como non valdria lo que fiziesse el fijo en juyzio, demandando el a otro sin consentimiento del padre, bien assi non valdria lo que fiziesse si demandassen a el, si su padre non gelo otorgasse. Pero si el fijo algo ha a dar, o a fazer a otro, bien pueden apremiar al padre, quel faga estar a derecho, o que este el por el.

LEY 12. *Por que razones puede el fijo que es en poder de su padre, demandar o responder en juyzio.*

Filiusfamilias es llamado en latin, el fijo que es en poder del padre. E maguer diximos en la ley ante desta, que este atal non puede estar en juyzio, para demandar, nin para responder, sin otorgamiento de su padre (36); pero y ha algunas cosas, por que lo auria de fazer. E esto seria, como si lo embiasse su padre a Escuelas, por razon de aprender, o a otro lugar do el non morasse, o lo embiasse el padre a otro su Señor, (*d*) a quien siruiesse, o a otra parte qualquier. Ca si acaesciesse, que yendo desta manera le furtassen alguna cosa, o le fiziessen algund tuerto, o le ouiessen algo a dar, poderlo y a demandar. Otrosi dezimos, que seria tenudo de responder, si ouiessen algunos querellas del. E la razon por que puede demandar, segund que es sobredicho, e es tenudo otrosi de responder, es esta: porque si el fijo ouiesse a venir a demandar licencia a su padre, para demandar, o responder, por auentura podria entre tanto perder su derecho, el, o el otro que ouiesse a el a demandar; assi como diximos en la tercera Partida, en el Titulo de los Demandadores (37).

(*d*) a quien sirviese, en su mandado, o a otra parte cualquier. Acad.

(34) Añad. l. 7. tit. 2. Part. 3. y lo anotado allí.

(35) ¿Qué deberá decirse si se acciona contra un hijo de familias por un delito? Véase la l. 34. D. *de noxal.*, y Bart. allí.

(36) Puede tambien el hijo de familias ser procurador de su padre en negocios propios de este, l. 1. §. 1. C. *comm. de succes.*, y Bald. allí: y puede igualmente serlo de otro, y ejecutor de últimas voluntades. Véas. la glos. y Bald. á la l. 8. vers. *necessitate*, C. *de bon. quæ liber.*

(37) L. 7. tit. 2. Part. 3.

TITULO XVIII.

DE LAS RAZONES POR QUE SE TUELLE EL PODERIO QUE HAN LOS PADRES SOBRE LOS FIJOS.

Mudanse todas las cosas deste mundo, en tres maneras, segund dixeron los Sabios antiguos. La primera es, de non ser a ser. La segunda es, de ser a non ser. La tercera mudanse de vn estado a otro, maguer sea. Onde esta postrimera, que se cambia de vn estado a otro, auiene en muchas cosas en los fechos de los omes; e señaladamente, en el poder que han los padres sobre los fijos. E porende, pues que en el Titulo ante deste mostramos deste poder, queremos aqui dezir, por quantas razones se desata, e en quantas maneras; e dezimos, que son quatro. La una es, por muerte natural. La segunda es, por juyzio, que sea dado en razon de desterramiento para siempre; a que llaman en latin mors ciuilis. La tercera es, por Dignidad a que pujasse el fijo. La quarta es, quando el padre sacasse su fijo de su poder, a plazer del; a que dizen en latin emancipatio (1). E de cada vna destas maneras diremos en su logar, segund conuiene.

LEY 1. *Como se desfaze por muerte natural, el poder que ha el padre sobrel fijo.*

Por muerte natural se desfaze el poderío, que ha el padre sobrel fijo: ca luego que muere el padre, finca el fijo por si. Pero esto se deue entender desta manera; si este que murio, era ya salido de poder de su padre. Ca si de su poder non fuesse salido, maguer el muriesse, fincarian los fijos en poder de su abuelo, bien assi como lo eran quando era biuo su padre. Mas si muriesse alguno que ouiesse (*e*) fijos, o nietos, que estouiessen en su poder, luego quel es muerto, finca el su fijo en poder de si mismo, e los nietos del muerto tornanse en poder de su padre.

(*e*) fijo et nietos Acad.

* (1) V. la adic. á la nota 33.

LEY 2. *Como se tuelle el poder que ha el padre, sobre el fijo, por juyzio de desterramiento, a que llaman en latin, muerte ciuil.*

Ciuil muerte (2) es dicha, vna manera que y ha de vna pena, que fue establescida en las leyes, contra aquellos que fazen tal yerro, por que merescen ser judgados, o dañados, para auerla. E esta muerte atal, que es llamada ciuil, se departe en dos maneras (3). La vna dellas es, como si diessen juyzio contra alguno para siempre (4), que labrasse las obras del Rey (5), assi como lauores de sus Castillos, o para cauar arena, o traerla a sus cuestas, o cauar en las minas de sus metales, o a seruir para siempre a los que han de cauar, o de traer, o en otras cosas semejantes (6) destas: e este atal es llamado sieruo de pena (7). La otra manera es, quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas yslas (8), o en algund otro lugar cierto, onde nunca salga, e le toman demas todos los bienes (9): e este atal es llamado en latin deportatus (10). E por qualquier destas maneras sobredichas, que es alguno judgado, o dañado a esta muerte, que es llamada ciuil, desatase por ella el poder que este atal ha sobre sus fijos, e

(2) La que se dice tal porque es próxima á la natural, l. 28. pr. D. *de pœnis*, l. 2. D. *de pub. jud.* Lo establecido, empero, respecto á la muerte natural no tiene lugar en la civil, sino en los casos espresados por el derecho, como lo nota la glos. al cap. *placuit*, 16. cuest. 1., y en el cap. *susceptum*, *de rescript.*, lib. 6.: y véas. lo anotado por Bart. á la l. 121. §. 2. D. *de verb. obl.*, el Abad despues de la glos. al cap. *nisi essent*, *de præbend.*, y en el cap. *cum sis*, *de regul.*, Socin. consil. 92. vol. 1., Alex. consil. 139. vol. 2., Bald. á la l. 1. col. 15. C. *qui admitti*, y á la l. 30. C. *de fideicomm.* Añad. tambien lo que dice Decio consil. 419. que comienza *viso eleganti consilio* etc. — * V. la adic. á la nota 13.

(3) Adviértase sin embargo, que, como dice la glos. al §. 1. Inst. *quibus mod. jus. patr. potest. solv.*, la pena de *metales* ó de deportacion no está hoy en uso: y por esta razon dice Juan de Imol. á d. l. 2. *de publ. judic.*, que en los casos, en que el derecho imponia tales penas á los delincuentes, podrá hoy el juez conmutarlas en otra arbitraria, si por los estatutos no se hubiere establecido otra cosa: como lo hicieron en este reino los Reyes Católicos, mandando, que los que tales penas mereciesen se remitiesen á la Isla que vulgarmente se llama *Española*, segun se ve por su pragmática del año 1497, la cual tampoco está en observancia, sino que por lo regular se envian aquellos á galeras. V. Bald. á la l. 3. C. *si pendent. apell. mors. interv.* col. ult. versic. *et si dicatur quod hodie.* — * Consideramos por demas el adicionar esta nota y las siguientes en todo lo que se lee en ellas relativo á unas penas que no solo han caido de hecho en desuso, sino que estan espresamente abolidas.

(4) Se usa de intento de estas palabras *para siempre*, para indicar, que si se condenase á alguno al trabajo de *metales* ó de otra obra pública temporalmente, no se haria esclavo de la pena, ni tendria lugar lo dispuesto en esta ley, segun la 8. §. 4. y la sig. D. *de pœnis* y l. 17. D. *eod.* y l. 28. §. 6.

(5) No se exige, pues, que la condena sea á los *metales* ó á las obras de los *metales*; porque lo mismo sucederia si fuese condenado á otra cualquier obra pública, con tal que lo fuese para siempre: de manera que el condenado perpetuamente á ser verdugo público, se dice esclavo de la pena, segun Bart. y Ang. á la l. 2. D. *de publ. judic.*, cuya opinion parece que aprueba aqui Juan de Imol.; si bien que allí dice que cuando alguno ha sido condenado á otra obra pública, que no sea á la de metales, pierde solo el derecho de ciudadano; pero no se dice esclavo de la pena, y esto parece probarse en la l. 17. D. *de pœnis.*

(6) Añad. l. 8. §. 10 y sig. D. *de pœnis.*

(7) En el dia, empero, el ingenuo que es condenado á esta clase de penas no se hace esclavo de ellas, segun la aut. *sed novo jure*, C. *de don. int. vir. et ux*, y esta es la razon quizás por la cual ha dicho nuestra ley, *es llamado* siervo de la pena, nó que lo sea.

(8) Decia Bald. á la l. 1. C. *de monopol.*, que se condenaba á estas islas por su insalubridad, á fin de que los deportados á ellas muriesen mas pronto.

(9) Aunque antiguamente la deportacion traia tácitamente consigo la confiscacion de bienes; en el dia se requiere sin embargo que en la sentencia se declare asi espresamente; como se establece aqui y en la aut. *bona damnatorum*, C. *de bon. proscript. seu damnat.*, fuera de los casos esceptuados en la misma: V. Bald. á la l. 1. col. 4. C. *de hæred. instit.*

(10) A este, aunque retenga la libertad y no se haga esclavo de la pena, se le llama muerto civilmente, como aqui y en la ley 1. §. ult. D. *de bon. poss. cont. tab.* V. con todo un caso especial en que el deportado se hace esclavo de la pena en la l. 2. C. *ut nem. privat. tit.*, y lo anotado allí por Bald.

salen porende de su poder. E como quier que el que es deportado non sea muerto naturalmente, tienen las leyes que lo es, quanto a la honrra, e a la nobleza (11), e a los fechos (12) deste mundo. E porende non puede fazer testamento (13), e avn, si lo ouiesse ante fecho, non valdria.

LEY 3. *Por qual manera de desterramiento non salen los fijos de poder del padre.*

Relegatus (14) en latin, tanto quier dezir en romance, como ome condenado, o otorgado a pena, por algund mal que fizo; a que mandan que vaya a morar a algund logar para siempre, o para tiempo cierto, mas non le tuellen los bienes que ha. E este atal que es assi llamado, maguer sea como desterra-

(11) Es pues la deportacion la privacion de todo aquello que es de derecho civil. Bald. á la l. ult. col. 2. C. *de sentent. pas.*, pues se priva al deportado de todo lo que le es favorable, segun Bald. á la l. 3. col. ult. C. *si pend. apell. mors interv.*, bien que conserva lo que es de derecho de gentes, l. 22. §. 5. D. *mandati.* Bald. á la l. 2. C. *de bon. proscrip.*, y añad. á esta ley la 7. D. *de his qui sui vel alien. juris sunt*, y Bald. allí. — * V. la adic. á la nota 13.

(12) Entiéndese de los que son de derecho civil, como acabo de decir: de modo que no puede poseer civilmente, ni por consiguiente prescribir en ningun tiempo; y lo que es mas que la prescripcion comenzada se interrumpirá por la deportacion: V. á Bald. *de pace Constant.*, vers. *quam semper.* Y sobre si el juez podrá reservar al deportado sus bienes espresándolo asi en la sentencia: V. Bald. á la l. 3. C. *si pend. appell. mors interv.* — * V. la adic. á la nota sig.

(13) Añad. l. 8. §. 2. D. *qui test. fac. pos.* Puédeseles con todo suceder *ab intestato* como no se les confisquen los bienes, Glos. á la l. 97. D. *de reg. jur.*, la que dice ser admirable Bald. á la l. 14. col. 5. C. *de fideicom.*: añad. Paul. de Castr. á la l. 121. §. 2. D. *de verb. oblig.*: y hasta deja el deportado de poder ser instituido heredero al efecto de adquirir para sí, Glos. y Bart. á la l. 3. §. 10. D. *de bon. pos. cont. tab.*, y V. lo anotado á la l. 7. D. *de legat.* 3. — * La interdiccion ó muerte civil que por derecho romano, copiado en esta parte servilmente por el de Partidas y en especial en las ll. del presente tit., se consideraba como inherente á la pena de deportacion y á la llamada *servitus pœnæ*, tal vez no habia sido jamas admitida por nuestra jurisprudencia práctica, sino de un modo muy parcial y bajo la forma de confiscacion ó privacion del derecho de propiedad, toda vez que aun antes de abolirse dicha pena de la confiscacion, se habia concedido por la l. de *Toro* hasta á los condenados á muerte la facultad de testar y disponer libremente de todos los bienes que no le hubiesen sido especialmente confiscados: y era por consiguiente difícil determinar en qué casos se incurria y cuándo se entendia impuesta la referida pena de interdiccion, y cuáles eran entonces sus efectos. Pero este punto dudoso de nuestra jurisprudencia ha quedado bellamente determinado por el Código penal de 1848; en el que, no solo se ha consignado la distincion filosófica entre la interdiccion *civil* y la *política*, designando á esta última con el nombre especial de *inhabilitacion*, y declarándola limitada á la privacion de los honores y derechos políticos, arts. 26., 30. y 31. de dicho Código, sino que tambien se han fijado la verdadera estension y efectos de la *interdiccion*, declarando que priva al penado en general mientras la está sufriendo del derecho de *patria potestad*, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos: de suerte que de todos los demas, fuera de los espresados, no quedará privado el reo incurso en la pena de interdiccion, escepto en aquellos casos en que la ley *limita* determinadamente sus efectos (art. 41. de d. Cód.) como son (y no pueden señalarse otros) los que estan prevenidos en el art. 364. en los cuales la interdiccion está verdaderamente limitada á la privacion de otros derechos civiles (no políticos como algunos han querido considerarlos) á saber, el de ejercer la tutela y el de asistir al consejo de familia, entendiéndose este último para cuando esté admitido y sancionado por nuestra legislacion civil que ahora lo desconoce, por no haberse jamas consignado en ella esa institucion del consejo de familia creada por la legislacion francesa. De todos modos resulta por el nuevo Código penal en alguna manera modificado el derecho de Partidas en un punto muy importante como es el relativo á los casos y motivos por los que el padre queda por via de interdiccion civil privado de la patria potestad; razon por la cual nos hemos creido en el caso de hacer aqui las precedentes indicaciones que de otra manera podrian parecer inoportunas y fuera de su lugar.

(14) Sobre esta triple relegacion, y para la inteligencia de esta ley, V. á Bald. á la l. 1. col. 3. hácia el fin C. de *hæred. inst.*

do, con todo esso non pierde el poder que ha sobre sus fijos, nin sobre los otros sus bienes; nin pierde su nobleza, nin su libertad; nin se le embarga por esta razon, que non pueda fazer testamento; nin deue auer otra pena por razon de tal desterramiento. Fueras ende, si aquel que da la sentencia contra el, le manda perder alguna cosa señaladamente. E otrosi, que non deue salir de aquel logar (15) dol embiaren, sin mandado de aquel que lo judgo: e todas estas cosas sobredichas otorgaron los derechos a este atal, porque como quier que es judgado a esta pena, non es muerto ciuilmente, como diximos de los otros.

LEY 4. *Como los padres que son encartados, pierden el poder que han sobre sus fijos.*

Banniti (16) son llamados en latin, omes que son pregonados, e encartados, por algund yerro que ayan fecho. E esto es, como quando emplazan algunos, que vengan fazer derecho, a aquellos que se querellan dellos, por razon de algund mal fecho, o yerro de que los acusan; e non quieren venir a los plazos que les ponen, o non quieren fazer emienda del mal que fizieron. E por esta razon los Juezes mandanlos apregonar, que non entren (17) en la Cibdad, o en la Villa do eran moradores, o en la tierra onde son. E avn a las vegadas ponenles mayor pena: ca mandanles tomar todo quanto han, o alguna partida dello, segund qual es el yerro que fizieron. Estos atales, que son llamados Banidos, e segund lenguage de España son dichos Encartados, a las vegadas son contados entre los deportados, e a las vegadas entre los relegados: ca si son echades para siempre, e les toman lo que han, son contados entre los deportados; e si son echados a tiempo, e non para siempre, e non les toman lo que han, son contados entre los relegados.

LEY 5. *Quales Judgadores pueden dar juyzio de deportacion.*

Non pertenesce, nin es dado a todo Juez, de poner la pena de desterramiento, que es llamada deportacion; antes son personas ciertas, a quien conuiene de dar tal sentencia como esta, e son estas: assi como Emperador, o Rey, o sus Vicarios, que tienen sus logares specialmente; o los que son llamados Prefecto pretorio, o Prefecto Urbis, o el Senador de Roma. E si otro alguno la diere, non vale, nin deue ser complida; fueras ende, si la otorgare el Principe, e le señalare logar do sea echado, o algunos de los sobredichos que han esse mesmo poder. Mas la otra sentencia, que es llamada relegatio, puedela dar todo Juez, que ha poder de judgar (18) los malfechores a muerte, o a perdimiento de miembro. E por quales malos fechos deuen dar estas dos sentencias, que son llamadas deportatio, e relegatio, dicho es complidamente en la setena Partida deste libro, en las leyes que fablan de los maleficios.

LEY 6. *Por qual yerro que faze el padre pierde el poder que ha sobre sus fijos.*

Vna manera de pecado (19), que es llama-

(15) En cuanto á si el cadáver del relegado podrá ser conducido á la ciudad para darle sepultura, V. á Bart. á la l. 2. D. *de cadaver. punit.* Y adviértase que el relegado se dice tener su domicilio en cuanto á los cargos y honores en el lugar en que radican sus bienes: V. Juan de Plat. á la l. 7. C. *de incol.*, ó en el que radicasen los que tal vez hubiese dimitido. V. al mismo á la l. 1. C. *de infam.*

(16) Añad. Ang. en su tratado *maleficior.* en la palabra *qui judex videns quod inquisiti*, col. 2., y V. á Bald. á la l. 1. C. *de hæred. inst.*, y lo que dice Juan Andr. en la adicion á Specul. tit. *de compet. jud. additione*, §. 1. col. 3. en la adicion que comienza, *et si;* debiéndose advertir que aquella ley aprueba la opinion de la glos. al §. 2. Inst. *quibus mod. jus pat. pot.*, y al cap. *domino guerram*, tit. *hic finit lex*, donde dice que los proscritos perpetuamente, con condicion de haberse de subastar sus bienes, se equiparan á los deportados, cuya opinion sostiene Specul. tit. *de instrum. edit.*, §. *compendiose*, vers. *quid de bannito*, y allí Juan Andr. en sus adiciones y muchos otros citados por Alexandr., á quien puede verse consil. 116. vol. 2. col. 2. como tambien á Salic. despues de Bart. que habla de un modo notable á la l. 1. C. *de hær. inst.*, aunque la opinion contraria por derecho comun era la mas general, segun Ang. al §. 1. Inst. *quib. mod. jus patr. pot. solv.*

(17) Sobre esto se observa en el dia por costumbre y por derecho la ley de Alcalá inserta en las pragmáticas y la l. 76. de *Toro.*— * Ll. 1. y 4. tit. 37. lib. 12. Nov. Rec.

(18) Añad. l. 10. C. *de sentent.*

(19) Trae su orígen de la autent. *incestas*, C. *de incest. nupt.*, y lo propio está dispuesto

do en látin incestus (que quier tanto dezir, como quando algund ome que ha fijos de su muger legitima, e se le muriere, e despues que es muerta, casa con alguna su parienta fasta el quarto grado a sabiendas, con quien non podria casar de derecho, o con muger Religiosa) faze al padre que assi casa, perder el poder que ha sobre sus fijos, e salen porende los fijos de poder de su padre.

LEY 7. *Por quales Dignidades sale el fijo de poder de su padre.*

Señaladamente son establescidas doze maneras de Dignidades, que por cada vna dellas sale el fijo de poder de su padre. La primera dellas es, quando el Emperador, o Rey elige a alguno por su Consejero (20). Ca luego que tal elecion es fecha, e el Emperador, o el Rey lo faze saber (21) a aquel que eligen; o diziendogelo el mismo por palabra, o embiandogelo dezir por algund ome, o por su carta; sale por ende de poder de su padre. E a tal Consejero como este llaman en latin Patricio, que es assi como padre del Principe. E este nome tomaron a semejança del padre natural. Ca assi como el padre se mueue segund natura, a consejar a su fijo lealmente, catandol su pro, e su honrra, mas que otra cosa; assi aquel por cuyo consejo se guia el Principe, lo deue amar, e consejar lealmente, e guardar la pro, e la honrra del Señor, sobre todas las cosas del mundo; nin catando amor, nin desamor, nin pro, nin daño, que se le puede ende seguir. E esto deuen fazer sin lisonja ninguna, non catando si le pesara (22), o si le plazera; bien assi como el padre non lo cata, quando conseja a su fijo. Otra honrra (23) muy grande ha avn el Consejero del Príncipe, sin la que de suso diximos; quel llaman assi como padre: ca en la corona del Emperador escriuen el nome del tal Consejero, porque sepan los omes, por cuyo consejo se guia.

LEY 8. *Como sale de poder de su padre el que es esleydo Proconsul, o por Prefecto pretorio.*

Proconsul es la segunda manera de Dignidad, que saca al fijo de poder de su padre; que quier tanto dezir, como Juez general de la Corte del Emperador, o del Rey, que es escogido, e embiado, para mantener en fuero, e en derecho alguna Prouincia. La tercera manera es, quando eligen alguno para Prefecto pretorio; que quier tanto dezir como Adelantado mayor de la Corte, que es puesto como en logar del Rey, e que es mayor que todos los otros Officiales, para judgar, e librar en ella todos los pleytos del Reyno, e las alçadas de los Jueces de la Corte, que vinieron antel.

respecto al crímen de heregía, pues el padre herege pierde tambien la patria potestad, segun el cap. 2. hácia el fin *de hæret.*, lib. 6.

(20) V. la l. 5. tit. 9. P. 2., y téngase presente que, aunque por las dignidades que menciona aqui esta ley y las sigs. el hijo sale de la patria potestad, debe entenderse en cuanto esta le reporta perjuicio, nó en cuanto le reporte utilidad. Glos. á dd. ll. 4. D. *de his qui sui vel alien. jur.*, y 41. D. *de adopt.* Bald. y Salic. á la l. 1. §. ult. D. *ad Macedon.* —* A lo declarado en la presente ley y á las que la subsiguen es aplicable lo que se ha dicho en la nota 13., ó sea lo del escesivo servilismo con que los compiladores de las Partidas copiaron al derecho romano hasta el punto de referirse á oficios y dignidades del tiempo de la república y del imperio, que nunca habian sido conocidas en España, ni podian serlo por las razones que es escusado el indicar.

(21) Añad. l. ult. C. *de Consul.*, y l. 1. C. *de Præf. prætor.*, y Juan de Plat. allí.

(22) Y debe el Rey estimar, y no aborrecer á tal Consejero, á tenor de lo que cuenta la sagrada Escritura de Achab rey de Israel. Reg. 3. cap. 22.; pues los malos consejeros, mejor se llaman impostores cap. *quanto*, 18. *de jurejur.*, en donde Host. dice, que son muchos en el dia los que solo quieren serlo para atesorar: y la Nov. 17. cap. 5. §. 2. previene que hayan de nombrarse consejeros de entre los de mejor conducta y pureza de intenciones, y que sepan contentarse con el sueldo del Estado; y que si faltan, se les deponga y se les sustituyan otros mas idóneos.

(23) Añad. tambien que el ser Consejero del Rey escusa de la tutela, aun despues que se la haya admitido: l. ult. C. *de silentiar.*, y Juan de Plat. allí: da el derecho de pedir bagage, l. 6. C. *de cursu pub.*, y Juan de Plat. allí: y á los Consejeros se les llama *Padres Conscriptos*, y se presume que en sus acuerdos se proponen siempre el bien de la patria, l. 8. C. *de legib.*, l. un. princ. C. *de caduc. toll.* teniendo el Consejo en cierto modo subordinados los jueces del reino á su autoridad, Bart. á la l. 1. §. 1. hácia el fin D. *de appellat.* Y dice Plutarch. que el Senado en una república es como el corazon en el cuerpo: y el mismo Emperador no se desdeña de contarse entre los Senadores, l. 8. C. *de dignitat.*, y Lucas de Pen. allí.

E este atal es puesto en tan honrrada Dignidad, ca assi como non pueden apelar de la sentencia que da el Emperador, o el Rey, bien assi non pueden alçarse de la que diesse este atal; mas puedenle pedir merced (24), que vea, o emiende su sentencia, si quisiere.

LEY 9. *Que quiere dezir Præfectus Urbis, e Præfectus Orientis: e como sale de poder de su padre, el que es escogido por alguno destos Oficios.*

Præfectus Urbis quier tanto dezir en romance, como el mayor Juez de la Cibdad de Roma, o de otra Cibdad qualquier, que es cabeza del Reyno. E es la quarta Dignidad, por que sale el fijo de poder de su padre. E este atal puede conoscer de todos los pleytos de la Cibdad, e de su termino; tambien judgando, como faziendo justicia de muerte, o de perdimiento de miembro, en aquellos que fizieren cosa por que merezcan tal pena. La quinta Dignidad por que sale ome de poder de su padre, es quando eligen alguno por Prefecto de Oriente; que quier tanto dezir, como Adelantado mayor de toda la tierra de Oriente.

LEY 10. *Que quiere dezir Questor: e como sale de poder de su padre tal Oficial.*

Questor es (25) llamada la sesta Dignidad, por que sale ome de poder de su padre; que quier tanto dezir, como ome que ha de recabdar todos los pechos, e las rentas del Rey; non como arrendador, mas como Oficial de la Corte del Rey, en que mucho se fia. E avn y ha otra Dignidad, a que llaman otrosi Questor; que quier tanto dezir, como aquel que ha de leer delante del Emperador, o del Rey, las cartas de poridad que le embian, e las quel embia. E otrosi, el que ha de leer ante ellos, las leyes que fazen nueuamente, ante que sean publicadas.

LEY 11. *Que quiere dezir Maestro de Caualleria: e como sale de poder de su padre, por razon deste Oficio.*

La setena Dignidad por que sale ome de poder de su padre, es quando eligen alguno por Maestro (26) de Caualleria; que quier tanto dezir, como ome que es puesto por Cabdillo, o por Maestro de los Caualleros del Emperador, o del Rey, a que llaman en romance Alferez. E este atal deue traer la seña del Rey, quando entrare en la batalla: e el ha poder de judgar los Caualleros, en todas las cosas que acaescieren entre ellos en razon de Caualleria; assi como si vendiessen, o empeñassen, o malmetiessen los cauallos, o armas. Otrosi ha poder de judgar los pleytos, que ouiere entre ellos, en razon de debdas. Otrosi puede costreñir, e echar de la Caualleria, a los que fizieren por que; si le fueren desobedientes en los ordenamientos, e en las cosas que les mandare fazer, en razon de Caualleria. E como quier que pueda fazer todas estas cosas sobredichas, con todo esso non puede judgar a ninguno a pena de muerte, nin a perdimiento de miembro, por cosa que faga, nin que diga.

LEY 12. *Que quiere dezir Patronus Fisci, et Princeps agentium in rebus: e como sale de poder de su padre, el que es esleydo para tal Oficio.*

Patronus Fisci tanto quier dezir en romance, como ome que es puesto para razonar, e defender en juyzio todas las cosas, e los derechos, que pertenescen a la Camara del Rey. E esta es la ochaua Dignidad, por que sale el fijo de poder de su padre. La nouena Dignidad por que sale el fijo de poder de su padre, es llamada en latin Princeps agentium in rebus; que quier tanto dezir en romance, como Mayordomo (27), o Proueedor de la Corte del Emperador, o del Rey, o de su compaña. E a este atal deuen dar cuenta todos los Oficiales, que las rentas del Rey resciben, o despienden.

LEY 13. *Que quiere dezir Magister sacri scrinii libellorum: e como sale de poder de su padre tal Oficial como este.*

Magister sacri scrinii libellorum es la dezena Dignidad, por que sale el fijo de poder de su padre; que quier tanto dezir en Romance, como Chanceller (28). E este ha de tener en guarda los sellos del Emperador, o del Rey, e las arcas de los escritos de la Chancelleria.

(24) Añad. ll. 4. y ult. tit. 24. P. 3. y l. 1. §. 1. vers. *credidit*, D. *de offic. præf. prætor.*, l. 5. y autent. *quæ supplicatio* D. *prec. imper. offer.*

(25) V. la l. 25. tit. 9. P. 2.
(26) V. la l. 16. tit. 9. P. 2.
(27) Añad. l. 17. tit. 9. P. 2.
(28) Añad. l. 4. tit. 9. P. 2.

E deue ver, e esaminar, todas las cartas que vinieren a la Chancelleria, ante que las sellen; e las que entendiere que son derechureras, deuelas mandar sellar, e las otras chancellarlas. E por ende llaman a este atal, Chanceller; porque el ha de chancellar, e de emendar, las cartas que vinieren a la Chancelleria, segund que es dicho. E a este deuen obedescer los Notarios, e los Escriuanos de la Corte. Pero el Chanceller non puede dar por si priuilegio, nin carta de gracia (29), nin notarla, nin mandarla fazer, (a) sin mandado del Rey: assi como diximos en la tercera Partida, en el Titulo de las Escrituras, en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 14. *Que quiere dezir Magister sacri scrinii memoriæ Principis: e como sale ome de poder de su padre, por razon de tal Oficio.*

La onzena Dignidad por que sale el fijo de poder del padre, es llamada en latin Magister scrinii memoriæ Principis; que quier tanto dezir, como Notario del Emperador (30), o del Rey, que faze notar, e registrar los priuillegios, e las cartas que salen de la Corte; otrosi las que embian de otra parte, que manda el Rey registrar, por auer remembrança dellas, si menester fuere. E otrosi este atal deue fazer notar todos los pleytos grandes, que se libraren ante el Rey, o antel Prefecto Pretorio. La dozena Dignidad es, quando esleen alguno para Obispo (31). E estas doze Dignidades (32) sobredichas, por las quatro dellas salen los fijos de poder de sus padres, tan solamente por la eslecion, rescibiendo las letras della, e consintiendo; maguer non vse del Oficio que pertenesce a aquella Dignidad, por que le esleyeron. E son estas; como si le esleyessen para Patricio, o para Consul, o para Prefecto Pretorio, o Obispo. Mas en las otras Dignidades non seria assi, si non vsasse primeramente del Oficio que pertenesce a la Dignidad, por quel esleyeron. E de cada vno destos Oficiales (que son llamados dotra guisa segund costumbre de España) fablamos complidamente en la segunda Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 15. *Como sale el fijo de poder de su padre por emancipacion.*

Emancipatio es otra manera, sin las que diximos de suso, por que salen los fijos de poder de sus padres. E fazese desta guisa. Ca deue venir el padre, con aquel fijo que quiere sacar de su poder, antel Juez que es dado para todos los pleytos, a que llaman en latin Ordinarius (33). E seyendo ambos delante del Juez, el padre (34), e el fijo (35),

(a) sin mandado especial del rey Acad.

(29) V. la l. 26. tit. 18. P. 3.

(30) V. d. l. 7. tit. 9. P. 2.

(31) Conc. autent. *sed episcopalis*, C. *de Episc. et cleric.*, y el cap. *per venerabilem*, 13. *qui filii sint legit.*, con todo por derecho canónico queda libre de la patria potestad el hijo ordenado *in sacris*, glos. al cap. *indecorum*, *de ætate et qualitate*. Bart. á la l. 8. D. *de his qui sui vel alien. jur.* Glos. al cap. 1. *in parte magistris*, 23. cuest. 5.: Ang. á d. Nov. 81. lo que debe entenderse respecto á lo espiritual, segun el cap. 3. *de judic.*, lib. 6., pues en cuanto á lo temporal aunque sea presbítero queda sujeto á la patria potestad, segun Inoc. y DD. á d. cap. *indecorum*, cuya opinion es tambien la del Abad en la rubr. *de pecul. cleric.*, y se prueba por d. cap. *per venerabilem*, sobre lo cual V. lo anotado por los DD. á d. cap. *indecor.* Y sobre si sale de ella el que entra en religion V. la glos. á la l. 9. §. 4. D. *de minor.*, pudiendo verse los demas modos por los cuales sale uno de la patria potestad, en la l. 12. C. *de Episc. audient.* Alberic. allí, y V. tambien la l. penult. de este mismo título.

(32) Nótese que por estas 12 dignidades sale el hijo de la patria potestad, en todo lo que le pueda ser esta perjudicial; pero nó en cuanto le reporta utilidad, segun Bald. á quien puede verse á la l. 8. hácia el fin C. *de suis et legit. hæred.*, y á esta ley debe añadirse la Nov. 81. *collat.* 6. y la glos. al §. 4. Instit. *quibus mod. jus patr. pot. solv.*, sobre la palabra *illico*.

(33) Dispónese aqui que la emancipacion, para ser bien hecha, debe hacerse ante el juez ordinario: añad. l. 5. D. *de probat.*, y glos. allí. Bald. á la l. 7. princ. C. *de re judic.*: y téngase esto presente; pues la glos. á la l. ult. C. *de emancip. liber.*, sobre la palabra *competens*, decia poderse verificar ante el estraordinario.

(34) La emancipacion, pues, no puede hacerla el padre por medio de procurador, segun se declara aqui y V. á Bald. á la l. 24. D. *de adopt.*, y l. penult. C. *de emancip. liber.*

(35) Pues al hijo ausente no puede emancipársele sino mediante rescripto del Príncipe, l. pen. C. *de emancip. liber.* y v. la l. próxima siguiente.

deue dezir el padre (36), como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo (37). E por esta razon, que el saca de su poder, puede el padre retener para sí (38), de los bienes auenticios del fijo, la meytad del vsofruto (39). E esta meytad siempre se entiende que la puede auer por gualardon, por que lo saco de su poder; fueras ende, si señaladamente gela quitasse.

LEY 16. *En que manera pueden los padres emancipar sus fijos, quando non estouiessen delante, o fuessen menores de siete años.*

Emancipar queriendo el padre algund su fijo, que non estouiesse delante, o que fuesse menor de siete años, non lo puede fazer, a menos de pedir merced al Rey, que gelo otorgue. E si el Rey gelo otorgare, deuelo embiar a dezir por su carta, al Juez ordinario de aquel logar onde es el padre, como le otorgo poder de emancipar tal fijo, como sobredicho es; nombrandol en la carta señaladamente, e diziendo en ella, si es menor de siete años, o si es a otra parte, que non sea presente. E despues deue el padre venir ante aquel Juez, e mostralle aquella carta, en quel otorgo el Rey tal poder, como sobredicho es. E deue dezir, como quiere vsar della: e estonce puedegelo emancipar, e valdra la emancipacion (40). Pero si este, a quien emancipasse non estando delante, fuesse mayor de siete años, ha menester que quando viniere, que lo otorgue antel Juez.

LEY 17. *Que la emancipacion deue ser fecha con voluntad, tambien de los padres, como de los fijos.*

Constreñido non deue ser el padre (41) pa-

(36) Y asi es el padre quien debe hablar primero, al preguntársele si quiere emancipar al hijo, como lo observa Bald. á la l. 2. D. *de emancip.*, en donde dice tambien no afectar á la esencia de la emancipacion el que sea el juez ú otra persona quien le haga á aquel dicha pregunta.

(37) Añad. l. 4. C. *de emancip. liber.*, y lo anotado á la l. 93. tit. 18. P. 3. y téngase presente que la emancipacion de un clérigo, puede verificarse tambien ante un juez secular. V. á Dec. consil. 150. donde alega una decision de la Rota.

(38) Y se le retiene por el ministerio de la ley aunque nada se haya dicho en el acto de la emancipacion, segun la l. 6. §. penult. C. *de bon. quæ liber.*, y la presente de Part. hácia el fin. Cuando empero no ha sido el padre sino la ley quien le ha emancipado, como acaece en los casos espresados en las anteriores leyes de este tit. y en el de casarse el hijo segun la l. 47. de *Toro*; [l. 3. tit. 5. lib. 10. N. R.] entonces no tiene aquel la mitad del usufruto, como lo previene la l. 48. de *Toro* [d. l. 3. N. R.] y hace al caso la Nov. 81., con su glos. sobre la palabra *donans* y lo anotado por Juan de Plat. á la l. ult. C. *de spect.*— * Acerca lo dispuesto en dd. ll. de *Toro* y los puntos en que ha resultado modificado por ellas el derecho comun y de Part. V. la adic. á la nota 41.

(39) ¿Qué deberá decirse, empero, si espresase quererse retener el usufruto de todos los bienes, hasta de los que el hijo adquiriese en adelante? No seria válida semejante reserva, segun Alber. á la l. penult. C. *de emancip. liber.*, quien dice haber visto esta cuest. en la práctica; y no valdria por obstarle la l. 36. D. *de man. testam.* y por otras razones, que pueden verse allí. A lo que puede añadirse que el padre no pudo imponer al hijo tal gravámen, así como tampoco le puede obligar á prestar servicios, ni á otras cargas por causa de la emancipacion, l. penult. D. *siquis à parent. fuer. manum.*, y l. penult. D. *de obseq. patron. prest.*

(40) ¿Podrá, empero, un infante emancipado por rescripto del Príncipe, pedir que se le vuelva otra vez á la patria potestad, si despues que es mayor de edad, ve que la emancipacion le es perjudicial? parece que nó, segun la l. 12. D. *de adopt.*: lo contrario, sin embargo, parece que disponen las ll. 32. y siguiente D. d. tit., segun Alber. á la l. penult. C. *de emancip. liber.* Y sobre si puede alguno emancipar el feto por rescripto del Príncipe, V. Bald. á la l. 31. D. *de adopt.*, en donde sienta que nó; á tenor de la l. ult. D. *de collat. bon.*

(41) Añad. l. 4. C. *de emancip. liber.*, y §. ult. Instit. *quib. mod. jus patr. pot. solv.*, y la glos. allí. — * La presente ley de Partida y la que sigue en cuanto establecen el principio de que no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo constituido bajo su potestad, sino en los casos prevenidos en ellas, han quedado modificadas por las ll. 47. y 48. de *Toro*, que forman la 3. tit. 5. lib. 10. de la Novis. Rec. en la que se declara que *el hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre y haya para si el usufruto de todos sus bienes adventicios*: por manera que conservándose la misma distincion del derecho comun y de Partidas entre la emancipacion voluntaria y la legal, deberémos decir que esta última es de dos especies, puramente legal, ó la que tiene lugar por obtener el hijo alguna dignidad ó por el

ra emancipar su fijo, bien assi como non deuen apremiar el fijo (42) para emanciparlo; ante deue ser fecha la emancipacion con voluntad, tambien del vno, como del otro, sin juyzio (43), e sin ninguna premia que pueda ser. Pero esto se ha de fazer concejeramente; que quier tanto dezir en este logar, como antel Juez, ante quien se deuen acordar las voluntades de ambas las partes, tambien del padre, como del fijo. E ha menester que el padre mande fazer carta (44), como saca el fijo de su poder; porque se pueda prouar la emancipacion, e non venga en dubda.

LEY 18. *Por que razones pueden los padres ser costreñidos, que saquen de su poder a sus fijos.*

Fallamos quatro razones (45), por que pueden costreñir al padre, que saque de su poder a su fijo; como quier que diximos en las leyes ante desta, que lo non podrian apremiar que lo fiziesse. La primera es, quando el padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel deue auer segund natura. Ca el castigamiento deue ser con mesura, e con piedad (46). La segunda es, si

hecho *de ser casado y velado*, y la *penal* ó la que se verifica tambien por el ministerio de la ley, cuando el padre comete en la persona del hijo alguno de los escesos que la ley ha penado obligándole á emancipar. Y de ser el matrimonio y velacion del hijo causa legal de emancipacion, resulta derogado el otro principio de derecho comun consignado tambien en la l. 1. de este tit. y Partª, por el cual el nieto quedaba constituido al nacer bajo la potestad de su abuelo, por no poder estarlo bajo la del padre, salvo que fuese este emancipado; ó á lo menos deberémos decir que esto no podrá tener lugar sino cuando el padre casado no haya sido *velado*, y esto aun prescindiendo de la opinion hoy generalizada y para nosotros la mas probable, de que ni son siquiera necesarias las *velaciones*, para que el hijo quede emancipado por el mero hecho de contraer matrimonio; con tal empero, que lo haya contraido con el consentimiento de su padre siendo de tal edad que lo debiese pedir para contraerlo: pues aun cuando espresamente no lo establezca la l. de *Toro*, no podemos persuadirnos de que siendo la emancipacion un beneficio para el hijo hubiese querido dispensarlo á quien hubiese faltado á tan sagrado deber que le imponen de consumo las ll. naturales y civiles.

(42) Sobre esto V. Angel. á d. §. ult. col. pen. y ult. y el notable dicho de Angel. de Peru. á la l. 107. D. *de verb. obl.*

(43) No se requiere, pues, que la emancipacion se haga *apud acta*, y con conocimiento de causa; basta que el emancipante y emancipado esten ambos á la presencia judicial, como lo sienta Salic. á la l. 11. C. *de fide instrum.;* se requiere, con todo, que el juez interponga su autoridad, como dice Salic. allí, y lo prueba la l. 1. C. *de fid. instr.*, y l. 93. tit. 18. P. 3. donde dije yo tambien lo mismo, y lo confirman Alb. á la l. 25. D. *de adop.*, la glos. y allí Salic. á la l. 3. C. *de emancip. liber.*

(44) Y asi se requiere escritura en la emancipacion, ll. 2. C. *de emancip. liber.*, y 11. C. *de fid. instr.* Y sobre si la escritura de emancipacion será una prueba de presuncion á favor de la legitimidad del hijo, V. Bald. á la l. 31. D. *de adop.*, en donde está por la afirmativa.—*En el dia por haberse declarado en la l. de 14 de abril de 1838 que la emancipacion es otra de las llamadas *gracias al sacar*, será necesaria para su otorgacion la intervencion y licencia del Rey, y deberán observarse para obtenerla los trámites y formalidades prescritas en la Real órden de dd. mes y año.

(45) Estos cuatro casos los trae la glos. al §. ult. Instit. *quibus mod. jus patr. pot. solv.;* pero no se crea que en ellos se obligue tambien al hijo á consentir la emancipacion. Glos. á la l. 2. C. *de emancip. liber.*, Bart. á la l. 132. D. *de verb. obl.*, Ang. de Aret. á d. §. penult. col. pen. y ult.: añad. tambien la glos. y Bart. á la l. 16. §. 11. D. *ad Trebell.*, glos. á la l. 31. D. *de adop.*, glos. y Bart. á la Nov. 74. cap. 4. vers. *non est*, y aunque el padre eche á perder el patrimonio del hijo, no por esto se le obligará á emanciparle. V. Bald. á la l. 31. D. *de adop.:* y sobre si en estos casos estará obligado el padre á señalar al hijo la porcion de bienes que le corresponda, V. á Alber. á la l. 12. C. *de Episc. audient.*, donde está por la negativa, y Bald. á d. l. 31., donde dice que le debe prestar alimentos por mensualidades; pero nó darle en seguridad de ellos la posesion de ninguna parte de sus bienes.—*En el dia ademas de los cuatro casos de esta ley en que se obliga al padre á emancipar al hijo, deberémos decir que incurre aquel en la privacion ó pérdida de la patria potestad, siempre que se le imponga alguna de las penas que importan como accesoria la interdiccion civil, segun el art. 41. del Código penal de 1848 y V. lo dicho en la adic. á la nota 13. de este tit.

(46) Añad. l. 1. C. *de emend. propinq.*, cap. *presbyterum*, 7. con la glós. *de homic.*, §. ult. Inst. *de his qui sui vel alien.*, y lo anotado por la glos. y DD. allí; pues no es lícito

el padre fiziesse tan grand maldad, que diesse carreras a sus fijas (47) de ser malas mugeres de sus cuerpos, apremiandolas que fiziessen atan gran pecado. La tercera es, si vn ome mandasse a otro en su testamento alguna cosa, so tal condicion, que emancipasse porende a sus fijos. Ca si recibiesse lo quel fuesse mandado desta guisa, tenudo es de los emancipar; e si non quisiere, puedenlo apremiar que lo faga. La quarta es, si alguno porfijasse su antenado (48) que fuesse menor de catorze años. Ca si este atal, desque passare por esta edad, se fallare mal de su padrastro, porquel desgaste lo suyo, o en otra manera qualquier, deuelo mostrar al Juez; e si fallare el Juez que assi es, deuelo apremiar que lo emancipe.

LEY 19. *Que el fijo, despues que es emancipado, lo puede el padre tornar a su poder, sil fuere desobediente.*

Ingrati son llamados, los que non agradescen el bien fecho que les fazen; que quier tanto dezir en romance, como desconoscientes. E atales y ha, que en logar de seruir aquellos de quien le resciben, e de gelo gradecer, yerran malamente contra ellos, faziendoles muchos deseruicios, de palabra, e de fecho. E esto es vna de las grandes maldades, que ome puede fazer. E porende, si el fijo que fuesse emancipado (49), fiziesse tal yerro como este contra su padre, deshonrrandolo malamente de palabras, o de fecho, deue ser tornado porende en su poder.

TITULO XIX.

COMO DEUEN LOS PADRES CRIAR A SUS FIJOS; E OTROSI, COMO LOS FIJOS DEUEN PENSAR DE LOS PADRES, QUANDO LES FUERE MENESTER.

Piedad, e debdo natural (1) deuen mouer a los padres, para criar a los fijos, dandoles, e faziendoles lo que es menester, segund su poder. E esto se deuen mouer a fazer, por debdo natural. Ca si las bestias (2), que non han razonable entendimiento, aman naturalmente, e crian sus fijos, mucho mas lo deuen fazer los omes, que han entendimiento, e sentido sobre todas las otras cosas. E otrosi los fijos tenudos son naturalmente de amar, e temer (3) a sus padres, e de fazerles honrra, e seruicio, e ayuda, en todas aquellas maneras que lo pudiessen fazer. E pues que en los dos Titulos ante deste fablamos del poderio, que han los padres sobre los fijos, e de las cosas por que se puede toller; queremos aqui dezir, de como los padres los deuen criar. E primeramente mostrar, que cosa es criança, e que fuerça a. E por quales razones, e en que manera, son tenudos los padres, de la fazer a sus fijos, maguer non quieran. E quales son tenudos de fazer esto. E porque razones se pueden escusar los padres, de los non criar, si non quisieren.

LEY 1. *Que cosa es crianza, e que fuerça ha.*

Crianza es uno de los mayores bien fechos, que un ome puede fazer a otro: porque todo ome se mueue a la fazer, con gran amor que ha aquel que cria, quier sea fijo, o otro ome estraño. E esta crianza a muy gran fuerça, e señaladamente la que faze el padre al fijo: ca como quier que le ama naturalmente, porquel engendro, mucho mas le cresce el amor, por razon de la criança (4) que faze en el. Otrosi el fijo es mas tenudo de amar, e de obedes-

escederse de las facultades que concede el derecho para corregir las costumbres, l. 5. D. *de man.*, y lo anot. por Bart. allí: y la demasiada dureza se reputa culpa, l. 2. princ. *Ad leg. Aquil.*

(47) Añad. l. ult. C. *de spectac.*, y Juan de Plat. allí, l. 12. C. *de episc. aud.*, glos. á d. §. ult. Inst. *quib. mod. jus patr. pot. solv.*

(48) Y acerca de lo que sucederia respecto al caso de ser el arrogado un menor que no sea hijo político del arrogante, V. la glos. á la l. 32. D. *de adopt.*

(49) Entiéndase voluntariamente; por cuanto si á ello hubiese sido obligado, por alguna de las causas de la ley prox. ant., entonces, á pesar de la ingratitud del hijo, no podria hacérsele entrar otra vez en la patria potestad, segun Guillel. á la l. 12. C. *de episc. aud.*, y Juan de Plat. á la l. ult. C. *de spectac.*

(1) Añad. l. 1. §. 3. D. *de just. et jur.* y princ. Inst. *de jur. nat.*

(2) Todos los animales estan adiestrados en ciertos instintos, dirigidos á la conservacion de su propia especie como dice Arist. 2. *de anima.* L. 1. §. 3. D. *de just. et jur.* y lo anotado por Bald. allí, y v. Alber. al mismo lugar, vers. *item quæro, an educatio parentum.*

(3) Adviértase, que no dice que los hijos esten obligados por derecho natural á alimentar (*educare*) á sus padres; pues semejante obligacion no dimana del derecho natural directamente, sino por induccion: segun Bart. á la l. 5. §. 16. D. de agnosc. lib. y elegantemente Bald. á la l. 1. §. 3. D. *de just. et jure* vers. *circa alimenta* 5. V. asimismo la l. 1. de este tit. allí donde dice: *Otrosi el hijo.*

(4) A esta se atiende mucho, como dice Bald.

cer al padre, porque el mismo quiso leuar el afan en criarle, ante que darle a otro.

LEY 2. *Por que razon, e en que manera son tenudos los padres de criar a sus fijos, maguer non quisiessen.*

Claras razones, e manifiestas son, porque los padres (5), e las madres, son tenudos de criar a sus fijos (6). La vna es movimiento natural, por que se mueuen todas las cosas del mundo, a criar, e guardar lo que nasce dellas. La otra es, por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos temporales (7), e spirituales (8) se acuerdan en ello. E la manera en que deuen criar los padres a sus fijos, e darles lo que les fuere menester, maguer non quieran, es esta (9): que les deuen dar que coman, e que beuan, e que vistan, e que calcen, e lugar do moren (10), e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las quales non pueden los omes biuir. E esto deue cada vno fazer, segund la riqueza (11), e el poder (12) que

á quien puede verse en su tratado, *scismatis,* puesto en la rúbrica C. *siquis aliquem test. prohib.* col. 15. v. mas abajo en el sumario del tit. 20.

(5) Lo mismo debe decirse de los otros ascendientes. L. 5. princ. D. *de agnosc. liber.* y aut. *si pater* C. *divort. fact.* lo que debe entenderse con la limitacion que pone la l. pen. D. *de agnosc. liber.* y v. la l. 4. de este mismo tit.: advirtiéndose que como esta ley habla de un modo general, lo dispuesto en ella tendrá lugar aun cuando el hijo sea incestuoso, ó nacido de otro cualquiera reprobado ayuntamiento, mayormente si se atiende á la equidad canónica, de la cual se trata en el cap. *cum haberet* 5. *de eo, qui dux. in matr. quam pol. per adult.* á lo que tal vez ha querido aludir en su misma generalidad la presente ley. Procederá tambien hasta para el efecto de que el clérigo pueda alimentar al hijo espúreo con los frutos de su beneficio, segun la glos. al cap. *omnino.* 31. dist. V. tambien á Abad al cap. *pervenit de arbitr.:* y sobre si el padre podrá dejar al hijo espúreo un fundo de cuyos frutos se alimente, V. Bald. á la l. 14. C. *de fideicom.* col. 10. y Rodr. Suar. en la repeticion de la l. 1. tit. 6. lib. 3. Fuero Real vers. *prædicta de naturalium successione.* Añad. lo que se dirá en las notas á la l. 5. de este tit.

(6) Y esta obligacion de alimentar pasa á los herederos. L. 5. §. 17. D. *de agnosc. liber.* V. Alber. allí.

(7) L. 5. D. *de agnosc. liber.*

(8) Segun el cap. *jus naturale*, 1. dist. y en la carta 2. de S. Pablo *ad Corinthios* cap. 12. v. 14.

(9) Se declara aqui lo que viene comprendido bajo la palabra alimentos. Añad. l. 43. D. *de verb. signif.* y como dice el Eclesiástico, cap. 29. v. 28. *Initium vitæ hominis aqua et panis, et vestimentum, et domus protegens turpitudinem,* y hace tambien al caso la l. 5. hácia el fin, tit. pen. P. 7. y conc. l. 5. §. 12. D. *de liber. agnosc.*

(10) Y asi, á aquel á quien se deben alimentos se le debe tambien una casa para habitacion; porque el hombre no puede vivir como tal si no tiene donde albergarse; y v. lo que de esto infiere Bart. á la l. 1. C. *de episc. aud.*, lo que nota Abad al cap. 1. *de empt. et vend.* añad. l. ult. D. *de alim. et cibar. legat.* y l. 6. del mismo título. Pero ¿estará el padre obligado á alimentar á su hijo fuera de su casa? V. Ang. y Paul. de Castr., que estan por la negativa á la l. 132. D. *de verb. obl.* á no ser que el juez determine otra cosa en bien de la paz y de la familia. Y sobre si el padre deberá alimentar al hijo que pródigamente ha disipado su legítima, V. á Bald. á la l. 1. §. 3. D. *de just. et jur.* donde opina por la afirmativa. Pero ¿qué dirémos del caso en que el hijo se ha casado con una muger indotada? ¿deberá el padre alimentar tambien á esta y á sus hijos? V. Bald. Nov. en su tratad. *de dote,* fol. 19. col. 3. *in* 37. *privilegio,* el cual se inclina á la afirmativa; pero esta opinion respecto á la muger es dudosa, y no la prueban bien las leyes en que la funda, porque la l. 20. §. 1. D. *famil. ercisc.* habla del caso en que la nuera haya tenido dote, y la l. 28. D. *de relig. et sumpt. fun.* habla respecto de los gastos de entierro; y asi no puede inferirse de ellas la obligacion de alimentar asimismo á la nuera, supuesto que las leyes no la establecen espresamente, como en un caso análogo lo dice Ang. á la l. 1. D. *solut matrim.,* resolviendo que el tio paterno no está obligado á dotar á la sobrina, por no hallarse asi dispuesto por el derecho.

(11) Añad. l. 5. §§. 7. vers. *denique*, 10. y 25. D. *de agnosc. liber.* y v. tambien la glos. á la Nov. 98. y sea cual fuere el lugar, en que se deben alimentos, (que deben prestarse siempre segun las facultades, como se declara aqui y en la l. pen. D. *de aliment. et cibar. legat.*) deben tasarse y limitarse en proporcion de la renta de los bienes, y nó por el valor que tengan estos en venta aunque los haya de mucha estima, los que podrán ser de escasos réditos, l. 50. D. *ad Trebell.* y allí Bart. Paul. Ang. y Alex. á d. l. pen. §. 1. L. 3. *ubi pup. educ. deb.* L. 6. D. *de cessio bonor.* y Ang.

ouiere; catando todavia la persona daquel que lo deue rescebir (13), en que manera le deuen esto fazer. E si alguno contra esto fiziere, el Judgador de aquel lugar lo deue apremiar, prendandolo 14), o de otra guisa, de manera que lo cumpla, assi como sobredicho es. Empero dezimos, que de mientra quel padre criare, e proueyere su fijo, si fiziere el fijo alguna debda que non meta en pro del padre, o que la saque sin su mandado, que non es el padre tenudo de la pagar (15). Otrosi dezimos, que los fijos deuen ayudar a proueer a sus padres (16), si menester les fuere, pudiendolo ellos fazer; bien assi, como los padres son tenudos a los fijos.

LEY 3. *En cuya guarda, del padre, o de la madre, deuen ser los fijos, para nodrescerlos, e criarlos.*

Nodrescer, e criar deuen las madres a sus

allí y á la l. 41. col. ult. D. *de re judic.*, y Alex. *consil.* 100. col. ult. vol. 1. y *consil.* 72. col. 3. vol. 5.

(12) Pues el que no tiene mas que lo suficiente para alimentarse á sí, no está tenido á alimentar á otro. L. 6. C. *de servit. et aqua*, y Bald. allí y á d. §. 25. de la l. 5. D. *de agnosc. liber.*

(13) Pues los alimentos deben ser proporcionados á la condicion de la persona á quien se prestan; y así no se prestarán los mismos á un militar ó á un doctor que á un rústico, ni á un viejo que á un jóven, segun Juan de Plat. despues de Din. á la l. 9. C. *de jure fisci*, y varian tambien ellos segun la edad. L. 10. §. ult. D. *de aliment. et cibar. legat.* Bald. en el cap. 1. *quo tempore miles.*

(14) Conc. l. 5. §. 10. D. *de liber. agnosc.*

(15) Añad. l. 1. C. *ne filius pro patre*, y lo mismo debe decirse del hijo respecto de las deudas contraidas por el padre, d. l. 5. §. 16. D. *de agnosc. et alend. liber.* y v. tambien sobre esta materia las ll. 1 y 5. C. *de decur.*, donde Juan de Plat. trata de cuando el padre incurrirá en responsabilidad por el hijo que tiene un cargo público, y el mismo á la l. 1. C. *de fil. fam. et quemad. pater pro his teneat.* y á la 1. C. *de muner. et honor. non conf.* Y si el hijo cometiese un delito, tampoco estará obligado á la pena pecuniaria á que por razon del mismo se le condenase, ni aun por la legítima ó alimentos que le deba, segun así es de ver en Specul. tit. *de execut. sentent.* §. *sequitur* vers. *quid si filius*, y Abad al cap. 2. notab. 2. *de delict. pueror.* y sobre esta materia v. á Paul. de Castr. á la l. 15. D. *de judic.* Bald. á la l. 30. §. 2. C. *de inoffic. test.* y á la 1. C. *ne filius pro patre*, col. 2 y 3. y aut. *contra rogatus* C. *ad Trebell.*, á la l. 10. C. *ad leg. Falc.* á la 17. C. *de captiv. et postlim.* y á la adicion á Specul. tit. *de apellat.*, col. 6. Guillerm. Benedic. en la repeticion del cap. *Raynutius de testam.* fol. 224. col. 1 y 2. Bart. á la l. 1. §. 21. D. *de collat. bonor.*

(16) Como se dispone en d. l. 5. princ. y en el §. 16. D. *de agnosc. liber.* LL. 1. 2 y 3. C. *de alend. liber. à parent. vel è cont.* Y téngase presente que aunque el padre esté en el destierro, el hijo está obligado á prestarle alimentos, autént. *incestas* C. *de incest. nupt.*, en la cual se lee tambien, que aunque al padre se le hayan confiscado los bienes á consecuencia de un delito, debe no obstante el hijo alimentarle; por donde arguye Bald. lect. 2. que el hijo estará obligado á alimentar al padre, que esté proscrito, aunque está en contra el §. *siquis hominem*, *de pace tenen. et ejus violat.*, donde nota el mismo que el hijo no puede alimentar al padre proscrito ó enemigo; y que si tal hiciere se le castiga con la pérdida de los bienes; diciendo allí que al padre se le priva del derecho natural, en el mismo hecho de proscribirle, cuya opinion la limita Barba. en las adiciones allí, al caso en que se le hubiese proscrito por traidor á la patria, y nó de otra suerte. Este mismo texto sirve á Bald. despues de Bart. para decir en sus notas á la aut. *bona damnatorum* C. *de bon. damnat.*, que si se confiscan los bienes á un homicida, reservando cierta parte para sus hijos, no estan estos obligados á alimentar á aquel ni aun por la porcion reservada, lo que sostiene tambien Angel. en su tratad. *malefic.* allí en donde dice *et ejus bona publicamus* col. ult., no se obligará empero á pesar de lo dicho á que el hijo venda su patrimonio para alimentar al padre, Bald. fundado en el texto citado y á la l. ult. §. 5. C. *de bon. quæ liber.*, sino que lo deberá hacer de las rentas que produzca, l. 50. D. *ad Trebell.* Lo que deberia, á mi parecer, limitarse al caso en que esta renta fuere suficiente para la necesaria manutencion, segun la cualidad de la persona; pues de lo contrario parece que el hijo estaria obligado á vender *propter necessitatem famis*; pues si el padre en este caso puede vender al hijo que está en su potestad; l. 2. C. *de patrib. qui fil. distrax.* l. 9. tit. 17. de esta Partida; *à fortiori* deberán venderse para el mismo objeto los bienes del hijo; ya que mas dura cosa es enagenar á una persona que un á patrimonio glos. al cap. *cum olim*, *de major et obed.* 24. *quæst.* 12. cap. *præcipimus* 1. ¿Y qué se diria en el caso de que siendo uno pobre tuviese el padre

fijos que fueren menores de tres años (17), e los padres a los que fueren mayores desta edad. Empero, si la madre fuesse tan pobre (18) que non los pudiesse criar, el padre es tenudo de darle, lo que ouiere menester para criarlos. E si acaesciesse, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partio (19), es tenudo de dar de lo suyo, de que crien los fijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, o menores; e el otro que no fue en culpa, los deue criar, e auer en guarda. Pero si la madre los ouiesse de guardar, por tal razon como sobredicha es, e se casasse (20), estonce non los deue auer en guarda: nin es tenudo el padre, de dar a ella ninguna cosa por esta razon; ante deue el rescibir los fijos en guarda, e criarlos, si ouiere riqueza con que lo pueda fazer.

LEY 4. *Que razon escusa al padre, o a la madre, qne non crian sus fijos, que eran tenudos de criar.*

Pobredad escusa (21) a las vegadas a los omes, que non fagan algunas cosas, que eran tenudos de fazer de derecho. E por ende, maguer diximos en la ley ante desta, que el que era en culpa por que se partio el casamiento, que ese era tenudo de dar al otro de lo suyo, con que criasse sus fijos que ouiessen de so vno, razon y ha porque non seria assi. Ca si aquel fuesse pobre (22), e el otro rico, estonce el que ha de que lo pueda fazer, deue dar de que se crien los fijos. E si el padre, o la madre, fuessen tan pobres (23), que ninguno dellos non ouiesse de que los criar; si el abuelo, o visabuelo de los moços, fueren ricos, qualquier dellos (24)

y un hijo ricos? ¿cuál de los dos deberia alimentarle? Es esta cuestion dudosa, sobre la cual v. á Cyn. y Alb. á la l. 1. C. *de alend. liber.* y Salic. á la l. ult. del mismo tit.

(17) Añad. l. penult. C. *de patr. potest.* y la Glos. y Bald. á la l. 11. C. *de negot. gest.* donde limita esto: añad. tambien Abad al cap. *cum haberet*, *de eo qui dux. in mat. quam poll. per adult.* donde entiende que esto tendrá lugar con los hijos legítimos y naturales; si empero fuesen espúreos, sin distincion de edad, estarán los padres, segun él, obligados á alimentar á sus hijos proporcionalmente á sus facultades, á tenor del texto que para probar esto aduce al cap. *cum haberet.* Azon. *in summa* C. *de patr. potest.* entiende que estará la madre obligada á esto, mientras que le sea posible y decoroso amamantar por sí misma á los hijos.

(18) Apruébase aqui la opinion de Jacobo de Bel. Vis. que pretende esto mismo fundado en la l. 11. §. 1. D. *ad exhibend.* V. Bald. á d. l. 11.

(19) Conc. la autént. *si pater*, C. *divortio facto*, *apud quem liber. educ. deb.* y la Nov. de donde está tomada.

(20) Lo propio se establece en d. autént. *Si pater* y v. la l. 19. tit. 16. P. 6.

(21) Esto se confirma por la l. 31. hácia el fin, D. *de bon. auctor. judic. poss.* y como dice la glos. á la l. 17. C. *de procur.* escusa tambien la pobreza de no haber apelado dentro el término de la ley, bien que esto debe entenderse en el sentido en que lo entienden Bart. y Jason allí hácia el fin, col. 2. [sin duda en el de que hubiese un litigante carecido de defensores por causa de su pobreza, y probase que por dicha razon habia dejado de apelar, lo que apenas podrá hoy acaecer ni estaria exento de dificultad] y en órden á si por la pobreza se prorogará tambien por un año mas el que está señalado para haber de terminar la instancia de apelacion. V. Bart. á la autént. *de his qui ingred. ad appell. in princ.* Bald. á la l. 19. C. *de usur.* col. pen. y v. allí mismo si exime de las penas judiciales y del pago de contribuciones y si sirve de escusa en las causas criminales, y la glos. á la l. 3. C. *de annon. et tribut.* y Juan de Plat. allí, ¿Librará asimismo de los demas cargos públicos? V. al mismo á la l. 1. C. *de muner. patrim.*, y á la l. ult. *de his qui muner. liber.*, donde puede verse tambien de qué cosas escusa la pobreza: si del perjurio, v. á Bald. en el §. *licet*, *si de feud. fuerit controv. int. dom. et agnat.*, y si de la fianza que debe prestar el usufructuario, v. al mismo á la l. 4. C. *de usufruc.*: á todo lo que puede añadirse tambien la l. 7. D. *de excusat. tutor.* y el §. 6. Inst. d. tit. donde podrá enterarse el curioso lector de otras varias especies análogas.

(22) Añad. autént. *si pater*, C. *divort. facto*, *ap. quem liber. educ. deb.* y Nov. de donde está tomada.

(23) Apruébase aqui la opinion de Jacob. de Aret. y de Bart. despues de él á la l. pen. D. *de liber. agnosc.* Y si alguno tuviese el padre ó abuelo, que fuesen ricos; primeramente es el padre quien debe prestar los alimentos, y en defecto de este el abuelo: como se establece aqui, y añad. Socin. consil. 162. vol. 2. princ.

(24) Parece con todo que primeramente estarán á ello obligados los ascendientes por línea masculina, y en subsidio los ascendientes por línea femenina, l. pen. D. *de agnosc. et*

es tenudo de los criar, por esta razon: porque assi como el fijo es tenudo de proueer a su padre, o a su madre, si vinieren a pobreza; o a sus abuelos, e a sus abuelas, e a sus visabuelos, e a sus visabuelas, que suben por la liña derecha; otrosi es tenudo cada vno dellos, de criar a estos moços sobredichos, si les fuere menester, que descienden (25) otrosi por ella.

LEY 5. *A quales fijos son tenudos los padres de criar, e quales non.*

Engendran los omes fijos en sus mugeres, legitimos, e a las vegadas en otras, que lo non son. E en criar estos fijos ha departimiento (26). Ca los fijos que nascen de las mugeres, que han los omes de bendicion, tambien los parientes que suben por la liña derecha del padre, como de la madre (27), son tenudos de los criar. Esso mismo es, de los que nascen de las mugeres, que tienen los omes por amigas (28) manifiestamente (29), como en lugar de mugeres; non auiendo entre ellos embargo de parentesco, o de Orden de Religion, o de casamiento. Mas los que nascen de las otras mugeres, assi como de adulterio, o de incesto, o de otro fornicio, los parientes que suben (30) por la liña derecha de partes del padre, non son tenudos de los criar, si non quisieren; fueras ende, si lo fizieren por su mesura, mouiendose naturalmente a criarlos, e a fazerles alguna merced, assi como farian a otros estraños, por que non mueran. Mas los parientes que suben por liña derecha de partes de la ma-

alend. liber, de lo que se infiere, que no estará obligada la madre á alimentar al hijo, como no falten el padre ó sus ascendientes, ó sean estos pobres: segun Azon. *in summa* C. *de alend. liber.*; cuya opinion, cuando dice *vel ascendentes ejus*; parece que no la prueban las leyes en que la funda; y respecto á la madre, quizás esta nuestra ley dispone lo contrario. ¿Qué diríamos en el caso de faltar el padre y la madre, pero de existir el abuelo paterno y materno? ¿estarán ambos obligados á prestar alimentos, ó solo lo estará el primero? d. l. penult. parecia disponer que tan solamente lo estaba el abuelo paterno; esta ley de Partida, empero, parece disponer lo contrario, y mayormente cuando por las leyes del reino el hijo por el matrimonio sale de la patria potestad; y asi como ambos sucederian á la herencia del nieto, asi deberian tambien cargar con los alimentos del hijo, por lo que dice Alber. despues de Cin. á la l. 1. C. *de alend. liber.*, vers. *quærit*, Cin. y Salic. á la l. ult. d. tit.

(25) El hermano está tenido á alimentar al hermano pobre, glos. á la l. 5. princ. D. *de agnosc. et al. lib.*, y Bart. allí y á la l. 4. D. *ubi pup. educ. deb.*, aunque sea tan solamente hermano natural, segun Bart. á d. l. 5. y V. al mismo á la l. 20. §. ult. D. *de alim. et cibar. legat.*: autent. *licet*, C. *de nat. liber.*

(26) Esto trae orígen de lo dicho por Az. *in summa* C. *de al. lib.*, §. penult.

(27) Entiéndase en el sentido de la l. pen. D. *de agnosc. et al. liber.*

(28) Conc. autent. *licet*, C. *de natural. liber.*, y Nov. 89. cap. 3.

(29) En el dia basta que concurran los requisitos de la l. 11. de *Toro* [l. 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Recop.] mediante los cuales se tiene á un hijo ilegítimo por natural.

(30) Nada se dice aqui respecto del padre quizás por consideracion á la equidad que prescribe el derecho canónico, cap. *cum haberet*, 5. *de eo qui dux. in matrim. quam poll. per adult.*, si bien que por derecho civil ni aun el padre tenia obligacion de alimentar á semejantes hijos, segun la Nov. 89. cap. ult. y conforme al cap. *per venerabilem*, 13. hácia el fin, *qui filii sint legit.*, y autent. *ex complexu*, C. *de incest. nupt.*, §. pen. Inst. *de nupt.* Preciso es tener presente esta ley por cuanto limita d. cap. *cum haberet*, de manera que la consideracion de equidad del derecho canónico no la hace estensiva á los ascendientes por linea paterna, por mas que Nicol. de Ubal. en su tratado *de success. ab intest.*, part. 1. versic. *sequitur quarta species liberorum*, col. 2. sostuviese que asi como los padres estan obligados á alimentar á los hijos espúreos, asi tambien deben hacerlo respecto á los nietos y biznietos que tengan de sus hijos, añadiendo, segun se colige de d. cap. *cum haberet*, y arg. l. ult. C. *de nat. liber.*, y tratando esto mismo Socin. consil. 161. vol. 2. vers. 4. *et ultimo præmitto*, dice que igual razon milita acerca de los nietos que acerca de los hijos. En realidad, empero, es mas fuerte la que obra respecto del hijo, por cuanto á este está obligado el padre á alimentarle por derecho natural, segun la l. 1. §. 3. D. *de just. et jur.*, y princ. Instit. *de jur. natur. gent. et civil.*, el cual no obliga asimismo á los demas ascendientes; como se desprende de allí; á mas de que d. cap. *cum haberet*, habla tan solamente del padre y nada dice de los demas ascendientes por línea paterna: y por esta razon es necesario tener muy presente esta ley.

dre, tambien ella como ellos (31) tenudos son de los criar, si ouieren riqueza con que lo puedan fazer. E esto es por esta razon: porque la madre siempre es cierta (32) del fijo que nasce della, que es suyo; lo que non es el padre, de los que nascen de tales mugeres.

LEY 6. *Por que razones se pueden escusar los padres, de non criar sus fijos, si non quisieren; o los fijos, que non son tenudos de proueer a sus padres.*

Comunal derecho (33) es, tambien a los padres, como a los fijos, que el que fiziere algun yerro contra algun dellos, de aquellos por que son llamados los omes en latin ingrati; que quier tanto dezir, como ser desconosciente vn ome a otro, del bien que rescibe, o rescibio del; que por tal razon como esta non es tenudo el padre de criar (34) al fijo, nin el fijo de proueer al padre. E esto seria, como si vno dellos acusasse (35) al otro, e le buscasse atal mal, por que meresciesse muerte, o deshonrra, o perdimiento de lo suyo. Otrosi quando el fijo vuiesse de lo suyo (36), en que pudiesse biuir, o vuiesse tal menester (37), por que pudiesse guarescer, vsando del, sin mala estança de si; estonce non es tenudo el padre, de pensar del. Esso mismo dezimos del fijo, que deue fazer contra su padre. Otrosi, quando muere alguno, que fuesse tenudo de proueer a su padre, e en su testamento establesciesse por su heredero a otro estraño, deseredando a su padre (38) por alguna derecha razon; este heredero atal non

(31) De la madre habla d. cap. *cum haberet*, y del abuelo d. l. 5. §. 5. D. *de agnosc. et al. lib.*, cual texto no habla sin embargo de los nacidos de una union nefanda ó incestuosa: por lo cual es digna de notarse esta ley que asi lo declara; por cuanto por derecho comun, era bastante dudoso aun respecto á la madre; pues que en la palabra *parens* va tambien esta comprendida l. 51. D. *de verb. signif.*; si bien que algunos, segun refiere Alber. á d. l. 5. princ. col. 3., decian que la madre está obligada á practicarlo aun con los incestuosos, cuya opinion se aprueba aqui. Mas asi como por la equidad canónica se obliga al padre ó á la madre á alimentar al hijo incestuoso, ó nacido de otra cualquier reprobada union ¿asi tambien se obligará á este á alimentar á aquellos? Bald. á la autent. *ex complexu*, C. *de incest. nupt.*, lect. 2., dice, que nó, y lo mismo Salic.; lo contrario sin embargo sostiene Bald. Nov. en su tratado *de dote*, fol. 13. col. 1. princ. fundándose en la l. 15. D. *de inoff. test.*, y Alex. en las adiciones á Bald. á d. autent. *ex complexu*, en la primera lect.; y esto es lo que parece mas verdadero y equitativo; de suerte que el hijo rico estará tenido hasta á dotar á la madre incestuosa, si es jóven. V. Bald. Nov. lugar citado.

(32) Añad. l. 5. D. *de in jus vocando.*

(33) Trae orígen esta ley de lo dicho por Azon. *in summa* C. *de alend. liber.*

(34) Conc. l. ult. C. *de alend. liber.*, y l. 5. §. 11. D. *de agnosc. et al. liber.*, y la glos. á entrambas.

(35) Lo mismo debe decirse de las otras causas de ingratitud, por las cuales puede el hijo ser desheredado á tenor de lo que nota la glos. á d. l. 5. §. 10. vers. *idem judex*, arriba citada, y á la l. ult. C. *de alend. liber.*

(36) Conc. d. l. 5. §. 7.

(37) Lo mismo está dispuesto en dicho §. 7.: y tendria lugar aunque no tuviese oficio mientras pudiese trabajar, y siendo robusto procurarse la subsistencia; pues militaria entonces la misma razon, y se prueba por la l. 1. C. *de mendic. valid.* y Juan de Plat. allí hácia el fin: á no ser que fuese indecoroso al hijo ó á la hija el ocuparse en tales trabajos, por ser militar ó noble, segun el cap. *considerando*, dist. 86. y l. 125. D. *de verbor. signif.* y el Abad al cap. 2. *de convers. infidel.* Bart. tratad. *de aliment.* col. 2. Alber. á dicha l. 5. princ. col. ult. vers. *tu dic secundum Jacobum de Aret.*, y suficientemente lo prueba nuestra ley con las palabras, *sin mal estança de si.*

(38) Esta palabra no se encuentra en la l. 5. §. 17. D. *de alend. liber.*, por lo que nótese esta ley que dispone que el heredero está tenido á alimentar al padre y aun al hijo desheredado cuando fuere mucha su necesidad, y quizás en ella se ha seguido la opinion de Richar. cierto doctor antiguo, del cual hace mencion Alber. á d. l. 5. §. 16., quien alegaba d. §. 17. en corroboracion de que los herederos estan obligados á alimentar al hijo desheredado cuando fuere necesitado. Lo contrario sin embargo sostuvo la glos. á la Nov. 115. cap. 14. vers. *sive igitur*, *collat.* 8. y Alb. á d. §. 16. hácia el fin: y á tenor de esto deberá hacerse diferencia entre el heredero y el que lo haya instituido en cuanto este en dicho caso no habria tenido obligacion de alimentar á aquel á quien podia desheredar; pero el heredero tendrá siempre dicha obligacion respecto del desheredado cuando este haya venido á pobreza; siendo tal vez la razon de ello el que el testador por afeccion natural y sin estar obligado fácilmente prestaria por su voluntad los alimentos aun al padre ó al hijo á quienes

es tenudo de proueer al padre del muerto; fueras ende (39), si veniesse a muy grand pobreza.

LEY 7. *Que deue ser guardado, quando el fijo demanda al padre, que le prouea, e el niega, que non es su fijo.*

Razonandose alguno por fijo de otro, e demandando quel criasse, e proueyesse de lo que era menester, podria acaescer, que este atal, que negaria que non era su fijo, porque no lo criasse; o por auentura dezirlo y a de verdad, que non seria su fijo. E porende, quando tal dubda acaesciere, el Juez de aquel lugar, de su oficio, deue saber llanamente (40), e sin alongamiento, non guardando la forma del juyzio que deue ser guardado en los otros pleytos, si es su fijo de aquel por cuyo se razona, o non. E esto deue ser catado, por fama de los de aquel lugar, o por qualquier manera otra que lo pueda saber, o por la jura (41) de aquel que se razona por su fijo. E si fallare por algunas señales (42), que es su fijo, deue mandar al otro, que lo crie, e lo prouea. E maguer el Juez mande proueer a este atal, assi como sobredicho es, saluo finca (43) su derecho a qualquier de las partes, para prouar si es su fijo, o non.

TITULO XX.

DE LOS CRIADOS QUE OME CRIA EN SU CASA, MAGUER NON SEAN SUS FIJOS.

Criança, es cosa por que ganan los omes amor, e debdo, por natura, e por costumbre, con aquellos con quien se crian; assi como con padres (1), e con señores, para ser seruidos, e guardados dellos. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos, como los padres deuen criar a sus fijos, queremos aqui dezir, de los otros criados, que ome cria, por las razones que de suso diximos. E primeramente diremos que cosa es criança. E quantas maneras son della. E onde tomo este nome Criado. E que departimiento ha entre criança, e nodrimiento. E que debdo nasce entre los criados, e los que los crian.

desheredase y difícilmente obraria del mismo modo el heredero estraño.

(39) ¿Qué deberia decirse si fueran nietos ú otros los que por derecho de sangre estuviesen obligados á alimentar al padre y hubiesen fallecido instituyendo heredero á un estraño? ¿quedaria tambien en tal caso aquel obligado á seguir prestando los alimentos? Bart. á d. §. 17. y Alber. á d. l. 5. §. 16. de donde se ha tomado esta ley estan por la negativa; aunque en las notas á la l. 1. col. 3. vers. *sed numquid hæres*, quiso este último lo contrario; no obstante á mí me parece mas verdadera la primera opinion en el caso de que habla esta ley.

(40) Nótese aqui la significacion de la palabra *summatim*, puesta en d. l. 5. §. 8. de donde se ha tomado la presente.

(41) No seria empero suficiente el juramento si no hubiese ningun otro indicio; como se prueba aqui por las palabras *é si fallare por algunas señales*, y por la l. 3. §. 4. D. *de Carbon. edict.* aunque lo contrario sostenga la glos., si bien que malamente, á la l. 3. D. *ut in poss. legat.*

(42) No se debe pues al momento de haberse promovido el litigio, mientras este esté pendiente, pronunciar el fallo condenatorio de prestar los alimentos; á no ser que el alimentario estuviese ya antes en la posesion de la filiacion, segun Bart. á la l. 7. D. *de agnosc. liber.*

(43) Como en d. l. 5. §. 8. y l. pen. D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt*, Glos. y Bald. allí, y si se hubiese dado el fallo en un juicio ordinario declarativo de no ser tal hijo, no estará tenido el padre á alimentarle; sin que por esto obste la sentencia de alimentos, anteriormente pronunciada en juicio sumario, aun cuando se haya despachado la ejecucion por los alimentos pasados, segun Bald. á d. l. pen. V. la razon que da el mismo allí; y sobre esta materia v. Socin. cons. 255. vol. 2. donde puede verse cuando la sentencia dada en un juicio sumario prejuzga la cuestion en el ordinario.

(1) Segun esta ley, pues, los ayos ó preceptores se equiparan á los padres: añad. l. 26. C. *de nupt.* allí en donde dice *ut quam ab initio loco filiæ habuit*: por lo que tampoco las ayas pueden ser testigos idóneos en causas de sus alumnos mientras los tengan en sus casas para educarlos; pero sí podrán serlo despues, segun lo observa Bart. á la l. 7. C. *de in integr. restit.*, Bald. y Salic. á la l. 6. C. *de test.* Lanfran. en la repeticion al cap. *Quoniam contra falsam, cart.* 13. *de probat.* y la glos. á la l. 6. §. 7. *de injusto rup. test.* refiere la costumbre de los niños de Bolonia de llamar padres á sus ayos. Añad. cap. *transmissæ*, *qui filii sunt legit.* y Alciat. á la l. ult. C. *de in jus vocando* en la palabra *matris;* el cual dice, que el alumno no puede emplazar á la aya ó á otro preceptor sin la venia, y para probar esto alega la l. 1. §. ult. D. *de obseq. patron. à lib. præst.* cuyas palabras son las siguientes. *Indignus militia judicandus est, qui patrem, et matrem, à quibus se educatum dixerit, maleficos appellaverit*, texto, que sin embargo no

LEY 1. *Que cosa es criança, e quantas maneras son della.*

Que cosa es criança, diximos en la segunda ley del Titulo ante deste: e son dos maneras della. La primera es, como criar alguna cosa de lo que non es: e esta pertenesce a Dios tan solamente. La segunda es, criar alguna cosa de otra: e esta pueden los omes fazer, por el saber, e el poder que les viene de Dios. E a esto fazer, se mueuen los omes por alguna destas tres razones. La primera, por debdo de natura: e esta es la que fazen los padres a los fijos, de que fablamos en el Titulo ante deste. La segunda, por bondad, e por mesura; assi como criar fijo de otro ome estraño, con quien non ha parentesco. La tercera es por piedad; como criar fijo desamparado, o echado.

LEY 2. *Onde tomo este nome Criado; e que departimiento ha entre criança, e nodrimiento.*

Criado tomo este nome, de vna palabra que dizen en latin, creare; que quier tanto dezir, como criar, e endereçar la cosa pequeña, de manera, que venga a tal estado, por que pueda guarecer por si. E segun dixeron los Sabios antiguos, departimiento a entre nodrimiento, e criança. Ca criança es, quando alguno faze pensar de otro que cria, dandol de lo suyo, todas las cosas quel fueren menester para beuir, teniendolo en su casa, e compaña. E nodrimiento (2), e enseñamiento es, el que fazen los ayos a los que tienen en su guarda, e los maestros a los discipulos, a que muestran su sciencia, o su menester, enseñandoles buenas maneras, e castigandolos de los yerros que fazen. E por razon de tal nodrimiento, suelen los que son assi nodridos, de fazer pensar de los ayos, e de los maestros, dandoles lo que han menester; assi como fazen los grandes Señores, e los otros omes, dandoles (3) segund su poder, o segund la costumbre de la tierra.

LEY 3. *Que debdo nasce entre los Criados, e los que los crian.*

Ser podria, que alguno que ouiesse criado al que ouiesse echado su padre, o su madre, o su señor, o otro criado qualquier; que despues que ouiesse fecho en alguno este bien, querria retener algund señorio en el, queriendose seruir de la persona del criado, como en manera de seruidumbre; o quel demandaria las espensas que ouiesse fechas en el por razon de la criança: e dezimos, que esto non se podria fazer. Ca el que cria a otro, no le remanece en el, nin en sus bienes, ningund derecho (4), nin ninguna seruidumbre. Pero si algun ome criasse a otro, e al tiempo que lo comiença a criar, faze afrentas (5), e dize, que las despensas que fara en el criado, que las quiere cobrar del; estonce bien las puede demandar, e el criado deuegelas tornar, podiendolo fazer. Mas otra cosa non es tenudo el criado de fazer, por premia; fueras ende, que deue honrar, al que lo crio, en todas las cosas, e auerle reuerencia, bien assi como si fuesse su padre: e no lo puede acusar (6), nin fazer otra cosa en ninguna manera, porque muera, nin pierda miembro, nin sea enfamado, nin perdiesse de lo suyo en mala manera. E si contra esto fiziesse, acusandol, o faziendole otra cosa, por que perdiesse el cuerpo, o algun miembro, o por que fuesse enfamado, o perdiesse la mayor partida de sus bienes, deue morir por ello (7); fueras ende, si la acusacion

lo prueba enteramente, bien que muchas son las prerogativas que ha establecido el derecho en favor de los ayos y alumnos, como en la l. 2. con las tres sigs. D. *de manum. vind.* §. 4. Instit. *quib. ex caus. manum. non licet*, y Ang. allí. L. 1. tit. 22. de esta misma Partª, l. 1. §. 6. D. *de suspec. tut.*, l. 32. vers. *similis est matri*, D. *de excusat. tutor.*, l. 2. D. *qui petant tutor.*, l. 38. D. *de fideicom. libert.*, l. 16. C. *de nupt.*, l. 17. C. *de his qui accus. non poss.*, l. 1. C. *quæ res pign. oblig. poss.*, l. 30. D. *de adimend. legat.*; con todo no se tienen verdaderamente en lugar de hijos estos alumnos respecto de sus ayas como aqui se ve; por lo cual no tendria lugar respecto de ellos la l. 8. C. *de revoc. donat.*, ni la l. 8. tit. 4. Partª 5. como latamente lo esplica Andr. Tiraquell. en sus comentarios á d. l. 8. en la palabra *susceperit liberos*, núm. 43. y 44. y hace al caso la l. 3. de este mismo tit. allí en donde dice *ca el que cria.*

(2) La l. 10. C. *commun. de success.*, no se toma en este sentido, sino en el primero á que alude la presente de Partª, segun una y otra esposicion de la glos. allí.

(3) L. 12. §. 3. D. *de admin. tut.*, l. 4. D. *ubi pupill. educ. deb.*, l. 27. D. *de donat.*, y l. 3. tit. 24. de esta Partª

(4) Conc. l. penult. C. *de infant. expos.*, y cap. unic. del mismo tit.

(5) Como en la l. 34. D. *negot. gest.*, glos. al cap. ult. dist. 87.

(6) Añad. l. 17. C. *de his qui accus. non poss.*

(7) Téngase presente esta ley; porque en

fuesse fecha sobre cosa que tanxesse a la persona del Rey, e el que la fiziesse se mouiesse a fazerla, por estorcer al Rey, o al Reyno de peligro.

LEY 4. *De los niños que son echados a las puertas de las Eglesias, e de los otros lugares: e de como los padres, e los señores que los echaron, non los pueden demandar, despues que fueren criados.*

Verguença, o crueleza, o maldad, mueue a las vegadas al padre, o a la madre, en desamparar los fijos pequeños, echandolos (8) a las puertas de las Eglesias, e de los Ospitales, e de los otros logares: e despues que los han assi desamparado, los omes buenos, o las buenas mugeres que los fallan, mueuense por piedad, e lleuanlos dende, e crianlos, e danlos a quien los crie. E porende dezimos, que si el padre, o la madre demandare a tal fijo, o fija, despues que lo a echado, e lo quier tornar en su poder, que lo non puede fazer. Ca por tal razon como esta pierde el poderio (9) que auia sobrel; fueras ende, si otro alguno lo echasse sin su mandado, e sin su sabiduria. Ca si los demandassen luego que lo supiessen (10), dezimos, que gelos deuen dar, tornandole el padre, o la madre las despensas (11), a aquellos que lo criaron, si las quisieren demandar; pero, si los que criaron estos tales, se mouieron a fazerlo por amor de Dios (12), con entencion de non rescebir otro gualardon, non son tenudos los padres, de tornarle las despensas que fizieron, los que los criaron, por razon de criança. E si por auentura el señor quisiesse demandar al sieruo que assi ouiesse echado, non puede, ca se torna libre (13) por tal echamiento. Otrosi, por

cuanto á la imposicion de la pena no era tan esplícito el derecho comun; como se ve en d. l. 17. y l. penult. C. *de his qui accus. non poss.*: y segun la glos. á dicha l. 17. en este caso puede el ayo repetir los alimentos que hubiese prestado al alumno, si fuere este ingrato, arg. l. 16. C. *de nupt.*, y esto mismo dice Salic. á d. l. 17. y añade l. 6. tit. 2. Partª 3. y l. 2. tit. 1. Partª 7.

(8) Estos espósitos llámanse sanguinolentos en la rubr. C. *de infant. expos.*, donde Azon. *in summa* dice llamarse asi; porque tan grande crímen debe castigarse con pena de sangre, en razon de que el padre que desampara esos hijos parece que los mata: arg. l. 4. D. *de agnosc. liber.*: puede imponerse con todo una pena estraordinaria al arbitrio del juez, segun la glos. á la l. 2. C. *de infant. expos.*, l. 9. C. *de patr. potest.* V. l. ult. tit. 23. lib. 4. Fuero Real. Puede decirse tambien, que si el espósito muere por esta causa, tiene lugar la pena de muerte, segun d. l. ult.; y asi procede lo que dice Azon.; pero si no muere, entonces tendrá lugar la pena estraordinaria y podrá el juez por su noble oficio tomar en consideracion las circunstancias, y ver si ha sido la necesidad, ó el grande temor á la deshonra, la que haya impelido al padre ó á la madre á abandonar á su hijo para imponerles en tales casos una pena menos dura, como se infiere de lo anotado por la glos. al cap. ult. dist. 87.: ó si lo han hecho por crueldad ó malicia, y castigarles entonces mas severamente, V. Bart. á d. l. 4. Y adviértase que el espósito se presume ser natural de aquel lugar donde ha sido abandonado. Bart. á la l. 1. D. *ad municip.*, col. ult., y Juan de Plat. á la l. 7. hácia el fin C. *de incol.*, y Bart. á la l. 5. D. *de in jus vocand.*, y en órden á quien deberá suceder al espósito, V. Bald. á la l. 5. C. *ad Orfici.*, glos. y DD. á la l. 10. C. *commun. de success.*

(9) Conc. cap. unic. *de infant. et languid. expos.*; y nótese bien, que esto por derecho comun estaba en duda á tenor de la l. 16. C. *de nupt.*: Salic. y Ang. sostenian que el padre no pierde la patria potestad por la esposicion; sobre lo que V. á Juan de Ana. á dicho cap. unic. col. penult.; pero la glos. á la l. 4. D. *de agnosc. liber.*, sostiene que la pierde, si ha consentido en el abandono.

(10) El cap. ult. dist. 87. señala para este efecto el término de diez dias. Nótese bien esta ley que declara, que estos dias comienzan á correr desde el en que se tiene conocimiento del hecho.

(11) Tanto las que se han empleado para alimentarle, como para hacerle aprender alguna industria, á tenor de la l. 1. C. *de infant. expos.*; si bien que la glos. á d. cap. ult. decia que tan solamente podian pedirse estas últimas.

(12) Lo que podrá conocerse por conjeturas, V. lo anotado por Abb. á d. cap. *de infant. expos.*: y téngase presente esta ley; pues no se declara asi en la l. 1. C. d. tit. En el caso, empero, de la l. 16. C. *de nupt.*, aunque se hubiese alimentado al hijo por mera piedad, podria sin embargo el estraño que lo hubiese hecho reclamar del padre el abono de dichos alimentos por causa de la ingratitud, como se dispone tambien en la l. 35. tit. 12. Partª 5.

(13) Añad. l. 2. C. *de infant. expos.*, y cap. 1. d. tit. Pedro de Anch. en d. cap. unic. trata la cuestion de si estos espósitos podrán

tal echamiento pierde el señor el derecho que auia en aquel quel quiese aforrado (14), de manera que de alli adelante non gelo podrian demandar.

TITULO XXI.

DE LOS SIERUOS.

Sieruos, son otra manera de omes, que han debdos con aquellos cuyos son, por razon del señorio que han sobre ellos. Onde, pues que en el Titulo ante desto fablamos de los criados, que ome cria en su casa, que son libres; queremos aqui dezir de los sieruos, porque son de casa. E primeramente mostraremos, que cosa es seruidumbre, e onde nascio, e quantas maneras son della. E en que cosas, es tenido el sieruo, de guardar su señor de daño: e que poderio es aquel, que los señores han en sus sieruos.

LEY 1. *Que cosa es Seruidumbre, e onde tomo este nome, e quantas maneras son della.*

Seruidumbre (1) es postura, e establescimiento, que fizieron antiguamente las gentes, por la cual los omes, que eran naturalmente libres, se fazen sieruos, e se meten a señorio de otro, contra razon de natura. E sieruo tomo este nome, de vna palabra que llaman en latin, seruare; que quier tanto dezir en romance, como guardar. E esta guarda fue establescida por los Emperadores. Ca antiguamente, todos quantos catiuauan, matauan. Mas los Emperadores tuuieron por bien, e mandaron, que los non matassen, mas que los guardassen, e se siruiessen dellos. E son tres maneras de sieruos. La primera es, de los que catiuan en tiempo de guerra, seyendo enemigos de la Fe (2). La segunda es, de los que nascen de las sieruas. La tercera es, quando alguno es libre, e se dexa vender (3). E en esta tercera ha menester cinco cosas. La vna es, que el mismo consienta de su grado, que lo vendan. La segunda, que tome parte del precio. La tercera, que sea sabidor que es libre. La cuarta, que aquel que lo compra, crea que es sieruo. La quinta, que aquel que se faze vender, que aya de veynte años arriba.

LEY 2. *De quales condiciones son los que nascen de sierua, e de ome libre.*

Nascido seyendo ome de padre libre, e de madre sierua, estos atales son sieruos, porque siguen la condicion de la madre (4) quanto a seruidumbre, o franqueça: pero si acaesciesse (5), que a tal seyendo preñada, la franqueassen, el fijo que della nasciesse, seria libre; si quier no lo truxesse en su vientre la madre, despues que fuesse franqueada, mas de vna ora, e aun quanto quier menos. E maguer despues tornasse la madre en seruidumbre, siempre fincaria el fijo libre, por aquel tiempo que lo traxo la madre despues que la franquearon, quier fuesse poco, o mucho. Mas los fijos que nasciessen de madre libre, e de padre sieruo (6), serian libres, porque siempre siguen la condicion de la madre, segund que es sobredicho. E como quier que de suso diximos, que los fijos deuen seguir la condicion de la madre (7); con todo esso, los fijos que nascen del padre, e de la

recibir órdenes sacros; lo que pone en duda, fundándose en que no consta si han nacido de una esclava ó de una libre, si en matrimonio ó fuera de él; si de una soltera ó de una casada, ó si de lícito ó ilícito ayuntamiento: á pesar de lo cual se inclina á la afirmativa, bien que no decididamente; Juan de Anaya sin embargo está tambien por la afirmativa, por las razones que pueden verse allí.

(14) Como en d. l. 2, y d. cap. 1.

(1) Toma orígen de la l. 4. §. 1. D. *de stat. hom.*, y del §. 2. Inst. *de jur. pers.*

(2) V. l. 1. tit. 29. P. 2. y lo anotado allí.

(3) V. la l. ult. tit. 5. P. 4. y lo que allí se dijo.

(4) Añad. l. 7. C. *de rei vindic.*, y l. 12. C. *de murilegul.*, y Juan de Plat. allí: y l. 21. C. *de agric. et censit.*, donde puede verse la glos., que aduce algunos casos de escepcion, y añad. l. 4. C. *de agric. et mancip.*, y también Juan de Plat. allí y l. 1. C. *de prædiis tamiacis.* Sin embargo los nacidos de empleados en el servicio de la Iglesia, aunque de una muger libre, siguen la condicion del padre, y se hacen esclavos de aquella, según el cap. *cum multæ*, 15. cuest. ult. y la l. prox. sig.: la glos., empero, allí dice que pierde la Iglesia este derecho por el no uso. ¿Qué deberia, empero, decirse del hijo que naciese de una enclaustrada y un monge ó sacerdote? V. la glos. al cap. *impudicas*, 27. cuest. 1. Y en órden á si la sentencia dada contra la madre, declarándola esclava, perjudicará al feto V. l. ult. C. *de liber. causa.*, y Bald. allí.

(5) Añad. l. 5. §. ult. D. *de stat. hom.*, y §. 1. Inst. *de ingen.*

(6) O adscripticio, segun la Nov. 54.

(7) Entiéndase de los nacidos de legítimo matrimonio, ó legitimados despues; porque lo contrario deberia decirse de los ilegítimos, se-

madre libres, deuen seguir la condicion del padre, quanto en las honrras, e en los fueros del siglo.

LEY 3. *De como los fijos de los Clerigos, que han Ordenes Sagradas, deuen ser sieruos de la Eglesia.*

Casos, e razones y ha, porque algunos de los que nascen de padre, e de madre libres, se tornan sieruos; e el vno dellos es, como si algun Clerigo, que fuesse ordenado de Ordenes sagradas, casasse con muger libre (8), e en aquella semejança (9) que los legos deuen casar de derecho. Ca los fijos que ouieren de tales mugeres, deuen ser sieruos de la Eglesia (10), en que era beneficiado (11) el Clerigo que assi casasse. Pero estos tales non los (a) deuen vender, como otros sieruos, mas siempre son tenudos de seruir aquella Eglesia. E aun les nasce a los fijos otro embargo, del yerro quel padre fizo casando en esta manera; ca non deuen heredar los bienes del padre, como quier que puedan heredar los de la madre (12).

LEY 4. *De como los Christianos, que lleuan fierro, o madera, o armas, o nauios, a los enemigos de la Fe, se tornan sieruos porende.*

Malos Christianos y ha algunos, que dan ayuda, o consejo a los Moros, que son enemigos

(a) pueden Acad.

gun la l. 24. D. *de stat. hom.*, y la glos. y Ang. allí, l. 22. C. *de decurion.*, y Juan de Plat. allí.

(8) Añad. l. 41. tit. 6. P. 1. y lo anotado allí. Debe entenderse en el caso de que la muger contrajese este matrimonio á sabiendas; pues si lo hiciese ignorando que fuese clérigo su esposo, los hijos que de él nacerian no fueran esclavos, sino legítimos, segun el cap. *ex tenore*, 14. y otros, *qui fil. sint legit.*; con tal que lo hubiese contraido *in facie Ecclesiæ*, segun el cap. *cum inhibitio*, 3. *de cland. despons.*, y V. d. l. 41.

(9) Requiérese, pues, para que proceda la pena de esta ley, y del cap. *cum multæ*, cuest. ult. de donde se ha tomado la presente, que de hecho lleve el clérigo vida conyugal con la muger con quien se haya casado, por importar asi su matrimonio un crímen presunto de mayor gravedad; y aun parece requerirse tambien que el matrimonio se haya contraido públicamente en faz de la Iglesia como suelen contraerlo los legos; y ademas, segun nuestra ley aqui, podrá decirse ser igualmente necesario para incurrir en la pena el clérigo *in sacris* que haya contraido el matrimonio públicamente ante la iglesia, al modo que lo contraen los legos; porque si lo contrajese ocultamente, entonces no procederia la pena de esta ley. Hace al caso lo que dice Jaco. Butr. segun refiere Bald. allí á la l. 4. C. *de summ. Trinit.*, acerca del monge profeso que contrae matrimonio públicamente, esto es, que el conocimiento de este crímen pertenece á los inquisidores de heregía; porque parece tener el que lo comete una mala idea acerca de los sacramentos, como lo notan tambien Dominic. y otros al cap. *accusatus*, §. *sanè*, *de hæretic.* lib. 6. y el doctor de Villadiego en su tratado *de hæret. pravit.* Pero adviértase que los lugares jurídicos de donde se ha tomado esta ley y tambien la 41. antes citada tan solamente exigen que el matrimonio se contraiga á sabiendas y no que se celebre en faz de la Iglesia.

(10) La glos. á d. cap. *cum multæ*, establece que la iglesia pierde este derecho por el no uso, segun se ha dicho en la ley próxima antecedente. El Abad con todo al cap. 2. *de cohab. cler. et mulier.*, dice que, como nunca haya sucedido, á lo menos entre nosotros, que un clérigo se haya casado, no podemos decir que este derecho se haya perdido, á tenor de lo que nota Cin. á la l. 2. C. *quæ sit long.*; y Juan Andr. al cap. *Joannes*, *de cler. conjug.*: y aun dado que asi se observase por costumbre en algun lugar, no deberia estenderse á otro, segun lo anotado por Inoc. al cap. ult. *de offic. Archid.*

(11) ¿Y si no tiene beneficio? V. Archid. á d. cap. *cum multæ*.

(12) Síguese en esto la opinion de Juan glos. al cap. *cum multæ*, contraria á la sostenida allí por Archid. despues de Lauren. y Bart. de Belen. en su adicion á d. glos.: y asi el hijo del clérigo ordenado *in sacris* por derecho de Partidas sucede á la madre; aunque por derecho comun algunos DD. pretendieron que ni á la madre podia suceder, segun Cardin., Abad y Prepos. al cap. *cum haberet*, *de eo qui dux. in matrim. quam pol. per adult.*, Abad á d. cap. *per venerabilem*, *qui filii sint legit.* en la glos. á la palabra *adulterinis*. La misma opinion sostiene Rodr. Suarez en sus comentarios á la l. 1. tit. 6. lib. 3. Fuero Real, vers. *hæc in successione parentum*, donde dice *quid autem in filio clerici*; y (lo que es de estrañar) lo hace fundándose en el derecho comun, sin aducir ninguna ley del reino; y allí mismo adelanta todavia mas, y dice que el hijo del clérigo aun de órdenes menores, no sucede á la madre, á menos que no sea beneficiado, no acordándose de esta ley que espresamente dice lo contrario. Y aun si fuese hijo de un clérigo

de órdenes mayores y beneficiado, dice verificarse lo mismo que en el caso anterior Miguel de Cifuent. en su glos. á la l. 9. de *Toro*, [l. 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.] vers. 3. *dubitatur*, pasando tambien por alto la presente de Partida, y movido tan solamente por las ll. 9. y 22. tit. 3. lib. 1. y l. 2. tit. 3. lib. 5. Orden. Real. Montalbo con todo, á quien cita el mismo á la l. 10. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real en la glos. á la palabra *en adulterio*, sostiene que el hijo de clérigo aun de órdenes mayores, por las razones que allí pueden verse, sucederá á la madre, con tal que esta no fuese consanguínea del padre ni estuviese casada con él, y añade que en este sentido debe entenderse la ley del Ordenamiento de *Soria*, del cual se habla en dd. ll. del Ordenamiento Real. Y en efecto por derecho comun parece que no está prohibido, sino permitido, que dicho hijo suceda á la madre: y en cuanto á las razones de los DD. que sostienen la opinion contraria, fácil cosa es contestarlas satisfactoriamente, diciendo que proceden tan solo cuando la union ó coito de la madre con el clérigo haya sido de las reprobadas legalmente y punibles, no solo por parte de este, sino tambien por la de aquella, como en el caso de ser la misma consanguínea del padre ó haber estado casada con él: y por lo que respecta á la glos. que se alega á la Nov. 89. cap. ult. no habla de la sucesion de la madre, y esta es la razon porque Matth. de Aflic. en la constitucion Nap. tit. 82. col. 2. pretende que semejante coito no debe castigarse con ninguna pena temporal. Por derecho de Partidas la cuestion es clara como se ve aquí: en el dia hay motivos para dudar, atendidas las ll. del Ordenamiento Real, y por la importancia sobre todo que á la citada l. 22. ha querido dar dicho glosador Cifuent. fundándose en las palabras: *Si sus hijos heredasen sus bienes é de sus padres*. A estas leyes no obstante puede dárseles tambien solucion, diciendo que al escluir al hijo de la sucesion, hablan de la del padre y de la de los consanguíneos paternos; pero no de la materna ni de los consanguíneos por parte de madre, como se colige de las mismas, si se miran con detencion. Tampoco obsta la palabra *sus bienes*, porque esta no está en el cuerpo de la l. 22. sino en su proemio, y ademas porque de ella no se colige que la citada l. escluya á d. hijo de suceder á la madre; sino que lo que quiere es retraer á las mugeres de unirse con los clérigos por el temor de que los hijos sean privados de la sucesion de aquellos, y precaver el peligro de que fuesen, como serian frecuentes semejantes uniones, si viesen aquellas que los hijos no solamente podian suceder á ellas mismas, sí que tambien á los clérigos sus padres: y examinando el contesto original de d. ley, se ve que no escluye al hijo de clérigo de la sucesion de la madre ni de los parientes por parte de la misma. Lo que mas podria contrariar esta opinion fuera el final de d. l. 9. de *Toro*; pero tambien puede dársele solucion con decir que ella no ha intentado disponer otra cosa, que lo que estaba ya antes prevenido por el Ordenamiento de *Soria*, sobre lo cual se han dado ya las oportunas esplicaciones: y como sobre la materia nada disponga d. l. del Ordenamiento; no puede decirse que la de *Toro* prohiba tal sucesion; arg. lo anotado por Bald. á la l. 1. col. 2. C. *de error. advocat.* á propósito del que al absolver una posicion dice confesar un hecho tal como resulte consignado en un instrumento que al intento haya designado; donde puede verse un texto notable. Concluyamos pues diciendo, que ni por derecho civil, ni por el de Partidas, ni por el de los Ordenamientos, el hijo de clérigo, aunque de órdenes mayores, es escluido de la sucesion de la madre; salvas las escepciones siguientes: primera la de estar la madre casada con el clérigo, ó ser consanguínea del mismo como anteriormente se ha dicho; segunda la de haber sido aquella públicamente concubina del clérigo al tiempo de la concepcion; pues entonces no sucederia el hijo á la madre, si el padre tuviese órdenes mayores, en razon de que semejante union está prohibida y declarada punible por las leyes de los Ordenamientos, como resulta de la l. 24. tit. 3. lib. 1. Ordenamiento Real y tambien de las pragmáticas: en cual sentido tendrá lugar lo dispuesto por d. l. de *Toro*; porque aun cuando en dicho caso no se castigue á la madre con pena capital, [y por consiguiente no puede decirse en rigor que aquel sea un dañado y punible ayuntamiento, segun la misma citada l. de *Toro*] basta que se incurra en otra pena por el concubinato con un clérigo; y esta doctrina se confirma por lo que dicen las leyes del Ordenamiento de *Soria* y de Birbiesca, de las cuales se ha hecho mencion, en las que se usa la palabra *barraganas*, aplicable únicamente á las concubinas públicas y manifiestas, como se lee en el sumario y en la l. 1. del tit. 14. de esta Partida; y si se ha dicho que esto debia verificarse en el tiempo de la concepcion, es por ser este al que debe atenderse, á tenor de la l. 7. §. 1. D. *de senat.* y la glos. allí, l. ult. D. *de stat. hom.*, Bald. á la l. ult. C. *de bon. damnat.* y §. 1. Instit. *de ingen.* y hace al caso la l. 2. de este mismo tit.: á la que puede añadirse que los estatutos de los Príncipes seculares represivos del concubinato de los clérigos se refieren siempre á las concubinas públicas, y no tienen fuerza contra las que no lo sean, segun largamente lo esplica Pedro de Anchar. consil. 196., que comienza, *magnificus illustris*

de la Fe; assi como quando les dan, o les venden armas de fuste (13), o de fierro, o galeras, o naues fechas, o madera para fazellas. E otrosi, los que guian, o gouiernan los nauios dellos, para fazer mal a los Christianos. E otrosi, los que les dan, o les venden madera, para fazer algaradas (14), o otros engeños. E porque estos fazen grand enemiga, touo por bien Santa Eglesia (15), que qualesquier que prendiessen a algunos de los que estas cosas fiziessen, que los metiessen en seruidumbre, e los vendiessen, si quisiessen, o se siruiessen dellos, bien assi como de sus sieruos (16). E demas desto, son descomulgados estos atales, tan solamente por el fecho, segund dize en el Titulo de las descomulgaciones: e deuen perder todo quanto que ouieren (17), e ser del Rey.

LEY 5. *En que cosas es tenudo el sieruo, de guardar su señor de daño.*

Todo sieruo es tenudo de guardar su señor (18) de daño, e desonrra, en todas las maneras que pudiere, e supiere: e es tenudo de obedescer, e de acrescerle su honrra, e su pro, en todas guisas. E non tan solamente es tenudo el sieruo en estas cosas sobredichas al señor, mas a su muger (19), e a sus fijos (20): e si menester ouieren su ayuda, quiriendolos alguno matar, e desonrrar, deue acorrer a cada vno dellos, e morir por ellos (21), por escusarlos de muerte, o de desonrra. E esto deue facer cada vn sieruo bien, e lealmente: e non se puede escusar por ninguna manera.

Princeps. y en la repet. de la regla, *ea quæ fiunt, de reg. jur. in* 6. y lo dice Felin. al cap. *ecclesia S. Mariæ* col. 44. *de constit.*, y añádase finalmente á esto lo dicho á la l. penult. tit. 13. P. 6. — *Prescindimos de añadir reflexion alguna sobre lo que tan difusadamente discurre nuestro glosador aqui sobre la verdadera interpretacion que deba darse á la l. de *Soria*, y á la 9. de *Toro*, insertas ambas en la Novísima Recopilacion, ó sean las 4ª y 5ª tit. 20. lib. 10. de d. Código, ya por considerar esta materia enteramente estraña á la de que se trata especialmente en el presente título; ya porque pueden verse sobre este particular las abundantes noticias que con tanta exactitud como criterio ha reunido el Sr. Escriche en su Diccionario, art. «hijo sacrílego» §. 1.

(13) Añad. l. 22. tit. 5. P. 5. y l. ult. tit. ult. lib. 1. Ord. Real, en donde puede verse lo relativo á los que llevan trigo, aceite y otras provisiones á los enemigos de la fe, durante la guerra con ellos; sobre lo cual puede verse tambien la l. 31. tit. 26. P. 2. contra los que les lleven cualquier otra cosa, y lo anotado á la l. ult. C. *quæ res. vend. poss.*

(14) Esta palabra se toma aqui en diferente sentido que en la l. 29. tit. 23. P. 2.

(15) Nótese aqui que el Papa pueda poner estatutos y ejercer jurisdiccion sobre los legos por razon de crímen cometido contra el estado ó decoro de la Iglesia: añad. cap. *ita quorumdam* 6 *de Judæis* y Abad, la glos. y DD. alli y cap. 1. *de homic.*

(16) ¿Podrá tambien manumitirles el que los haya prendido? Juan Andr. al cap. *ita quorumdam de Judæis* sostiene que nó, por cuanto se han hecho esclavos por razon del delito, segun la l. 2. C. *quib. ad libert. proclam. non licet.* y lo mismo dicen Spec. tit. *de Judæis et* *Sarac.* vers. *sed numquid capiens*, y Juan de Ana. á d. cap. *ita quorumdam.*

(17) Añad. d. cap. *ita quorumdam*, y l. 2. C. *quæ res export. non deb.*

(18) Añad. l. 1. D. *ad Syllanian.*

(19) Añad. ll. 1. §. 15. y 3. §. 2. D. *ad Syllan.*

(20) Añad. l. 1. §. 7. del mismo tit.

(21) Añad. l. 1. §. 28. y l. 19. D. *ad Syllanian.*: con todo los criados libres, aunque deban á los dueños sus trabajos y obsequio, y estén constituidos respecto de los mismos en una especie de esclavitud, con obligacion de defenderles con armas ó del modo que puedan; no están sin embargo obligados á morir por ellos, ni á esponerse á riesgo de la vida, si voluntariamente y por su generosa adhesion no quieren hacerlo, Bald. á la l. 1. en la segunda lectura col. 6. hácia el fin C. *unde vi.*; porque lo que se dice aqui es especial para los esclavos, y en este sentido debe entenderse y limitarse la l. ult. tit. 8. P. 7. en lo que se refiere á los sirvientes. Tampoco podrá obligarse á los vasallos, á que antepongan la salvacion de su señor á la suya propia, l. 6. §. 8. D. *de re milit.* y cap. 2. *de feud. sine culpa non amit.* y lo que nota la glos. al cap. 1. *quib. mod. feud. amit.* Alberic. despues de Jacob. de Rave. á d. §. *hoc autem*; porque el esclavo está mas sujeto al poder del señor que el vasallo; de modo que en su principio los dueños tenian el derecho de vida y muerte sobre los esclavos, §. 1. Inst. *de his qui sui vel alien. jur. sunt.* §§. 1. y 2. Inst. *de jur. person.*: si bien despues el derecho civil suavizó el rigor del de gentes, prohibiendo matarlos, y mandando conservarlos, con tal que estuviesen dispuestos á ir á la cárcel y á arrostrar la muerte por sus señores; razon que no milita respecto á los criados y vasallos. Lo mismo sostiene

que non lo faga assi, lo pudiendo facer; fueras ende, si fuesse enfermo (22), de guisa que lo non pudiesse cumplir, o si fuesse preso, o encerrado (23) o tan lueñe (24) de aquel lugar, que non pudiesse llegar en ninguna manera a acorrerles. E si el sieruo firiesse, o matasse alguno, amparando su señor de peligro de muerte, deue ser sin pena (25).

LEY 6. *Que poderio han los señores sobre sus sieruos.*

Llenero poder ha el señor sobre su sieruo, para fazer del lo que quisiere (26). Pero con todo esso, non lo deue matar, (*b*) ni lastimar (27), maguer le fiziesse por que, a menos de mandamiento del Juez (28) del lugar, nin lo deue ferir, de manera que sea contra razon de natura (29), nin matarlo de fambre (30); fueras ende, si lo fallasse con su muger (31), o con su fija, o fiziesse otro yerro semejante (32) destos. Ca estonce bien lo podria matar. Otrosi dezimos, que si algun ome fuesse tan cruel a sus sieruos, que los matasse de fambre, (*c*) o

(*b*) estemar Acad.
(*c*) o los firiese mal Acad.

Bald. á d. cap. 1. *princ.* col. 2. *quib. mod. feud. amit.*; aunque la glos. quiso lo contrario á d. §. *potuisse*: estará sin embargo tenido el vasallo á esponer su vida para salvar á su señor, como lo indica Bald. á d. cap. 1. *princ.* y la l. 3. tit. 29. P. 2. V. la l. 4. tit. 27. y l. 4. tit. 24. de esta misma Partida.

(22) Añad. l. 3. princip. D. *ad Silanian.*

(23) Añad. d. l. 3. §. 6.

(24) Como en d. l. 1. §. 30. D. d. tit. y l. ult. C. d. tit.

(25) Porque por lo que se hace legítimamente, no se merece pena, L. 4. C. *de adult.* y se reputa que al herir ó matar el esclavo en el caso de esta ley lo ha hecho en defensa propia; puesto que de no haberlo hecho habria incurrido él en pena de muerte, y esta es la razon que le escusa, como se lee allí: y aun, lo que es mas notable, pretendia Cin. á la l. 1. C. *unde vi*, cuestion penult. que debia escusársele tambien cuando el señor sospechando que su muger era adúltera mandase á su esclavo ó familiar, que la matase, amenazándole de muerte si no lo hacia, en cual caso aunque este hubiese cumplido dicho mandato, pretende que no seria reo de homicidio, pues que se reputaria haberlo hecho en defensa propia: y del mismo sentir son la glos. á la l. pen. D. *Si famil. furt. fecis. dicat.* y Bart. á la l. 2. D. *de noxal.* donde hay un texto notable: y sobre si lo dicho procede por derecho divino ó canónico, v. al Abad al cap. *Sacris.* col. 2. *quod metus causa*, en donde sostiene que ni por el uno, ni por el otro, v. al mismo allí.

(26) Añad. l. 1. D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt* y glos. y DD. allí l. unic. C. *de emendat. servor.*: y con templanza puede el señor castigar al esclavo con causa ó sin ella segun la glos. allí: y puede tambien encarcelarle por su propia autoridad, segun dice Bald. en la repeticion á la l. 3. col. 6. D. *de jurisd. omn. judic.* sin alegar empero nada en apoyo de esta opinion. V. con todo la l. 5. C. *famil. ercisc.*, si bien lo dispuesto en ella deberia entenderse tan solo en el caso de que el esclavo hubiese hecho alguna ofensa á su señor, como parece inferirse de su espíritu, y lo sostiene Salic. allí donde puede verse á Bald. sobre cuáles sean los actos que son ofensivos.

(27) Como en la l. 2. D. *de his qui sui vel. alien. jur. sunt*, §. 2. vers. *sed et major asperitas*, Instit. d. tit. cap. *si qua fœmina* 43. dist. 50. con la glos. allí cap. *si ecclesia* 42. con la glos. 23. cuest. 4.; pues se reputa culpable la crueldad escesiva, l. 2. princ. D. *ad leg. Aquil.*

(28) Se declara muy bien aqui que el dueño ni aun con causa, puede encrudelecerse inmoderadamente contra los siervos; debiendo acudir al juez cuando la tenga; l. 11. §. 1. D. *ad leg. Cornel. de sicar.* y lo mismo sostiene Alber. á la l. 1. §. 2. D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt.*; debiendo notarse que no lo declaraban tan espresamente la glos. y DD. á la l. 1. C. *de emendat. servor.*

(29) Se dice *contra razon de natura*, porque por derecho civil al esclavo nunca se le hacia injuria, l. 1. C. *de injur.* ni se le tenia siquiera por persona l. 32. y reg. *per omnia* D. *de reg. jur.*

(30) Añad. dicha l. 2. D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt.*; l. unic. §. 3. C. *de latin. liber. tollen.*, donde se dice, que si [illegible] esclavo desfallecido se le niegan los alimentos, por el hecho mismo se hace libre: lo mismo se dice en el cap. 1. *de infant. et lang. expos.*, y V. lo anotado á d. §. 1. vers. *sed et major*, Inst. *de his qui sui vel alien. jur. sunt.*

(31) Esto es, en actos venéreos ó torpes, l. 96. D. *de verb. oblig.*, l. 53. §. 3. D. *de legat.* 1., l. 22. §. ult. D. *ad L. Jul. de adulter.*, y l. 23. d. tit. y Bart. allí; y sorprendiendo en ellos á su esclavo puede el señor matarle de su propia autoridad como se lee aqui; ya que podria matar tambien al que sorprendiese asi, aunque fuese esclavo ageno, ú hombre libre.

(32) Como si lo sorprendiese en actos torpes con la madre ó hermana, cap. *si vero*, 3. *de*

les firiesse, o les diesse tan gran lazerio, que non lo podiessen sofrir, que estonze se pueden quexar (33) los sieruos al Juez. E el, de su oficio, deue pesquerir en verdad, si es assi: e si lo fallare por verdad, deuelos vender (34), e dar el precio a su señor. E esto deue fazer, de manera que nunca puedan ser tornados (35) en poder, nin en señorio de aquel, a cuya culpa fueron vendidos.

LEY 7. *Como las ganancias que fazen los sieruos, deuen ser de sus señores.*

Todas las cosas quel sieruo ganare, por qual manera quier que las gane, deuen ser de su señor (36). E aun dezimos, que las cosas quel fuessen mandadas en testamento al sieruo, que tambien las puede demandar el señor, como si las ouiessen mandado a el mismo. Otrosi dezimos, que si alguno pone su sieruo en tienda, o naue (37), o en otro lugar, mandando que vse de aquel menester, o mercaduria; que todos los pleytos que tal sieruo fiziere, con quienquier que los faga, por razon de aquel menester (38), o mercaduria en que lo pone, que es tenudo el Señor de los guardar, e de los complir; tambien como si el mismo los ouiesse fechos.

LEY 8. *Como Judio, nin Moro non puede auer Christiano por sieruo.*

Judio, nin Moro, nin Ereje, nin otro ninguno que non sea de nuestra Ley, non puede

sent. excom., cap. 1. *princ.* vers. *item si fidelis*, *quib. mod. feud. amit.*, y l. pen. tit. 7. lib. 4. Fuero Real, ó si ocurriese el caso de que habla la l. 6. §. ult. D. *ad Syllan.*: adviértase, empero, que segun Alberic. á d. l. 1. §. 1. D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt*, despues de Guillel. y Jacob. de Rav. el señor no puede matar al siervo propio, á no ser en el caso, en que podria tambien matar al ageno ó á un hombre libre, como si le encontrase en adulterio: y de otra manera no podria castigarlo sino encarcelarlo ó entregarlo al juez para que lo castigara: y quizás pudiéramos decir que este es el espíritu de la presente ley como se ve por las espresiones que anteceden y por las de *otro yerro semejante destos*, y asi que deberia haber perfecta paridad de circunstancias ó ser estas tales, que por ellas pudiese matarse á un hombre libre ó esclavo ageno, aunque podria decirse que, como tan solamente el padre y el marido tienen derecho para matar al adúltero, ll. 20. y 24. D. *ad L. Jul. de adult.*, l. 4. C. d. tit., (de manera que ni aun es permitido al hijo matar al que ha sorprendido con su madre, segun sostiene Aug. á d. l. 4.; por mas que la glos. á la l. 23. D. *ad Leg. Jul. de adult.*, opinase en sentido contrario) asi tambien esta nuestra ley de Partª cuando dice, *otro caso semejante destos*, da al señor facultad de matar á su esclavo, cuando le halle deshonestamente con su madre, hermana, ó con la hija de su hijo por la semejanza de casos y por ser en ellos tan grande el dolor que no deja lugar á la reflexion; á propósito de todo lo cual puede verse la l. pen. tit. 7. lib. 4. Fuero Real, segun la cual hasta es lícito matar al que se sorprende en actos torpes con la hermana ó con otra parienta á quien se tenga en la casa. Y quizás pudiéramos decir lo mismo en el caso de sorprender el señor á un esclavo con su concubina aunque sean esta y el primero solteros; porque entre la concubina y la muger *nisi dignitate nihil interest*, l. 49. §. 4. D. *de legat.* 3., y V. Bald. á d. cap. 1. princ. col. ult. vers. *quid si cognovit concubinam*: ni de otra parte deben imponerse al señor respecto de su esclavo tantas restricciones, como respecto del esclavo ageno ó del hombre libre, atendiendo que por derecho antiguo tenia la libre facultad de castigar á aquel segun su beneplácito, y por mas que se haya aquella restringido por la presente ley y otras que le son análogas, no debe esto interpretarse en sentido tan estricto y desfavorable al señor; que no se le dé el derecho de dar la muerte á su esclavo sino en los casos en que lo tendria de darla á un hombre libre ó á un esclavo ageno: hace á este propósito lo que se lee en la l. 96. D. *de verb. oblig.*, l. 19. tit. 11. P. 5. y lo anotado por Alberic. á la l. 23. col. ult. princ. D. *de verb. obl.*

(33) L. 2. vers. *dominorum*, D. *de his qui sui vel alien. jur. sunt*, y d. vers. *sed major*, Inst. del mismo tit.

(34) Asi como aqui por la escesiva crueldad se declara perdido el dominio; se pierde tambien por igual causa la jurisdiccion, como lo observa Bald. despues de Guillel. y Cin. á d. vers. *dominorum*: V. allí y lo dicho á la l. 22. tit. 13. P. 2. y asi decia Bald. al cap. *unic. qualiter dominus propriet. feud. priv.*, que el señor que abusa del señorío se hace indigno de él.

(35) Asi, pues, no podrá ya redimir sus esclavos aquel que en pena hubiere sido obligado á venderlos, como se declara aqui y V. Bald. á d. vers. *dominorum.*

(36) Añad. §. 3. Instit. *per quas pers. nob. acquir.*

(37) Conc. §. 2. Instit. *quod cum co.*

(38) Mas no tendrá asimismo obligacion de

auer (39) Christiano ninguno por sieruo. E qualquier dellos que contra esto fiziesse, teniendo a sabiendas Christiano alguno por sieruo, deue morir por ello, e perder todo (40) quanto que ouiere, e ser del Rey. Otrosi dezimos, que qualquier destos sobredichos, que quiesse sieruo que non fuesse de nuestra Ley, si aquel sieruo se tornare Christiano, que se faze libre por ende, luego que se faze baptizar, e recibe la nuestra Fe, nin es tenudo de dar por si ninguna cosa, a aquel cuyo era, ante que se tornasse Christiano. E maguer despues desto (41) se tornasse Christiano aquel que era señor, non le finca porende ningun derecho en este atal, que fue su sieruo, e se torno Christiano ante que el. E esto se entiende, quando el Judio, o el Moro, compra el sieruo que se torno Christiano, con intencion de seruirse del, e non para venderlo, como en mercaduria. Pero si lo comprasse con intencion de lo vender, deuelo fazer fasta tres meses. E si ante que los tres meses se cumpliessen, trabajandose el señor de venderle, se tornasse Christiano, non perderia porende el Judio, o el Moro, todo el precio que quiesse dado por el. Ante dezimos, que seria tenudo de dar por si, el, o el que lo fiziesse tornar Christiano, doze marauedis (42) de la moneda que corriesse en aquel logar. E si non ouiere de que los pagar, deue seruir por ellos, non como sieruo, mas como libre, fasta que los aya merescidos. E si fasta los tres meses non lo vendiesse, maguer se torne despues Christiano, non le finca al que era su señor derecho ninguno en el.

TITULO XXII.

DE LA LIBERTAD.

Aman (1), e cobdician naturalmente todas las criaturas del mundo la libertad, quanto mas los omes, que han entendimiento sobre

guardar los contratos celebrados por el esclavo fuera de los negocios que le hubiere especialmente encargado, segun la l. 1. §. 7. D. *de exercit.*, y Bald. allí.

(39) Añad. l. unic. C. *ne christian. mancip.*, y cap. *mancipia*, dist. 54.; por el contrario, empero, un cristiano puede comprar un esclavo judío con tal que no more con él segun la glos. á d. cap. *mancipia*. Puede tambien un cristiano tener otro esclavo cristiano, segun Angel. á d. l. unic. á quien se refiere y sigue Juan de Anan. al cap. 1. *de judæis*. Añad. l. 22. tit. 11. P. 5. hácia el fin. Y de esta ley puede inducirse que si algun país de infieles se convierte á la fe permaneciendo su rey en la infidelidad, se libran los súbditos de su dominio y jurisdiccion; sin que los recobre aquel aunque despues se convierta tambien, como se prueba aqui con estas palabras *non puede auer* etc., y mas adelante con las de *maguer despues* etc. Inoc. con todo á d. cap. *quod super his de voto*, dice que el Papa puede dispensar á un señor infiel la jurisdiccion que tiene sobre los fieles convertidos, fundándose en la epístola 1. *ad Timot.* cap. 6., con tal que no use de ella para vejarlos injustamente, pero añade allí mismo que podrá obligársele tambien á dimitirlos mediante un precio ó indemnizacion, cuando de conservarlos bajo su dominio pueda resultar algun peligro bien á la fe ó bien á los mismos fieles sus súbditos, segun Juan Andr. allí. Y sobre esto V. á santo Tom. 2. 2. cuest. 4. art. 10. — * Sobre lo dicho aqui y en la nota 41, V. la adic. á la nota 254. tit. 9. Partª 4.

(40) Nótese esto; porque no se disponia asi en d. l. unic.

(41) Si, pues, se convirtiese á la fe el señor juntamente con el esclavo, no perderia aquel el dominio, asi como tampoco pierde el señorío y jurisdiccion el Príncipe que se convierte juntamente con su pueblo, arg. cap. *judæi* 5. *de judæis*, y estravagante de Juan 22. que comienza *dignum*, y está en el título *de judæis*, *in extravag. commun.* Si por esto, empero, peligrase la fe, podria quitarse la jurisdiccion y señorío como se ha dicho en la nota 39.: bien que si nos adherimos á la opinion de Host. á d. cap. *quód super his*, segun el cual no tienen los infieles ni principado ni jurisdiccion, sino que la tiene por ellos el Vicario de Cristo, podrá el Papa conceder á quien quiera estos principados de los infieles, segun Pedr. de Anch. en la regla *peccatum*, *de reg. jur.*, lib. 6. col. 16. y podrá con toda seguridad emposesionarse de ellos aquel á quien los hubiere concedido, ya que lo hiciere por la autoridad del Papa, V. Bart. en su tratado *de insula*, en la palabra *nullius*, col. ult. que debe tenerse muy presente á propósito de las concesiones apostólicas que se han hecho á los reyes de España sobre las tierras del mar océano; y V. todo lo que se ha dicho latamente á la l. 2. tit. 22. P. 2.

(42) Esto es, sueldos de oro, segun el cap. 1. y ult. *de judæis*, y nótese esto para inteligencia de las leyes de Partida, que muchas veces hablan de estos maravedís y por lo que hace al valor de los mismos V. Juan de Ana. á d. cap. 1. *de judæis*, col. 1.

(1) Mas preciosa es la libertad que la vida: l. ult. C. *de patr. potest.*; por lo que nadie

todas las otras, e mayormente en aquellos que son de noble coraçon. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos de la seruidumbre, queremos aqui dezir de la libertad. E mostrar, que cosa es, e quien la puede dar, e a quien, e en que manera: e que derecho a el señor en la persona, e en los bienes del que era su sieruo, despues quel a fecho libre. E por que razones puede perder este derecho.

LEY 1. *Que cosa es libertad: e quien la puede dar, e a quien, e en que manera.*

Libertad (2) es, poderio que ha todo ome naturalmente, de fazer lo que quisiere; solo, que fuerça, o derecho de ley, o de fuero, non gelo embargue. E puede dar esta libertad el señor a su sieruo, en Eglesia, o fuera della (3); o delante del Juez, o en otra parte; o en testamento, o sin testamento, o por carta. Pero esto deue fazer por si mismo, e non por personero (4); fueras ende, si lo manda fazer a algunos de los que descienden, o suben (5) por la liña derecha del mismo. Mas a menester, que quando lo aforrare por carta, o delante sus amigos, que lo faga ante cinco testigos (6). E si lo quisiere aforrar en testamento, non lo puede fazer, a menos de auer catorze años (7) el señor, quel aforra. E si lo quisiere aforrar de otra manera por carta, o delante testigos, o amigos, non lo puede fazer, a menos de auer el señor veynte años (8); fueras ende, si aquel a quien quisiesse aforrar, fuesse su fijo (9), o su fija, que ouiesse de alguna su sierua; o si fuesse su padre, o su madre, o su hermano, o su hermana; o su maestro que le enseñasse; o su amo, o su ama, quel criasse; o si fuesse su criado (10), o su criada; o si fuesse con el criado a leche de vna muger; o si fuesse tal sieruo, que ouiesse librado (11) a su señor de muerte, o de mala fama; o si quisiesse aforrar a alguno de sus sieruos, para fazerlo procurador, para recabdar sus cosas fuera de juyzio, auiendo el sieruo a lo menos diez y siete años (12) complidos; o si aforrasse su sierua, para casar con ella (13). Pero en este caso deue jurar, que por tal razon la aforra, e que casara con ella, fasta seys meses. Ca prouando el señor qualquier destas cosas (14) sobredichas, delante

puede rehusar la libertad, l. ult. C. *de testam. manum.*, y lo anotado por Bald. allí: ll. 106. y 122. *de reg. jur.*

(2) Adviértase, que en esta ley se da una definicion de la libertad, mas clara que en la l. 4. D. *de statu hom.* y §. 1. Inst. *de jure pers.*, donde la glos. refiere varios sentidos en los cuales puede esta palabra tomarse; y se aprueba aqui el de Jacob. de Rave. á quien se refiere Alber.

(3) Añad. §. 1. Inst. *de libertin.*

(4) V. la l. 3. C. *de vindicta;* glos. á la l. 27. D. *mandati*, y Bald. á la l. 4. C. *de dolo.*

(5) Añad. l. 1. hácia el fin C. *commun. de manum.*, y ll. 10. y 22. D. *de manum. vindicta*, y á Azon. *in summa* C. *de vindict. libert.*, y l. pen. C. *de his qui à non domino manum.*

(6) V. l. 1. §. 2. C. *de latin. libert. toll.*, y toda la glos. allí, y á Specul. en la rubr. *de serv. non ord.*, col. ult. que dice no ser necesaria esta solemnidad, sin que, empero, alegue ley alguna que asi lo pruebe; y por lo mismo débese estar á lo prescrito por la presente, que la exige como necesaria.

(7) Conc. Nov. 119. cap. 2. y lo dicho por la glos. al §. 7. Inst. *quibus ex caus. manum. non lic.*

(8) Conc. §. 4. Inst. *quib. ex caus. manum. non licet*, en donde se continúan estos mismos casos aqui esceptuados, y debe estenderse lo dispuesto aqui al caso de que habla la l. 66. D. *de verb. obl.*, y á lo que se lee en la glos. á la l. 15. D. *qui et à quib. manum.*: en la última glosa, con la limitacion que pone la l. 2. D. *de manum. vindict.*: no menos que al caso notable que trae la l. 4. D. *de serv. export.* Nótese al propio tiempo que debe decirse lo mismo respecto al adulto que quiera relevar de la fidelidad á sus vasallos, segun Bald. á la l. 1. D. *de rer. divis.*

(9) Conc. l. 2. y siguiente D. *de manum. vindict.*, y d. §. 1. Instit. *de libertin.*

(10) En el sentido en que se toma esta palabra en el tit. 20. de esta misma Partida; y añad. l. 13. D. *de manum. vindict.*

(11) Añad. l. 15. §. 1. D. *de manum. vind.*, cuyo texto hace muy al caso aqui.

(12) En cual edad puede ser procurador para negocios estrajudiciales; pues en cuanto á los judiciales se requiere la de 25 años, segun la l. 51. D. *de procur.*, y l. 5. tit. 5. P. 3.

(13) Añad. ll. 13. y 14. §. 1. y 20. §. 2. D. *de manum. vind.*

(14) U otras semejantes, como en la l. 15. princ. y §. 1. y ll. 12. y 16. D. *de manum. vind.*, pues esto se deja al arbitrio del juez como en d. l. 15. y lo nota Ang. á d. §. 1. Instit. *de libertin.*, y Azon. *in summa* C. *de vind. libert.*, col. 2. vers. *possunt aliæ*, y al arbitrio del mismo debe dejarse tambien el aprobar ó no la manumision de un esclavo

del Juez, el que fuesse menor de veynte años, e mayor de diez e siete, bien puede aforrar su sieruo; faziendolo todavia con otorgamiento de su guardador (15).

LEY 2. *Como puede ser libre el sieruo de dos señores, quando el vno lo quisiere aforrar, e el otro non.*

Auiendo dos señores, o mas, vn sieruo, si el vno dellos lo quisiesse aforrar, puedelo fazer. E si quisiere el, o otro alguno (16), comprar las partes que auien los otros señores en el, tenudos son de las vender (17), maguer non quieran (18), por precio derecho (19), e guisado; segund tuuiere por bien el Judgador de aquel lugar, do acaesciere. E si por auentura fuessen rebeldes, que non quisiessen tomar el precio por mandado del Judgador, nin lo quisiessen vender; deue el Juez fazer poner el precio para ellos en condesijo, en alguna Eglesia, o lugar señalado: e dende en adelante (20) sera libre el aforrado, maguer non lo otorguen aquellos sus señores.

cuando el menor que quiera otorgarla no tenga otro como en d. l. 13. vers. *præterea.*

(15) Añad. l. pen. D. *de manum. vind.* y Azon. *in summa*, C. *de vind. libert. toll.* col. ult.

(16) Entiéndase del caso en que un tercero compre la parte que corresponda á varios dueños sobre un esclavo para dar á este la libertad: siendo este el espíritu de la presente ley y el de la l. 1. C. *de commun. serv. manum.* de la cual trae aquella el orígen.

(17) Aun cuando uno de los condueños fuese menor, como lo nota la glos. á d. l. 1. sobre la palabra *impugnat.* y Alberic. allí sosteniendo d. glos. que lo mismo deberá verificarse en los siervos adscripticios; pues aunque no estén constituidos en personal esclavitud, á lo menos los que pueden á su libre voluntad salir del territorio á que estan adscriptos, con tal que hagan dimision de los bienes; esto no obstante no deja de ser una especie de esclavitud, el no poder verificar lo primero, sin que hayan ejecutado lo segundo, segun Juan Fabr. al §. ult. Inst. *de donat.* y Bald. á d. l. 1.: y esta doctrina tiene tambien aplicacion respecto de aquellos que en nuestro Reino se llaman solariegos, á tenor de las ll. 2. y ult. tit. 11. lib. 4. Ord. Real., y lo mismo debe decirse del caso en que uno de los condueños quiera promover á órdenes sagradas á un esclavo comun, segun el cap. 1. dist. 54. y la glos. allí. ¿Qué dirémos empero si en un terreno tambien comun quisiere uno de los condueños construir una iglesia? ¿Se podrá obligar al otro á vender la parte que le toca? V. á Bald. á d. l. 1., fundado en la cual está por la afirmativa. La presente ley debe por lo demás entenderse con tal que aquel á quien se obliga á vender su parte correspondiente, no tenga algun motivo especial para oponerse: pues si lo tuviese deberia ser atendido, ya fuese que por sentencia del juez, ó por provision de la ley, ó por mandato del testador, no pudiese el esclavo alcanzar la libertad, como en la l. 1 y 2. C. *qui non poss. ad libert. perven.* y Azon. allí *in summa.* V. en apoyo de esta doctrina la glos. 1. á la l. 2. C. *de libert. et eorum liber.* y á Alberic. y Angel. allí; sin que obste á lo dicho lo que espresan Juan Fab. á d. l. 1. y Archid. al cap. *fœlicis*, *de pœnis,* lib. 6. esto es: que si alguno de los condueños de una casa cometiese un crímen por causa del cuàl debiese destruirse aquella, pagando el otro el precio podria salvarla y retenerla; pues en tal caso no es la cosa la que ha delinquido, ni ha podido delinquir; á diferencia del que se ha propuesto respecto del esclavo, en el que se supone ser por culpa del mismo el que se le haya declarado indigno de la libertad; pero en las cosas verdaderamente tales aun cuando algunas veces se diga que caen ellas en culpa, como en la l. 5. §. 7. vers. *aut si machinæ culpa* D. *Commod.* y en la glos. á la l. 1. D. *si quadrup. paup. fecis. dicat*, y tambien, que puede usarse con ellas de crueldad como en la l. 15. §. 3. D. *de usufruct.*; pero todo esto se dice hablando figuradamente: pues las cosas no son capaces de delinquir, como se dice en la Nov. 17. cap. 12.: y sobre la cuestion que antes se ha propuesto acerca de los condueños de una casa, v. á Alberic. á la l. 20. D. *commun. divid.*

(18) Es este un caso de escepcion de la regla establecida en la l. 11. C. *de contrah. empt.* y en la 16. C. *de jure delib.*

(19) No tendrá lugar, pues, la tasacion del precio, de que se habla en d. l. 1. C. *de commun. serv. manum.* Azon. allí *in summa* decia, que á aquella tasacion debia estarse tan rigurosamente que nunca pudiese exigirse mas de lo tasado, y que si el esclavo de otra parte valia menos, se dejaba aquella al arbitrio del juez. La presente ley empero quiere que sin distincion de casos se deje la tasacion al arbitrio del juez; á la cual puede añadirse otro caso en que se practica lo mismo, como en el de que habla la l. 31. §. 4. D. *de fideicom. libert.*

(20) Antes pues de verificar esto no será libre, como se dispone aqui, y lo sostiene la glos. á d. l. 1.; porque puede obligarse en tal caso al dueño de un esclavo á que lo venda, mas nó al fiado.

LEY 3. *Por quales razones el sieruo se faze libre, por bondad que fizo, maguer el señor non quiera,*

Merescen a las vegadas los sieruos por si mismos ser aforrados, por bondades que fazen, maguer non los aforren sus señores. E esto puede ser por quatro razones. La primera es, quando algun sieruo faze saber al Rey, o alguno de los que judgan por el, como algun ome forço, o lleuo robada alguna muger virgen (21). La segunda, quando descubre a ome que faze moneda falsa (22). La tercera es, quando descubre alguno, que es puesto por Cabdillo de Caualleros. o de otros omes en frontera, o en otro lugar, por mandado del Rey, si los desamparo (23) sin otorgamiento del Rey. Esso mismo seria, si descubriesse a Cauallero que desamparasse en tal lugar al Rey, o a otro su Cabdillo. La quarta es, quando acusasse (24) al que ouiesse muerto (25) su señor, o lo vengasse, o descubriesse traycion (26) que quisiessen fazer al Rey, o al Reyno. Pero en las tres razones primeras, el Rey, o el otro Señor ante quien las descubriesse, deue dar al señor tanto precio (27), quanto vale el sieruo.

LEY 4. *Como la sierua se torna libre, quando su señor la pone en la puteria, por ganar con ella.*

Poniendo alguno sus sieruas en la puteria publicamente, o en casa alguna, o en otro lugar qualquier, que se diessen a los omes por dineros; establescemos, que por tal enemiga, como esta que les manda fazer, que pierda el señor las sieruas, e sean ellas porende libres (28). E mandamos, que los que

(21) Conc. l. 3. C. *pro quib. caus. serv. pro præm. libert. accip.*

(22) Conc. l. 2. d. tit.

(23) L. ult. del mismo, siendo notable la declaracion que se hace aqui de cuales se tengan por desertores de la milicia.

(24) La sola acusacion no seria suficiente, como no se probase plenamente el crímen, segun la l. 1. C. d. tit., donde nota Bald. que aquel que acusa y no prueba, no merece el premio ofrecido por la acusacion. Dice mas todavía el mismo Bald. esto es, que si de las pruebas aducidas por el siervo resultasen indicios, por los cuales se hubiese debido poner al reo en tormento por oficio del juez, tampoco seria este acreedor al premio; porque en tal caso mas bien resultaría hecha la prueba por el juez y por via de inquisicion, que por el mismo delator, lo que dice, debe tenerse presente. Puédese con todo dudar de la certeza de esta opinion; pues parece haber probado bastante el que ha suministrado suficientes indicios para poder legalmente aplicar al reo al tormento, y asi ha facilitado la confesion del delito; sin que d. l. 1., en la cual se funda Bald., pruebe lo contrario; antes bien corrobora la misma opinion la l. 197. D. *de verb. signif.*, en donde se dice que descubrir á un reo, es delatarle, acusarle y convencerle. Es creible, sin embargo, que si el que delató ó acusó no adujo pruebas, sino que se contentó con lo primero, no alcanzará por esto el premio; aun cuando con el transcurso del tiempo el juez hubiese encontrado pruebas: como lo nota Alber. despues de Oldral. á d. l. 1. y lo trae Alej. consil. 18. col. pen. vol. 5., reputándose tambien por haber producido la conviccion del reo el haber proporcionado indicios suficientes ó inducídole á confesar; á tenor de lo que dice Feliu. al cap. *at si clerici*, princip. *de judic.*: lo que corrobora tambien la presente ley con las palabras *o lo vengasse*; pues bastante parece haberse vengado al agraviado llamando á juicio, acusando, y convenciendo á su matador, y obligándole á confesar: ya que logrado el efecto, no debemos averiguar el medio con qué se ha logrado; l. 104. D. *de verb. obl.* l. 3. C. *de instit. et substit.* y añad. l. 46. tit. 5. P. 5.

(25) Lo mismo deberia decirse si hubiese descubierto el esclavo una conjuracion ó conspiracion tramada contra la vida de su señor: l. 39. D. *ad leg. Falc.* y Alej. allí.

(26) Téngase presente esta ley; pues en la actualidad no recuerdo ninguna del derecho comun que concuerde con ella; ya que si bien la l. 7. D. *ad leg. Jul. maj.* permitia que el esclavo pudiese ser delator en este delito; no le adjudicaba sin embargo en premio la libertad, ni se encuentra semejante disposicion en d. tit. del Código *pro quibus caus. serv. libert. accip.*: lo que aqui se dispone empero es muy justo y equitativo, menos en lo de que en el caso propuesto no haya de pagar el fisco el precio al dueño del esclavo, sobre todo si el dueño no ha sido culpable de la conspiracion descubierta.

(27) Conc. l. 2. y las dos sigs. C. *pro quib. caus. serv. libert. accip.*, con la limitacion que pone Salic. á la l. 3. del mismo tit.

(28) V. lo dicho á la l. 47. tit. 5. P. 5. Conc. l. 12. C. *de Episc. audient.* l. 35. D. *de religios.* l. ult. C. *de spectacul.* y l. 2. *de his qui sui vel alien. jur. sunt.*

lo judgaren por Nos en el lugar do esto acaesciere, que las amparen, que las non pueda tornar en seruidumbre jamas, aquel que era su señor, nin aya ningund derecho en ellas.

LEY 5. *Como el sieruo, por razon de casamiento puede ser libre.*

Casando (29) sieruo alguno con muger libre, sabiendolo su señor, e non lo contradiziendo, fazese el sieruo libre porende. Esso mismo dezimos que seria, si casasse la sierua con ome libre. E aun dezimos, que si el señor se casasse con su sierua, que seria la sierua libre (30) porende.

LEY 6. *De como el sieruo se faze libre faziendose Clerigo, o recibiendo Ordenes Sagradas.*

Sieruo de alguno, si se faze Clerigo, e recibe Ordenes sagradas, sabiendolo su señor, e consintiendolo, dezimos que se forro porende. E si el se faze Clerigo, non lo sabiendo su señor, puedelo demandar, desque lo supiere fasta vn año, e tornarlo en seruidumbre; maguer ouiesse recebido Ordenes de Subdiacono (31), o dende ayuso. Otrosi dezimos, que auiendo recebido el sieruo Ordenes de Missacantano, quel non podria el señor demandarle, para tornarle a seruidumbre; pero seria tenudo de dar por si a su señor tanto precio, quanto el podria valer ante que fuesse ordenado, o otro sieruo que vala tanto como el. Esso mismo dezimos que seria, e es tenudo de fazer, si rescibiesse Orden de Diacono. E si por auentura a tal Clerigo como este fiziessen Obispo, seria tenudo de dar por si dos sieruos (32), que vala cada vno dellos tanto, como el podria valer ante que se ordenasse.

LEY 7. *En que manera, por tiempo, puede el sieruo ganar libertad.*

Andando el sieruo (33) de alguno por si diez años, auiendo buena fe, e cuydando que era libre, en aquella tierra do morasse su señor, o veynte años en otra tierra, maguer non lo viesse su señor, fazese libre por ende. Pero si non ouiesse buena fe, e sabiendo que era sieruo, anduuiesse fuydo veynte años, non seria porende libre; ante si lo fallasse su señor, lo puede tornar en seruidumbre. Mas si por ventura, treynta años passassen, andando assi, dende adelante finca por libre, e non ha ningund derecho en el, aquel que era su señor. E esto se entiende, si anduuiesse foydo en tierra de Christianos. Mas si fuesse en tierra de Moros, quanto quier que fincasse alla, finca libre; assi como el Christiano que es captiuo en tierra de Moros, e puede foyr, e venir a tierra de Christianos.

LEY 8. *De como el aforrado deue honrrar a aquel que lo aforro, e a su muger, e a sus fijos: e en que cosas les deue fazer reuerencia.*

Porque la libertad es vna de las mas honrradas cosas, e mas caras deste mundo (34), porende aquellos que la resciben, son muy tenudos de obedescer, e amar, e honrrar a sus señores que los aforran. E como quier que los omes son tenudos de conoscer el bien fecho, e gradescerlo, a aquellos de quien lo resciben; en ninguna manera non lo son mas que en esta (35). Ca assi como la seruidumbre es la mas vil cosa deste mundo (que pecado non sea) (36) e la mas despreciada; assi la libertad es la mas cara, e la mas preciada. E porende el aforrado, e sus fijos, deuen mucho honrrar,

(29) Añad. l. 1. tit. 5. de esta Partida.

(30) Añad. l. 1. tit. 5. de esta misma Partida y lo dicho allí.

(31) Es singular que esto se disponga aqui, cuando espresamente está en contra el texto del cap. *miramur* 7. *de serv. non ordin.*, donde lo mismo se dispone respecto al subdiácono que al diácono, pudiendo verse lo anotado á la l. 18. tit. 6. P. 1. en la que se establece tambien lo mismo respecto de uno y otro.

(32) Lo que aqui se dispone, respecto de que el esclavo elevado á la dignidad de Obispo, ignorándolo ó contradiciéndolo su dueño, haya de entregar á este dos esclavos en compensacion, no recuerdo haberlo leido en otra parte alguna.

(33) Añad. l. 23. tit. 29. P. 3. y lo dicho allí: y v. tambien lo que nota Juan Fran. Balbo. en su trătado de la prescripcion, fol. 30. col. 1. vers. *quæro* 7.

(34) V. arriba en el sumario de este mismo tit. y en el del tit. 29. P. 2.

(35) Añad. l. pen. C. *de libert. et eor. liber.* donde califica Ang. de grande perversidad la de ser ingrato á la libertad recibida.

(36) Pues el que comete un pecado se hace esclavo de él, Joan. cap. 8. v. 34., y como dice S. Ambros. epist. 7. *ad Simplicianum* col. antepen. *Vide quam serius dixit Cayn: abscondam me (inquit) et ero gemens, et tremens super terram: et ecce omnis qui invenerit me, occidet me.* Génes. cap. 4. v. 14. El que peca,

e auer reuerencia en todas cosas a su señor (37), por quien rescibio la libertad, e a sus fijos; mas a los otros estraños (38), que fuessen establescidos por herederos en testamento del señor, non son tenudos los aforrados de fazer reuerencia. E la honrra que ellos deuen fazer (39) al señor que los aforro, es esta: quel deuen saludar cada vez que vinieren ante el, e ante sus fijos, omillandoseles: e cada vez quel señor sobreviniere, si el aforrado estuuiere posado, deuese leuantar a el, e recebirlo muy bien, e diziendol buenas palabras, e honrrandolo en todas las otras maneras que pueda. E non lo deue aduzir a pleyto, nin razonar contra el, nin demandarle ninguna cosa, a menos de pedir licencia al Juez (40) del logar: nil deue acusar (41), nin enfamar en ninguna manera; fueras ende, si lo ouiesse a fazer, sobre cosa que tanxesse al Reyno, o a la persona del Rey (42); o si ouiesse fecho tan grand tuerto (43) a el mesmo, feriendolo con armas, o errando de otra guisa contra el, de manera que lo non pudiesse escusar. E avn quando se ouiesse a querellar del sobre tal razon, non lo puede fazer sin licencia (44) del Judgador, segund que es sobredicho. Pero si el aforrado fuesse Guardador (45) de algun huerfano, bien podria aduzir su señor a pleyto, sobre cosa que pertenesciesse al huerfano. E avn en otras cosas deue el aforrado honrrar, e ayudar aquel que lo aforro. Ca si viere, e sopiere, que alguna de las cosas de su señor esta malparada en alguna manera, o que se le puede perder, deuese trabajar, de poner y la mayor guarda (46) que pudiere, porque non se pierda, nin se menoscabe; bien assi como si la cosa fuesse

pues se hace esclavo del remordimiento, de la codicia, de la avaricia, de la liviandad, de la malicia y de la ira; y creyéndose á sí mismo libre en este estado, es mas esclavo que si estuviese en poder de tiranos: añad. l. 13. C. *de sentent. pas.* Bald. á la *rubr.* C. *siquis aliq. test. prohib.* col. 8.: y á tenor de lo dicho por San Juan: *et sine ipso factum est nihil*, el pecado, que es una mera negacion de la gracia, aniquila al que lo comete y le reduce al no ser; glos. al cap. *porro de pœnit.* dist. 1. en el lugar que dice *veluti*.

(37) Y con razon: porque el que manumite es como un padre, segun se dice en la Nov. 78; y la persona del patrono debe ser para el liberto sagrada; l. penult. D. *de obseq. patron. præst.*

(38) Téngase presente esta ley, cuyas palabras unidas á las de la próx. siguiente, dan á entender, que los actos reverenciales á que está obligado el liberto, cuando son negativos ó consisten en no hacer, no pasan ó no se deben á los herederos estraños del patrono: al contrario de lo que por derecho comun pretendia la glos.: y lo mismo sostiene Azon. *in summa* C. *de oper. libert.* col. pen. Bart. empero á la l. 26. §. 12. col. 5. D. *de condict. indeb.* dice, que debe procederse en esto con distincion, y que se transmitirán solo á los herederos estraños algunos de los derechos reverenciales negativos, tales como el de no poder el liberto entablar demanda contra el patrono sin pedir antes la venia, segun la l. 2. C. *de in jus voc.*; y como el de no poder ser testigo contra el patrono, ni proponer contra él una accion infamatoria, ni en general todos aquellos que no traigan orígen de un hecho personal del patrono mismo, segun la l. 4. §. 16. D. *de dol. except.*: ni los que son positivos y consisten en haber de hacer algo ó prestar algun obsequio, como se declara en nuestra ley aquí y en d. l. 10. C. *de oper. libert.* Los deberes reverenciales, pues, que consisten en levantar al mismo patrono, saludarle y venerarle, y cuidar de sus negocios, no obligan respecto de los herederos estraños de aquel, segun la l. 10. C. *de oper. libert.* y lo anotado por Azon en el lugar arriba dicho, disponiendo aqui lo mismo nuestra ley de Part. Añad. la glos., en la palabra *naturam*, á la l. 26. §. 12. D. *de condict. indeb.*, en cuyo texto puede verse declarado, que los actos reverenciales se deben á los patronos aun cuando estos no los hayan exigido ó estipulado: y por lo tocante al liberto de la Iglesia, v. el cap. *liberti* 61. c. 12. cuest. 2. y glos. al cap. *diaconi* y *de libertis* 63. en la misma causa y cuestion.

(39) Declárase en la presente ley mas especificadamente que en ninguna del derecho comun en qué consistan esos actos reverenciales á los que está tenido el liberto para con el patrono; V. la glos. á la l. 5. C. *de obseq.*, y á d. §. 12. y allí Bart. col. 4. y Az. lug. cit.

(40) Añad. l. 2. C. *de in jus voc.*

(41) Añad. l. 11. §. 1. D. *de accusat.*, y l. 1. con la glos. C. *de obseq. patron. præst.*

(42) V. l. pen. y ult. C. *qui accus. non poss.*, y l. 3. tit. 2. P. 3.

(43) Añad. l. 10. §. 12. D. *de in jus voc.*

(44) Conc. d. §. 12.

(45) Apruébase la opinion de Azon. *in summa* C. *de obseq.*, y de la glos. á la l. 1. C. d. tit.

(46) Nótese esto bien; pues que el liberto debe cuidar de los negocios del patrono, cuando este se halle ausente, como se dispone aqui. Y añad. que tambien si estuviese presente, y le encargase algun negocio, que le

suya propia. E esto deue fazer, quando el señor non estouiesse delante. E avn lo deue guardar en otra manera. Ca si entendiere que aquel que lo aforro, es venido a tal pobredad, que ha menester de su aforrado algo, deuel acorrer, dandole que coma (47), e que beua, e que vista, e que calce, segund la riqueza, o el poder que ouiere.

LEY 9. *Por que razones puede el señor tornar a seruidumbre, aquel que ouiesse aforrado.*

Señores y ha algunos, que aforran sus sieruos, tan solamente por su buena voluntad (48), queriendoles fazer bien, e merced, non tomando precio ninguno dellos. E otros y ha, que los aforran por precio que resciben; o porque los mando aforrar su señor en su testamento, al heredero que establescio en el. E porende dezimos, que si el señor aforra su sieruo por su buena voluntad, non tomando precio; o si rescibiesse precio del sieruo mismo (49), que lo da por si; si atal aforrado como este despues fiziesse algund yerro contra su señor, o contra sus fijos (50); como si los acusasse (51), o los enfamasse, o fiziesse amistad con los enemigos dellos en su destoruo; o non les quisiessen dar que comiessen, o que vistiessen, si les fuesse menester, segund diximos en la ley ante desta; o si les fuesse desconociente, en algunas de las maneras por quel ome que da algo a otro, lo puede despues reuocar, assi como diximos en el Titulo de las donaciones (52), en la quinta Partida deste libro; dezimos, quel puede el señor tornar en seruidumbre (53) porende, querellando, e aueriguando (54) alguna destas cosas en juyzio. Mas si el precio, que ouiesse recebido por afo-

ocupase poco, estaria obligado á desempeñarlo; como si le enviase con un mensage á casa de un amigo, segun Bart. á d. §. 12. col. 4., y V. el texto de la l. 5. C. *de negot. gest.* Tambien está obligado el liberto á pedir tutores para los hijos del patrono, l. 2. C. *qui pet. tut. et cur.*, y l. 2. §. 1. D. d. tit.; y debe pedirlos á sus costas, segun lo sostienen Salic. y Alex. á d. l. 5. donde Paul. de Castr. contra el parecer de la glos. allí, dice que no le eximirá de pagarlas el haber protestado reservarse su repeticion.

(47) Añad. l. 5. §. 18. D. *de agnosc. liber.*; y lo mismo debe decirse del vasallo; á saber, que debe mantener al señor pobre, segun Bart. en su tratado *alimentorum*, col. pen. y ult. y Jason á d. §. 12. princip. y véase allí mismo en donde en muchas cosas equipara al vasallo con el liberto. V. tambien á Bald. á la l. 1. §. 3. C. *de latin. libert. toll.*, donde limita dicha obligacion respecto del vasallo, diciendo que este á su señor deberá alimentarle con los réditos del feudo; pero nó de sus propios bienes. V. á Carl. Molin. en sus coment. *consuet. Paris*, fol. 278. col. 1. — * Escusado es recordar aqui que, abolidos como estan los feudos y todas las obligaciones procedentes de ellos, lo que acerca de los mismos espresa nuestro glosador carece tanto de objeto como todo lo referente á los libertos, por incidencia de los cuales ha hablado aqui de los vasallos.

(48) Añad. l. 1. C. *de libert. et eor. liber.*, y Nov. 78. cap. 2.

(49) Añad. l. 5. C. *de obsequiis*, y glos. á d. l. 1. C. *de libert. et eor. liber.*

(50) Esto es, á los de primer grado, de manera que no se estiende esto á los nietos, ni se les comprende aqui bajo la denominacion de hijos, l. 70. vers. *item lege*, D. *de verb. signif.*, y lo anotado por la glos. á la l. 3. C. *de libert. et eor. liber.*

(51) Nótense aqui las causas por las cuales el liberto ingrato se reduce otra vez á la esclavitud. Y adviértase, que cuando el patrono no ha renunciado los derechos de tal, incurre el liberto en aquella pena aun por una leve ofensa á tenor de la l. 2. C. *de libert. et eor. liber.*, y la glos. allí: si, empero, los ha renunciado, entonces aquella debe ser grave, segun la Nov. 78. cap. 2. en la glosa á la palabra *restituimus*, donde espresa que se requerirán en dicho caso algunas de las causas de ingratitud por las que pueden legalmente revocarse las donaciones: y esta fue la opinion de Azon. *in summa* C. *de libert. et eor. liber.* Adviértase tambien, que la ofensa deberá consistir para dicho efecto en algun hecho, pues que si no es tal, como por ejemplo, si ha consistido simplemente en no prestar algun obsequio reverencial, no será causa suficiente para privar al liberto de la libertad, sino que deberá imponérsele otra pena correccional, segun la l. 30. C. *de liberal. caus.*; á menos que la falta haya consistido en rehusar los alimentos al patrono pobre, como se lee aqui y en la l. 6. §. ult. D. *de agnosc. liber.*, ó que se tratase de un liberto de la Iglesia, como lo nota Inoc. al cap. 3. *de serv. non ord.*

(52) L. 10. tit. 4. Partª 5.

(53) Escepto, si el liberto fuere clérigo; que en este caso no se revocará la manumision por la ingratitud, segun Inoc. al cap. 3. *de serv. non ordin.*, hácia el fin.

(54) ¿Será, empero, necesario que asi se declare por sentencia judicial? parece que nó,

rrar, non lo ouiesse dado el aforrado por si, mas otro alguno por el; o sil ouiesse aforrado por mandado de otro, que era su señor; estonce; maguer el aforrado fiziesse alguno de los yerros sobredichos, dezimos, que aquel que le ouiesse fecho assi libre, nol podria (55) despues tornar en seruidumbre. Pero puedese querellar al Juez del logar; e el deuelo castigar, o dar pena, segund fuere (56) el yerro (57) que ouiesse fecho.

LEY 10. *Que derechos pueden auer los señores en los bienes de los aforrados.*

En la persona del aforrado, diximos, que derecho finca al señor quel aforro. Agora queremos dezir, que derecho ha en sus bienes; e dezimos, que si el aforrado muere sin testamento, e non dexa fijo, nin nieto que herede lo suyo, nin ha padre, nin hermano (58), nin hermana, que sean libres, que estonce todos los bienes del aforrado deuen ser del señor. E si fiziesse testamento, e non ouiere ninguno de los parientes sobredichos; si los bienes del aforrado valieren cient marauedises de oro, e dende arriba, deue dexar a su señor, la tercera parte de lo que ouiere. E si por auentura menos ouiere, de la valia de los marauedises sobredichos, non es tenudo de dexarle nada, si non quisiere. E si el aforrado muere sin testamento, e dexare alguno de los parientes de suso dichos; estonce, quanto quier que valiessen los bienes, non ha derecho ninguno el señor en ellos. Mas deuelos auer el su fijo, o el pariente mas cercano que dexare, de los suso nombrados (59).

á tenor de las palabras de esta nuestra ley *puede el señor;* y lo mismo parece probar d. Nov. 78. cap. 2. Bart. sin embargo allí hácia el fin sostiene lo contrario, ó sea que debe mediar una sentencia para reducirse á un liberto á la esclavitud fundándolo en la l. 1. C. *de libert. et eor. liber.:* y observando tambien Salic. allí que esa revocacion de la manumision se hace por el oficio del juez; opinion que parece la mas verdadera. Ni á ello se opone la presente ley; antes al contrario la favorece, cuando dice *aueriguando en juyzio:* de lo que se infiere que será necesario, que lo declare el juez; pues que sin esto no puede decirse que la causa esté judicialmente probada, segun la l. 7. princ. tit. 14. P. 3. y lo anotado allí.

(55) Añad. l. 1. C. *de libert. et eor. liber.*

(56) Añad. l. 1. *de jure patronat.*, y Azon. *in summa* C. *de libert. et eor. liber.*, en donde distingue entre la manumision voluntaria y la forzosa; distincion que sigue la presente ley. Y adviértase, que aun cuando el señor puede reducir al manumitido á la esclavitud en el primer caso de esta ley, si, empero, no quisiese usar de este derecho, sino dejar al oficio del juez el que castigase á aquel por su ingratitud, deberia observarse asi, y cumplirse su voluntad, como lo declara la glos. á la l. 2. C. *de libert. et eor. liber.*, en la palabra *sub imperio.*

(57) Si la falta ha consistido en no cumplir algun acto reverencial, se le apercibe por el Pretor, y en caso de reincidencia se le impone una correccion estraordinaria; pero si ha sido inoficioso, de manera que haya injuriado al patrono, si la injuria es verbal tan solamente se le condena al destierro; si es real á la pena de *metales*, segun la l. 1. D. *de jure patronat.;* nuestra ley, empero, deja esto al arbitrio del juez.

(58) El hermano pues escluye al patrono: y se aprueba aqui la opinion de Azon. *in summa* C. *de bonis libert.*, hácia el fin, desechándose la de Juan, de la cual se trata en la glosa á la Instit. *de servili cognat.*, en la palabra *alterius;* cuya opinion por derecho comun era la mas generalmente seguida por los DD.

(59) Ya que esta ley se esplica tan brevemente sobre la sucesion á los bienes del liberto: véase esplicada esta materia con mas latitud por Azon. *in summa* C. *de bon. libert.*, y por los DD. al §. 3. Instit. *de succes. libert.* Adviértase al mismo tiempo que Ang. á la l. 1. C. *de bon. libert.*, citando á Inoc. al cap. 3. *de serv. non ordin.*, dice, que si el liberto es clérigo puede testar á su voluntad, sin que esté obligado á dejar cosa alguna al patrono. Pero si se miran bien las palabras de Inoc., no dicen esto; sino que la manumision de los libertos clérigos no se revoca por ingratitud; por cuanto no han podido ser ordenados sin que hubiesen sido manumitidos pura y simplemente y sin obligarles á prestar obsequio al patrono, á tenor de lo dispuesto en el cap. *quicumque*, dist. 54.: donde no se escluye al patrono de la sucesion del liberto, sino que se declara tan solo no poder revocarse la manumision del clérigo por incumplimiento de los deberes reverenciales: bien es verdad que ni esta ley ni d. §. 3. Instit. son aplicables á los libertos de la Iglesia, bien sean clérigos ó nó; antes bien estan estos comprendidos en d. cap. 3., segun el cual tienen obligacion de dejar todos sus bienes á la Iglesia: á menos que tuviesen hijos legítimos, que en este caso no tendrian dicha obligacion segun la elegante limitacion que pone Inocen. allí, á tenor de

LEY 11. *Por que razones puede perder el señor, el derecho que ha en los bienes del aforrado.*

Patronus llaman en latin, el señor que aforra su sieruo, porquel torna como de nueuo en estado de ome. E el derecho que ha tal señor en los bienes del aforrado, pierdese en muchas maneras (60). La primera es, quando el aforrado esta muy cuytado de hambre, si nol socorre aquel que fué su señor, dandol que coma (61), pudiendolo fazer. La segunda, quando el señor quel aforro, apremia aquel quel fizo libre, e le faze jurar, que non case (62), nin faga fijos. La tercera es, quando el aforrado fue fecho libre por su merescimiento (63), e bondad que fizo; como si vengo la muerte de su señor. La quarta es como si fuesse tal aforrado, que ouiesse recebido libertad por el Emperador, o por el Rey, diziendol assi: Mando que seas libre, bien assi como si nunca (64) ouiesses seydo sieruo. La quinta es, quando el que fue señor del aforrado, es desterrado por siempre (65). La sesta es, quando rescibe el señor (66) alguna cosa de su aforrado, en nome de aquella parte que deuia auer en sus bienes despues de su muerte; o se faze pagado della, maguer non la resciba. La setena, quando el Patron aforra el sieruo, e le faze prometer (67), o obligar, quel faga algunas lauores despues que sea aforrado. Ca en qualquier manera que resciba el Patron de su aforrado, aquello quel prometio, o a que se obligo, faziendo las lauores, o recibiendo precio (68) alguno en nome dellas, pierde por-

lo dispuesto por d. §. 3. y por esta ley. Con todo, lo que Ang. espresa haber dicho Inoc., lo dice tambien Juan Fab. á d. §. 3. citando al mismo Inoc. y opinando que en los libertos clérigos no tiene lugar lo dispuesto en estas leyes, en apoyo de lo cual cita la aut. *presbyteros diaconos*, C. *de Episc. et cler.* Quizás pudiéramos decir que al espresar Inoc. su opinion con las palabras; *laici neque hoc jus, neque aliquid trahere poterunt in libertis Ecclesiæ, alias clericis*, quiso significar esto mismo. V. al mismo allí, y reflexiónese sobre lo dicho; ya que ninguna disposicion del derecho prueba semejante opinion de que el patrono esté escluido de la sucesion á los bienes del liberto clérigo; y que d. autent. *presbyteros*, habla con referencia á los hijos de familia, y nó á los libertos. Es de creer sin embargo que en la práctica se observaria la citada opinion autorizada por tantos DD.

(60) Toma orígen esta ley de lo anotado por Azon. *in summa* C. *de bonis libert.*, col. 2. vers. *repellitur autem patronus*, y la glosa á la l. ult. hácia el fin C. *de bon. libert.*

(61) Añad. l. 5. §. 1. D. *de jure patronat.*

(62) V. ll. 6. *in princip.*, y 15. D. *de jure patronat.*

(63) L. pen. D. *de jure patronat.*, 1. *respons.* Y adviértase que d. l. dice proceder esto respecto al hijo del señor, que ha sido negligente en vindicar el homicidio de su padre ya descubierto por el esclavo; y conforme á esto deberá limitarse la presente ley, aunque hable en general; siendo este tambien el sentir de la glos. y Alb. despues de Din. allí á la l. 4. D. *de bon. libert.*, á fin de no privar al heredero del difunto, que no ha sido culpable, del derecho de patronato; si, empero, fuese negligente, perderia aquel derecho ya como hijo, ya como heredero, á pesar de la opinion de la glos. á d. l. pen. segun Alb. despues de Oldral. allí.

(64) Y asi se le restituye al estado de natural ingenuidad, segun la l. ult. C. *de bon. libert.*

(65) Añad. l. 21. D. *de jure patronat.*, y l. 3. D. *de bon. libert.*: y adviértase que de esto se colige, que cuando nuestras leyes de Partida hablan de destierro perpetuo, se refieren á la deportacion.

(66) Añad. §. 3. vers. *si vero*, Inst. *de succes. libert.*, l. 3. §. 10. D. *de bon. libert.*

(67) Pues no producirian el mismo efecto los servicios que hubiese prestado el liberto voluntariamente y sin haberlos prometido, l. ult. D. *qui et à quib.*, y lo dicho por Salic. á d. l. 4. D. *de bon. libert.*

(68) Añad. d. l. 4. C. *de oper. libert.*, y distíngase con Azon. *in summa* C. d. tit. entre los varios casos que pueden ocurrir y entre el derecho de patronato en general y el que es una consecuencia ó emanacion de aquel, ó sea de suceder el patrono al liberto *ab intestato*, y el de sucederle como heredero forzoso aun contra el testamento, que hubiere otorgado (*contra tabulas*); pues ó bien el patrono que habrá recibido del liberto el precio de las obras ó servicios, que este debia prestarle, lo habrá hecho á ruegos del liberto mismo, que haya preferido pagar dicho precio á prestar los servicios, ó que le haya pedido, que consintiese en recibirlos de un amigo suyo, encargándose él de pagar á este el salario, y en ninguno de dichos casos perderá el primero el derecho de patronato; ó bien habrá exigido del liberto aquel precio contra la voluntad del mismo, y entonces deberá distinguirse si lo ha exigido por obras ó servicios ya prestados, ó

ende aquella parte, que deuia heredar (69) en sus bienes; fueras ende, si rescibiesse tal precio, para gouernarse del, seyendo muy cuytado de bambre. Otrosi dezimos, que quitando (70) el Patron a su aforrado todo el derecho que ha en el, es la octaua razon, por que pierde el poder que auia, de heredar en sus bienes. Mas como quier que este derecho pierda, con todo esso, si fiziesse el aforrado alguno de los yerros que diximos en la ley que comiença: Señores, puedel tornar en seruidumbre: e por todas estas maneras que diximos en esta ley, por que pierde el Patron el derecho que ha, en heredar los bienes de su aforrado; por essas mismas lo pierden sus fijos, e todos los otros que descienden (71) del fasta el quarto grado. E avn dezimos, que si los fijos (72) del señor acusassen al aforrado de su padre, de tal acusacion por que deuiesse perder el cuerpo, o la tierra, o sil mouiessen pleyto para tornarlo en seruidumbre; seyendo ellos mayores de xxv. años, e siguiendo el pleyto fasta que fuesse dada la sentencia por el; pierden porende el derecho que auian, de heredar en sus bienes del aforrado. Esso mismo (73) seria, si diessen otro alguno quel acusasse por su mandado; o si testiguassen ellos contra el en tales pleytos.

TITULO XXIII.

DEL ESTADO DE LOS OMES.

El estado de los omes, e la condicion dellos, se departe en tres maneras. Ca, o son libres, o sieruos, o aforrados a que llaman en latin libertos. E avn y a otro departimiento. Ca, o son nascidos, o por nascer. E

si á cuenta de los que todavía se le debian hacer ó prestar: en el primer caso tampoco perderá el derecho de patronato en general, sino tan solo el particular de suceder al liberto como heredero forzoso; porque este se pierde por la sola exaccion de las obras prometidas en el acto de la manumision, y aunque no se exija en lugar de ellas su importe, como se declara aqui: en el segundo caso deberá distinguirse tambien; pues si la exaccion ha tenido lugar por hallarse el patrono constituido en necesidad, como por hambre, segun se declara aqui, ó por otras causas semejantes, no perderá el derecho de patronato; pero si ha sido la exaccion voluntaria, lo perderá totalmente, ya que en esta pena incurre por la sola estipulacion del precio en lugar de las obras ó servicios, segun pretenden la glosa y Salic. á d. l. 4.; y asimismo lo perderá, pero tan solo en cuanto á la sucesion forzosa, si voluntariamente y tratándose de obras hacederas, exigiere su material prestacion: V. la glos. á d. l. 4.; entendiéndose por consiguiente que no se pierde el derecho de patronato, ni aun en cuanto á la sucesion forzosa por la mera estipulacion de obras ó servicios en el acto de la manumision, sino por el hecho de exigir despues que se hagan aquellos efectivos, como lo declara Jas. á las ll. 1. y 2. C. *de bon. poss. cont. tab. lib.*, y lo pretendieron Az., la glos. y Salic. á d. l. 4.

(69) Quiere esta ley que no solamente pierda el derecho de suceder al liberto *contra tabulas*, si que tambien *ab intestato*, lo que se aprueba tambien en la l. 20. D. *de jure patron.*, siendo muy de notar que los DD. no lo declaran asi bien decididamente; puédese con todo decir que tampoco lo dispone asi nuestra ley, pues que se limita á declarar que queda privado el patrono de la parte que debia heredar, y asi tácitamente se entiende que habla de la sucesion *contra tabulas* y nó de la sucesion intestada, que en todo caso le daria derecho á todos los bienes y nó á una parte de ellos segun la l. prox. ant. Con respecto á la l. 20. puede decirse que nada prueba sobre el particular, porque tan solamente dice, que si el patrono no quiere adir la herencia intestada del liberto, puede exigir en su lugar el precio de las obras ó servicios prestados; mas no habla del caso en que el patrono hubiese ya exigido obras ó servicios, ni decide si entonces quedará ó nó escluido de la sucesion intestada, que es la cuestion que nos ocupa: y como los DD. dicen que por la exaccion de las obras pierde tan solamente el derecho de suceder *contra tabulas* y nó los demas, parece que quieren significar que no queda escluido de la sucesion intestada: y esto último es al parecer lo mas verdadero, atendida la intencion de los DD. y el espíritu de las leyes.

(70) Añad. l. ult. C. *de bon. libert.*

(71) Lo mismo debe decirse respecto á los cognados, que tienen derecho á suceder, como en el §. *multis* Instit. *de succes. libert.*, y lo sostiene Azon. *in summa* C. *de bon. libert.* hácia el fin.

(72) Ll. 14 y 16. D. *de bon. libert.*, y adviértase que dice *los fijos*; pues si fuese el acusador el patrono mismo, no perderia por esto el derecho de sucesion, segun se colige de la l. 33. §. 1. D. *de fideicom. libert.* glos. allí, y Azon. *in summa* C. *de bon. libert.* hácia el fin.

(73) Conc. l. 14. vers. *sed si non.*

pues que en los Titulos ante deste fablamos de las tres maneras primeras, queremos aqui dezir en general, del estado que pertenesce a los omes en otras guisas, que parescen como estraños. E primeramente diremos, que quiere dezir estado. E quantas maneras son del. E a que tiene pro. E en cuantas cosas se departe la fuerça del.

LEY 1. *Que quiere dezir el estado de los omes, e quantas maneras son del, e a que tiene pro.*

Status hominum tanto quiere dezir en romance, como el estado, o la condicion, o la manera en que los omes biuen, o estan. (1) E son tantas maneras de estado, quantas maneras de suso diximos en el Prologo deste Titulo. E tiene muy grand pro, en conoscer, e en saber el estado de los omes, porque mejor pueda ome departir, e librar, lo que acaesciere en razon de las personas dellos.

LEY 2. *En quantas cosas se departe la fuerça del estado de los omes.*

La fuerça del estado de los omes se departe en muchas maneras, ca otramente es judgada segund derecho la persona del libre (2), que non la del sieruo; como quier que segund natura non aya departimiento entre ellos. E avn de otra manera son honrrados, e judgados los fijos dalgo (3), que los otros

*(1) Mas bien podria definirse el *estado*, diciendo que consiste en el conjunto de circunstancias, condiciones ó maneras de existir, por las cuales queda determinada por las leyes la respectiva capacidad ó incapacidad de adquirir derechos en general; ó en otros términos que el estado civil es la capacidad de adquirir y ejercer derechos civiles, por la cual se califica á los individuos que la obtienen de *personas juridicas*, segun la tecnología del derecho comun; y asi se decia segun él de los esclavos ó hijos de familia, por no tener estado, que no eran *personas*, sino cosas. Ahora, hay ciertos individuos que tienen la capacidad legal de adquirir y ejercer derechos civiles, pero no los adquieren ni los ejercen como los demas, ó no pueden ejercerlos por sí mismos, como son los impúberes, los menores, y por derecho español y aun por el romano novísimo los hijos de familia: de donde se infiere que al tratarse del *estado civil*, debe distinguirse entre las condiciones que determinan la capacidad y las que simplemente la modifican.

(2) Añad. l. 8. tit. 31. P. 7. —* Escusado es advertir aqui que la esclavitud ha dejado de ser entre nosotros, como era en el derecho romano, otra de las condiciones que determinan el estado civil ó constituyen absoluta incapacidad de adquirir y ejercer derechos.

(3) Añad. d. l. 8. tit. 31. P. 7. —* La nobleza ó hidalguía no debe ser en nuestra opinion contada entre las circunstancias que determinan el estado, ni entre las que lo modifican. Por punto general no contaríamos nosotros entre ellas sino á las que importan incapacidad absoluta de adquirir, ó las que la modifican de una manera que haga relacion á todos los derechos civiles ó á la mayor parte de ellos: y en este concepto decimos que la menor edad y el matrimonio (este último respecto á la muger) modifican el estado; por cuanto el menor y la muger casada, si bien son capaces de adquirir derechos, no pueden empero ejercerlos sino con ciertas limitaciones y mediante la intervencion de otras personas; de tal manera que esa modificacion afecta igualmente á todos los derechos que puedan haber adquirido, ó á lo menos á la mayor parte de ellos; y no los afecta por consideracion á los actos ó negocios de que puede dimanar la adquisicion de los mismos, sino por consideracion á las circunstancias personales en que se encuentran los individuos que tienen asi modificada ó limitada su capacidad civil. En el mismo caso se hallan la locura, la demencia, la prodigalidad declarada tal, y la sujecion á la patria potestad que entre nosotros viene á importar, mas que una verdadera privacion de estado, una modificacion de él; dado que el hijo de familias no es ya incapaz de adquirir, sino que adquiere con ciertas limitaciones, como por ejemplo del usufruto que se reserva al padre en el peculio adventicio. Pero por lo que hace á la nobleza (y lo propio debe decirse de la legítima filiacion contrapuesta á la natural ó ilegítima, que tambien en la presente ley se cuenta entre las condiciones que modifican el estado civil) no nos parece que deba contarse entre ellas; por cuanto ni el ser hijo legítimo limita en manera alguna la capacidad de adquirir y ejercer derechos en general, si el que lo es no está, como puede no estar, sujeto á la patria potestad; ni el hijo natural deja de poder adquirirlos y ejercerlos, como otro cualquiera, salvos aquellos de que por ser derechos de familia está especialmente escluido; ni el ser noble ó pechero ha influido jamas en nuestra legislacion en el estado civil, tal como nosotros lo entendemos y nos parece deber entenderse. Si la bastardía de nacimiento y el orígen plebeyo han hecho en algun tiempo que las personas en quienes concurrian aquellas circunstancias no

de menor guisa; e los Clerigos, que los legos; e los fijos legitimos (4), que los de ganancia; e los Christianos, que los Moros, nin los Judios. Otrosi de mejor condicion es el varon (5) que la muger en muchas cosas, e en muchas maneras, assi como se muestra abiertamente en las leyes de los Titulos deste nuestro libro, que fablan en todas estas razones sobredichas.

LEY 3. *En que estado, e de que condicion es la criatura, mientra que sea en el vientre de su madre.*

Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della (6), aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas

fuesen admitidas á ciertos cargos públicos y honores, esto hacia mas bien referencia á los derechos políticos; y asi tan solo podia decirse en todo caso que determinaba ó modificaba el estado *político* y nó el *civil;* diferencia que conviene no olvidar y que en nuestro derecho privado en ninguna parte hemos visto bien marcada: siendo por demas advertir que en el dia ni uno ni otro de los estados, ni el del *ciudadano* ni el de la *persona jurídica*, está modificado por la cualidad ú orígen del nacimiento, despues que en el Código político se ha consignado el principio de ser iguales todos los españoles ante la ley, é igualmente admisibles segun sus méritos á los honores y empleos públicos, y á la participacion y ejercicio de los derechos de ciudadanía: lo que sí ha podido afectar y afectado de un modo general y característico la capacidad de adquirir y ejercer derechos civiles, es el feudalismo que, al suceder naturalmente en la infancia de la sociedad moderna á la esclavitud de los antiguos, dividió á los hombres en dos grandes clases de señores y vasallos, é incapacitó á estos últimos en cierta manera de adquirir derechos, ó á lo menos les dejó muy limitada la facultad de ejercer los que hubiesen adquirido. Mas tambien esa diferencia ha desaparecido completamente, desde que al abolirse los señoríos, se declararon igualmente abolidos todos los derechos de exigir prestaciones ó servicios personales, y todo lo que tendiese á significar la dependencia ó subordinacion de los vasallos respecto de los señores.

(4) Conc. ll. 11 y 19. D. *de stat. hom.*, y todas las ll. de los tit. 13 y 14. de esta Part. —*V. la adic. á la nota que antecede.

(5) V. l. 9. D. *de stat. hom.* y Specul. tit. *de procurator*. §. 1. col. 1. versic. *regulariter.*—*Difícilmente tambien nos parece poder contarse al *sexo* entre las circunstancias que modifican el estado; pues si bien por derecho romano antiguo las mugeres se hallaban en perpetua tutela, y si bien aun despues de derogado en esta parte el rigorismo de las doce Tablas, se conservaron en el derecho romano y se transmitieron de él al de Partidas algunas diferencias importantes entre los varones y las hembras en cuanto á los efectos civiles de sus actos jurídicos respectivos, como el de no perjudicar á estas últimas la ignorancia del derecho; pero fácil es conocer que semejantes diferencias no afectan la capacidad de adquirir y ejercer derechos civiles, ni por consiguiente son tales que determinen el estado ni lo modifiquen; y tan solo puede decirse del *sexo* ser una condicion natural de tal naturaleza, que concurriendo con ella otras condiciones civiles, por ejemplo el matrimonio, modifican estas últimas el estado de las personas en que concurren: ya que segun nuestras leyes la muger casada, por ser casada y nó por ser muger, está incapacitada de administrar, contratar y cuasi contratar, sin anuencia ó intervencion del marido.

(6) Añad. l. 7. D. *de statu hom.* y si por alguna particular circunstancia le conviniere mas al póstumo que se atienda al tiempo del parto que al de la concepcion, se deberá atender al primero, l. 11. C. *de natur. liber.* y Bald. allí, Juan de Plat. á la l. 11. C. *de dignitat.* y añad. á Bald. §. *naturales*, *si de feud. fuer. controv. inter dom. et agnat.* y l. 18. D. *quand. dies legat. ced.;* pudiéndose inferir de la presente ley que la posesion, que por la ley de *Toro* pasa al inmediato sucesor al mayorazgo, se deberá entender en favor del feto cuando hubiese quedado en cinta la madre de aquel al morir el poseedor, pues que en esta materia se trata de la utilidad del mismo, y hace al caso la l. 30. §. 1. D. *de acquir. hæredit.;* y la razon en que esta se funda, ó sea la de que un tercero no puede adquirir la posesion cuando otro está entrando en ella, milita aqui en favor del feto, por cuanto se considera para dicho efecto como ya nacido: y si bien, antes que nazca, no puede llamarse sucesor al mayorazgo, al efecto de poder decir que suceda antes de nacer, como quiere Alber. despues de Jac. de Raven. á la l. 6. princ. D. *de stat. hom.* y lo prueba tambien la l. ult. D. *de ventr. inspic.* en la que se presupone que la circunstancia de estar todavía en el vientre el hijo del heredero gravado de restitucion para el caso de morir sin hijos no hace que se entienda llamado el sustituto; con todo, no dejaria dicho póstumo de adquirir la espresada posesion civilísima; porque el tiempo de su

lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce. E por ende, si el señor de alguna sierua preñada mandasse a su heredero, o diesse poder a otro, que la aforrasse a cierto plazo, si el otro non la fiziesse libre aquel dia que el mando, estando esperando maliciosamente que nasciesse aquella criatura, porque fuesse sierua; dixeron los Sabios antiguos que fizieron las leyes (7), que desde el dia del plazo en adelante son libres, tambien la madre, como la criatura que della nasciesse. E avn dixeron (8), que si alguna muger preñada ouiesse fecho cosa porque deuiesse morir, que la criatura que nasciere della deue ser libre de la pena. E porende deuen guardar la madre fasta que para, assi como diximos en la septima Partida en el Titulo de las penas (9).

LEY 4. *Quanto tiempo puede traer la muger preñada la criatura en el vientre, segund ley, e segund natura.*

Ipocras (10) fue vn filosopho en arte de la fisica, e dixo, que lo mas que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre, son diez meses (11). E por ende, si desde el dia de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger, legitima seria la criatura que nasciere, e se entiende que es de su marido, maguer en tal tiempo sea nascida; solo que ella biuiesse con su marido a la sazon que fino. Otrosi dixo este filosopho, que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga su nascimiento vn dia del seteno mes, que es complida, e biuidera. E deue ser tenida tal criatura por legitima, del padre, e de la madre, que eran casados, e biuien en vno, a la sazon que la concibio. Esso mismo deue ser judgado, de la que nasce fasta en los nueue meses. E este cuento es mas vsado (12), que los otros. Mas si la nascencia de la criatura tañe vn dia del onzeno (13) despues de la muerte del padre, non deue ser contado por su fijo. E en que manera deuen guardar las mugeres, que dizen que fincan preñadas despues de la muerte de sus maridos, porque non venga yerro ninguno en la criatura que nasciere dellas, diximos en la sesta Partida deste libro, en las leyes (14) que fablan en esta razon.

LEY 5. *De la criatura que nasce de la muger preñada, non auiendo forma de ome.*

Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la muger, e non son figurados como omes; assi como si ouiessen cabeça (15), o otros miembros de bestia (16). E porende non son tenudos el padre, nin la madre, de he-

nacimiento se retrotraeria al en que estaba en el vientre. V. lo que notan la glos. y Bart. á la l. 2. D. *de ventr. inspic.* y ¿se entenderia que han de producir efecto respecto del póstumo los actos y procedimientos verificados en un juicio que se hubiese comenzado con el difunto? esto es mas dudoso; porque ya no se trataria entonces de la utilidad del primero. Es menester, sin embargo, reflexionar sobre el particular.

(7) L. 22. D. *de stat. hom.*

(8) L. 18. D. d. tit.

(9) L. ult. de aquel tit.

(10) El Jurisconsulto le llama doctísimo en la l. 12. D. *de statu hom.*, de donde se ha tomado la presente, y sobre lo mismo se trata tambien en el cap. *ne tales* 29. *de consecr.* dist. 5.

(11) Si nace, pues, el hijo dentro el octavo mes, es legítimo, por mas que los médicos digan que no es viable, segun refiere Bald. á la l. 7. C. *de accusat.* col. 3.

(12) Y asi en caso de duda se presume que uno ha nacido mas bien en el noveno que en el séptimo mes; presuncion derivada de lo que mas ordinariamente sucede, y con mayoría de razon si la madre ha acostumbrado dar á luz los demás hijos dentro el noveno mes, segun Bald. á quien puede verse á d. l. 12. donde v. tambien á Alber. y al mismo Bald. á la l. 19. pr. D. *de liber. et posthum.* al fin.

(13) Segun la Nov. 39. cap. 2. Sin embargo cierto maestro gentil de la misma nacion sostuvo la posibilidad de que uno naciese al undécimo mes, segun refiere Cin. á d. l. 12.; mas la presente ley calificó sin duda dicho nacimiento de milagroso ó contrario al órden natural, y por consiguiente de imposible la viabilidad de semejante feto, segun Bald. á la autent. *eisdem*, C. *de secundis nupt.* col. 1.

(14) L. 17. tit. 6. P. 6.

(15) Lo que mas deberá atenderse, pues, es la cabeza; por cuanto la forma del hombre consiste principalmente en la cara por la cual se le conoce, como lo nota la glos. al §. 9. Instit. *de rer. divis.*, fundada en la l. 44. D. *de relig. et sumpt. funer.*; y asi cuando algun feto nazca con una forma que no sea humana, ni aun se le deberá bautizar: segun Bald. refiriéndose á Archid. á d. l. 12. — * V. la adic. á la nota ult.

(16) V. l. 14. D. *de stat. hom.*, y l. 135. D. *de verb. signif.* — * V. la adic. á la nota siguiente.

redarlos en sus bienes; nin los deuen auer, maguer sean establescidos por herederos. Mas si la criatura que nasce, a figura de ome, maguer aya miembros sobejanos (17), o menguados, nol empesce, quanto para poder heredar los bienes de su padre, o de su madre, e de los otros parientes.

TITULO XXIV.

DEL DEBDO QUE HAN LOS OMES CON LOS SEÑORES POR RAZON DE NATURALEZA.

Vno de los grandes debdos que los omes pueden auer, vnos con otros, es naturaleza. Ca bien como la naturaleza los ayunta por linaje, assi la naturaleza los faze ser como vnos, por luengo vso de leal amor. Onde, pues que de suso fablamos del debdo que han por natura, e por derecho, los aforrados, con los señores que los aforran, e de las otras cosas que pertenescen al estado de los omes en general; queremos aqui dezir, del debdo que han los naturales con aquellos cuyos son, por debdo de naturaleza. E mostraremos, que quiere dezir naturaleza. E que departimiento ha entre naturaleza, e natura. E quantas maneras son della. E que debdo han los naturales, con aquellos de quien son. E como deue ser guardada entre ellos esta naturaleza. E otrosi, como se puede departir.

LEY I. *Que quiere dezir naturaleza: e que departimiento ha entre natura, e naturaleza.*

Naturaleza tanto quiere dezir, como debdo que han los omes vnos con otros, por alguna derecha razon en se amar, e en se querer bien. E el departimiento que ha entre natura, e naturaleza, es este. Ca natura (1) es vna virtud, que faze ser todas las cosas en aquel estado (2) que Dios las ordeno. Naturaleza, es cosa que semeja a la natura, e que ayuda a ser (3), e mantener todo lo que desciende della.

(17) Y aunque aparezca impedido de usar de ellos, con tal que tenga forma humana, segun declara Alberic. á d. l. 14. — * Por lo que hace á la existencia y á la viabilidad que son las dos primeras condiciones necesarias para que un ser de la especie humana sea tenido por persona jurídica ó por capaz de adquirir derechos y á su vez de transmitirlos, ha quedado el derecho de Partidas modificado por la l. 13. de Toro, ó sea la l. 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec. en la que se declara deber tenerse al feto por *naturalmente nascido y no abortivo, quando haya nascido vivo todo entero o a lo menos, que despues de nascido, haya vivido veinte y cuatro horas naturales, y haya sido bautizado antes que muriesse:* debiendo, empero, advertirse que nó por esto se habrá de entender derogada la presente ley de Partida, sino que ademas de las condiciones prescritas en la misma, como son la de tener figura humana ó de no nacer monstruo, serán hoy indispensables las de la ley de *Toro*, cuales son la de haber nacido entero, ser bautizado y haber vivido veinte y cuatro horas naturales: y téngase por último presente que aun naciendo un feto con tales condiciones y á pesar de que por ellas admite la ley la presuncion de su viabilidad natural, no estará, empero, exento de que se la contradiga y se escluya aquella presuncion por medio de pruebas en contrario; pues como dice la misma ley de *Toro*, *si por el ausencia del marido o por el tiempo del casamiento claramente se probase, que nascio en tal tiempo que no podia vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las qualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legitimo.*

(1) Añad. l. 2. tit. 27. P. 2. y lo dicho allí; y añad. tambien el cap. 1. *de natura feud.* Bald. á la l. unic. §. 6. C. *de caduc. tollend.*; porque se llama naturaleza de las cosas aquello que es originario en cada una y por lo que tiene su propio ser como puede verse allí, asi como tambien las otras acepciones bajo las cuales se toma esta palabra. Y habla la presente ley de la naturaleza creada, nó de la increada, que es Dios, segun claramente se ve por las palabras *que Dios las ordenó.* Sobre entrambas V. la glos. al §. pen. Insfit. *de verb. oblig.*, sobre la palabra *natura.*

(2) La naturaleza pues conserva en la especie, lo que no puede conservar en el individuo, Bald. á la l. 14. C. *de suis et legit. hæred.*, y la propension de la naturaleza es engendrar ó conservar al sugeto, aunque algunas veces lo destruya por la inconstancia de sus movimientos, Bald. á la l. pen. C. *de bon. matern.*

(3) Pues que el amor de la patria y de los compatricios induce á procurar la conservacion de todo lo que la naturaleza produce en ella; y á cada uno es muy dulce la suya, l. 101. princ. D. *de legat.* 3., y la glos. allí: y le parece mejor que las demas, l. 4. C. *si servus export.* Todos nacemos para nuestra república, l. 1. §. 14. D. *de ventr. in posses. mitt.*, y es impiedad el despreciarla, l. unic. C. *si curial. relicta civit. rus habit. voluer.*, y Juan de Plat. allí y á la l. 15. C. *de dignitat.*

LEY 2. *Quantas maneras son de naturaleza.*

Diez maneras (4) pusieron los Sabios antiguos, de naturaleza. La primera, e la mejor

(4) Toma orígen esta ley del princ. de la l. 1. D. *ad municipal.*, y de la 7. C. *de incol.*, donde se señalan cinco de estas mismas causas de naturalizacion.—* Por lo que hace á nuestro derecho actual no es fácil cosa determinar cuáles sean las condiciones mediante las cuales se considera á uno naturalizado para los efectos civiles. Si atendemos á la Constitucion política de 1845., son declarados españoles por su art.º 1º todas las personas nacidas en los dominios de España; los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España, los estrangeros que hayan obtenido carta de naturaleza y los que sin ella hayan logrado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía. A continuacion se espresan en el mismo artº los modos con que se pierde la calidad de español, ó sean el hecho de adquirir naturaleza en pais estrangero y el de admitir empleo de otro gobierno sin licencia del Rey: y concluye diciendo que «una ley determinará los derechos que deberán gozar los estrangeros que obtengan carta de naturaleza ó »hayan ganado vecindad.» Esta ley no se ha publicado todavía; pero, en nuestra opinion, ni por ella cuando se publicare, ni por la Constitucion del Estado habrá quedado determinada esta materia tan importante de la legislacion civil: pues mucho nos engañamos ó en el artº citado de la Constitucion se entendió hablar de la calidad de *ciudadano*, aunque se usó la palabra *español*, y es evidente que, cuando se lo redactó no se pensaba mas que en los derechos políticos ó en la capacidad de ejercerlos, y de ninguna manera en los civiles. En nuestro derecho privado que apenas se ha ocupado de la *naturaleza* ni de la *naturalizacion*, encontramos en la l. 7. tit. 14. lib. 1. Nov. Rec. declarado que haya de ser tenido por *natural el que fuere nacido en estos Reinos, y hijo de padres que ambos á dos ó á lo menos el padre* (ó la madre si es espúreo, segun la misma ley) *sea asimismo nacido en estos Reinos, y haya contraido domicilio en ellos, y demas desto haya vivido en ellos por tiempo de diez años;* á menos que los padres se hubiesen ausentado por causa del servicio, en cual caso se declaran tambien naturales los hijos que hubiesen tenido en el estrangero, con tal que despues viniesen á establecer su residencia en España, l. 8. dd. tit. y lib. Pero, habiéndose publicado la primera de dichas leyes con ocasion de las cuestiones y disputas que se habian suscitado sobre la provision de Prelacías, Dignidades y otros beneficios en clérigos estrangeros, nos parece dudoso el que pueda tener la misma una aplicacion general á todos los casos que ocurran fuera del punto de derecho público eclesiástico que se quiso especialmente decidir con ella. Por otra parte vemos en el tit. 11. lib. 6. de la Nov. Recop. un gran número de disposiciones posteriores todas á la ley antes citada y dirigidas á hacer efectivo el cumplimiento de lo que repetidas veces se habia mandado acerca de la formacion de un registro general de los estrangeros residentes en España, en que se anotase respecto de cada uno la calidad en que debiese ser reconocido de *avecindado* ó *transeunte*. Y aunque en las ll. de Novísima se confunden con sobrada frecuencia las materias del derecho civil privado con las del administrativo, y á pesar de que hay en d. código varias disposiciones en que se establecen con miras puramente económicas ciertas diferencias entre los españoles y los estrangeros y de estos entre los *avecindados* y *transeuntes*, como la que inhabilita á los últimos de ejercer en el reino ciertos oficios mecánicos, el comercio y las artes liberales sin autorizacion del Gefe político respectivo, ll. 8. y 9. dd. tit. y lib. N. R. y Rl. órden de 11 de agosto de 1837, con todo en algunas de dd. ll. y otras Rles. órdenes posteriores se observan unas tendencias mas generales y absolutas, de tal suerte que parece haberse querido decidir por ellas cuáles sean las condiciones mediante las que adquieren los estrangeros la verdadera capacidad civil en órden á los derechos de la misma clase. Asi está declarado que los estrangeros avecindados gocen de los mismos derechos y estén sujetos á las mismas cargas y contribuciones y á las mismas leyes y tribunales del pais, y deban ser considerados como *españoles*, ll. 3., 5., 8. y 9. tit. 11. y nota 13. tit. 18. lib. 6. Nov. Rec. R. O. de 11 de agosto de 1824 y la de 11 de agosto de 1837: y asi lo que mas importa determinar en esta materia es cuáles sean las condiciones mediante las que, segun nuestras ll., adquieren los estrangeros la cualidad de *avecindados:* y estas deberíamos decir que son, á tenor de la l. 3. de los citados tit. y lib. N. R., 1ª el obtener privilegio de naturaleza (bien que el que la obtenga no será ya estrangero *avecindado*, sino *naturalizado*) 2ª el convertirse en España á la santa fe católica, 3ª el establecer su domicilio en el reino viviendo sobre sí, 4ª el pedir y obtener vecindad en algun pueblo, 5ª el casarse con muger española y habitar domiciliado en España, 6ª el arraigarse comprando bienes raices y posesiones (la que dudamos se tuviese por bastante si no estaba

(5) es, la que han los omes a su Señor natural: porque tambien ellos, como aquellos de cuyo linaje descienden, nascieron, e fueron raygados, e son, en la tierra onde es el Señor. La segunda es, la que auiene por vasallaje (6). La tercera, por criança (7). La quarta, por caualleria (8). La quinta, por casamiento (9). La sexta, por heredamiento (10). La setena,

acompañada del domicilio ó residencia) 7ª el venir, siendo oficial, á morar y ejercer su oficio, ó el morar con tienda abierta al por menor, 8ª el nacer en España; 9ª el tener oficios de concejo públicos, honoríficos, ó cargos de cualquier género que solo puedan usar los naturales, 10ª el gozar de los pastos y comodidades comunales que son propios de los vecinos, 11ª el morar por espacio de diez años con casa poblada en estos reinos, *con tal de no hallarse afecto al pabellon y consulado de su nacion ó de no haber hecho gestion para ello*, (condicion que nos parece deber afectar igualmente á todas las demas causas ó modos de adquirir la cualidad de *avecindado*) 12ª y últª el adquirir naturaleza ó vecindad por otro cualquier título suficiente por derecho comun ó real. Por lo que hace á los estrangeros transeuntes, fuera de la disposicion contenida en la l. 15. tit. 1. Partª 1ª en que se declara quedar aquellos sujetos á las leyes españolas por los contratos que celebraren y delitos ó contravenciones que cometieren en España, y la de la l. 15. tit. 14. Partª 3ª, de la que puede inferirse deber quedar sujetos asimismo al derecho nacional por los bienes raices que hubieren adquirido en el reino, disposiciones ratificadas en las ll. 8. tit. 11. lib. 6. y 8. tit. 35. lib. 12. N. R., no sabemos que haya otra en los demas códigos, ni que por mas recientes resoluciones se haya hecho sobre el particular innovacion alguna de importancia, ni se haya fijado todo lo que puede tener nuestra jurisprudencia de dudoso é indeterminado en sus relaciones con las de los demas paises. Tal vez por lo que hace á las naciones con quienes no median tratados ó convenios especiales, como las de Francia, Inglaterra y Cerdeña, podria sin dificultad considerarse vigente el principio de justa reciprocidad consignado ya espresamente en nuestro derecho mercantil, artº 19. del código de comercio, de manera que los estrangeros en España hayan de disfrutar los mismos derechos y tener en lo civil la propia capacidad que tendrian los españoles hallados en el pais de donde aquellos respectivamente procedan: todo, empero, sin perjuicio del generoso principio consignado en la l. 4. tit. 7. Partª 5ª, segun la cual las leyes dispensan en España á las personas y propiedad de los estrangeros la misma proteccion que á las personas y propiedad de los españoles, y en la l. 2. tit. 24. lib. 4. del Fuero Real y otras de nuestros antiguos códigos, por las cuales estaba poco menos que escluido ó á lo menos sumamente limitado el llamado derecho de *aubana* ó *abinagio*, estableciéndose que los estrangeros transeuntes pudiesen, muriendo en España, disponer libremente de sus bienes, y encargándose á las justicias ó autoridades españolas el puntual cumplimiento y ejecucion de lo que en sus últimas voluntades hubiesen aquellos ordenado.

(5) V. l. 1. tit. 20. P. 2. y lo dicho allí.

(6) Sobre esto véase el tit. próx. siguiente y lo que se lee en el cap. *imperialem*, §. 1. *de prohibid. feud. alien. per Freder.* y en el cap. *cæterum* 5. *de judic.* y en la l. 11. tit. 26. de esta P.

(7) Y así se tendrá á cada uno por natural del pais en donde haya sido criado, aunque no haya nacido en él: añad. l. 1. tit. 20. P. 2. y lo dicho allí. — * V. lo dicho en la adic. á la nota 4.

(8) Añad. l. 23. §. 1. D. *ad municipal.*, y glos. á d. l. 7. y á la l. 19. §. 2. D. *de judic.* glos. mag. y sobre si el pertenecer á la milicia celestial, esto es, ser clérigo tribuye fuero en aquel lugar donde se tiene el beneficio, v. lo dicho por la glos. y señaladamente por Feli. al cap. *dilectus* 29. de *rescriptis*.

(9) Añad. l. ult. §. 3. D. *ad municip.* glos. á d. l. 7. C. *de incolis* y l. 5. C. d. tit. Y no se entienda que por el solo contrato del matrimonio consiga el marido la naturaleza ó vecindad en el reino de donde es natural su muger; pues se requiere ademas, que establezca allí el domicilio, segun d. l. 5. donde Odofre propone el caso de haber uno contraido matrimonio con una muger de Bolonia al cabo de un mes de habitar allí, y haciendo ánimo de permanecer y adquirir el domicilio; y dice que desde entonces por razon del mismo quedará sujeto á las cargas que se le impongan, y será capaz de los honores que se le confieran. — * Tambien en la l. 3. tit. 11. lib. 6. N. R. y Real órden de 10 de marzo de 1762, citadas en la adic. á la nota 4., al paso que se declara que la muger adquiere por el hecho mismo de casarse el fuero y domicilio del marido; pero para el efecto de considerarse *avecindado* el estrangero no se tiene por bastante el que case con muger española, sino que se requiere ademas haya aquel establecido su domicilio en el reino.

(10) Añad. l. 2. C. *ubi senat. vel claris.* y l. 7. con la glos. C. *de incolis*, glos. á d. cap. *de rescript.*, entendiéndose en el caso de que

por sacarlo de captiuo (11), o por librarlo de muerte (12), o deshonrra. La octaua, por aforramiento (13) de que non rescibe precio (14) el que lo aforra. La nouena, por tornarlo Christiano (15). La dezena, por morança de diez años (16), que faga en la tierra, maguer sea natural de otra (17).

tenga allí la mayor parte de sus bienes y añad. l. 203. D. *de verb. signif.*

(11) Nótese esto bien; pues no recuerdo haber visto espresado en los términos que aquí este modo de naturalizarse; hace con todo para el caso la l. 2. C. *de postlim.* donde dice *naturalis pignoris vinculum*; no es de creer sin embargo que el que ha sido redimido de los enemigos siga la naturaleza ó domicilio del redentor, como no sea quizás mientras esté en poder del comprador en calidad de prenda, segun d. l. 2. y ll. 17 y ult. C. *de postlim.*, supuesto que no está asi declarado por ninguna ley.

(12) No recuerdo haber visto declarado en otra parte este modo de adquirir la naturaleza: hace al caso la l. 15. §. 1. D. *de manum. vind.* y lo anotado por Ang. á la l. 8. C. *de revoc. donat.*, ni creo que en la práctica se observase lo aqui establecido, supuesto que no lo disponia el derecho comun.

(13) Añad. l. 6. §. ult. y siguiente, D. *ad municip.* l. 7. C. *de incolis* y la glos. allí: y con esta Juan de Plat. á la l. 2. C. *de municip. et orig.*, y ll. 27 y 37. §. 1. D. *ad municipal.* y allí Bart.

(14) Nótese esto bien; pues no se encuentra asi tan esplícitamente declarado por las leyes del derecho comun. V. l. 9. tit. 22 de esta Partida.

(15) Pues la generacion natural y la regeneracion espiritual se equiparan, segun el cap. *debitum* 4. *de baptis.* y Luc. de Pen. á d. l. 7. continúa tambien en sus notas este modo de naturalizarse. Bart. con todo á la l. 1. D. *ad municip.* vers. 3. *quæro utrum baptizatus*, sostiene que el ser bautizado en un lugar no hace que uno se naturalice en él, á lo menos en cuanto á lo temporal; supuesto que las causas únicas de naturalizacion estan especificadas en dd. ll. 1 y 7. y entre ellas, dice el mismo, no se halla continuada la presente; mas como nuestra ley aqui designe como otra de las mismas al bautismo, no tendrá lugar lo dicho por Bart. ¿Y tribuirá tambien fuero para el efecto de poder demandarse á cada uno ante el juez del lugar en donde ha sido bautizado? Parece que nó, á tenor de la l. 32. tit. 2. P. 3. donde se encuentran las causas que tribuyen fuero distinto del ordinario, que es el del domicilio, y no se continúa entre ellas el bautismo.

(16) Añad. l. 32. tit. 2. P. 3. y lo anotado allí.

(17) Añad. tambien que por privilegio, puede de cualquiera obtener carta de naturaleza en el Reino, segun d. l. 7. C. *de incol.* en la palabra *allectio*, y la glos., Juan de Plat. y Luc. de Pen. allí: y los de esta manera naturalizados son verdaderos ciudadanos, como se declara allí y en la l. 1. D. *ad municip.* y lo notan Bald. á la l. pen. §. 4. C. *de adopt.* y á la l. 17. D. *de statu hom.* y Bart. á la l. 15. D. *de usucap.* col. 13. ¿Podrá empero el estrangero avecindado obtener por la simple naturalizacion beneficios ó dignidades eclesiásticas en el reino? Creeria que nó, como no se le hubiese concedido espresamente la capacidad para ello, segun lo prueba la l. 19. tit. 3. lib. 1. Ord. Real, y parece sostenerlo Bald. á d. l. 17., cuando dice: Al naturalizado de esta manera no le admitiria á aquellos honores, á los cuales no se acostumbra admitir á otros que á los naturales; porque habiendo esta costumbre queda por ella restringido el privilegio, lo que debe notarse bien. Adviértase empero, que aun cuando se diga aquí que basta habitar en un pais por espacio de diez años para adquirir en él naturaleza; pero nó por esto será suficiente el domicilio para tenerse por verdaderamente naturales ú oriundos del reino, como por nuestras leyes es necesario serlo para el efecto de poder obtener en él un beneficio; pues una cosa es ser natural del mismo, y otra ser naturalizado, segun d. l. 7. y lo terminante de la presente, y l. 6. princ. D. *ad municip.* y lo que nota Bart. á la l. 19. D. *de verb. sign.* por cuanto la causa natural prevalece á la accidental: l. 3. princ. D. *de tutel.* añad. la glos. al cap. *cum nullus*, en la palabra *oriundus*, *de tempor. ordin.* lib. 6. ¿Qué dirémos empero del caso en que un natural de este reino se traslade á otro para dedicarse al comercio y permanezca allí con su muger por el espacio de diez años ó mas y tengan en él hijos? ¿Se tendrán estos últimos por naturales de aquel reino, aunque no conste que hayan tenido los padres el ánimo ó intencion de trasladar el domicilio, y aunque conserven los bienes en España? He visto en la práctica moverse una grande cuestion sobre el particular, y parece inferirse de la pragmática de Enrique III que estos hijos no serán naturales del reino, pues espresamente requiere que hayan nacido en él, y del mismo dictámen parece ser Paul. de Castr. á la l. 4. princip. D. *de edendo* hácia el fin, en donde trata esta cuestion refiriéndola á un habitante de la ciudad de Luca, quien por causa de la

LEY 3. *Que debdo han los naturales, con aquellos cuyos son.*

Con Dios ha ome el mejor debdo, que con otra cosa que ser pueda. E este debdo desciende de natura, porque lo fizo nascer, e le mantiene la vida, e la espera auer del en el otro mundo para siempre, segund su merescimiento: e deuele conoscer, e amar, e temer, por aquellas razones, e en aquella manera que diximos en la segunda Partida de este libro, en las leyes (18) que fablan en esta razon. E otrosi han los omes grand debdo de natura con el padre, e con la madre. E el debdo del padre es muy grande, porque le engendro, e en el tiempo que deuie, e menguo de la substancia de si mismo, porque fuesse el otro. E otrosi, porque los sus bienes han de fincar en el. Otrosi han grand debbo con la madre, porque ouo parte en fazerlo, e leuo grand trabajo mientra lo troxo, e grand peligro en parirlo, e grand afan en criarlo. E aun con la ama que lo crio ha grand debdo, porque le dio de su leche, en el tiempo que lo ouo menester, e nodrescio, assi como madre. E con el amo ha grand debdo, porque lo crio, e le gouerno, en el tiempo que lo auie menester, e le fue como padre. E por todas estas razones son tenudos los fijos, e los criados, de amar, e de honrrar, e guardar a sus padres, e a sus madres, e a sus amos, e a sus amas, y ayudarlos de lo suyo (19), quando les fuere menester: e non les deuen matar, nin ferir, nin deshonrrar, nin tomarles lo suyo sin su plazer; ante los deuen amparar de los que algunas destas cosas les quisieren fazer. E el deudo, que han los criados con aquellos que los crian en sus casas, es dicho en las leyes del Titulo que fablan en esta razon (20).

LEY 4. *Del debdo que han los naturales con sus Señores, e con la tierra en que biuen; e como deue ser guardada esta naturaleza entrellos.*

A los Señores deuen amar todos sus natu-

peste huyó á Florencia, donde le nació un hijo; y mas latamente á la l. 84. §. 10. D. *de legat.* 1. En España tuvo la ley en consideracion para dicho efecto el propio orígen del hijo, y no quiso que fuese suficiente el del padre, cuando aquel naciese en otra parte. En contra de lo dicho está la l. 3. C. *de municip. et origin.* cuyas palabras son las siguientes: *Filios apud originem patris, non in materna civitate, etsi ibi nati sint* (*si modo non domiciliis retineantur*) *ad honores, seu munera posse compelli, explorati juris est.* Y Juan de Plat. declara allí, que no se dice el hijo natural del lugar en donde nace, siempre que sus padres estén en él solo de paso y sin ánimo de establecer allí su domicilio. Tampoco se dice domiciliado de algun lugar, aunque habite en él por mas de diez años, el que tiene intencion de ausentarse dentro de un tiempo determinado, l. 35. D. *de hæred. instit.* Bart. y Ang. á d. l. 2. C. *de incolis*, y Ang. á la l. 19. §. 1. *de judic.*; en cuyo último sentido he visto pronunciarse una sentencia por el Consejo Real, si bien que está todavía pendiente en grado de suplicacion, y v. al Abad al cap. *Rodulphus*, *de rescrip.* col. 3. vers. *ad ultimum*, donde aduce tambien lo espuesto por Bart. á d. l. 2.; y por lo que hace á la ficcion ó presuncion de no residir uno en el lugar en donde se encuentra actualmente, cuando hace intencion de trasladarse á otro, la tenemos confirmada por la l. 7. hácia el fin, D. *de legat.* 3. y hace al caso d. l. 19. D. *de judic.* cap. *Romana*, *de foro compet.* l. 6. C. *de ædif. privat.* con lo anotado allí. Por mi parte me inclinaria á creer que esta última opinion es la mas verdadera en el caso de constar real ó presuntivamente por indicios esteriores el ánimo de no querer permanecer en el estrangero, sino de regresar al lugar de la naturaleza: y en caso de duda, el permanecer en un lugar por diez años importa la presuncion de querer fijar en él el domicilio; y hace por consiguiente que el hijo allí nacido no sea ni se diga natural del reino de donde procede el pádre. V. á Felin. á d. cap. *dilectus*, col. 8. No puede sin embargo negarse lo dudoso de esta cuestion, cuando muchos DD. tales como Juan de Imol. y Alex. á d. l. 84. §. 10, en donde cita este último á otros, han sostenido que de cualquier manera que sea que uno nazcá en algun lugar, aunque estando los padres de paso, ó sin ánimo de establecer allí su domicilio, se hace natural de él. Muchos otros, empero, han sostenido lo contrario; ó sea que por una ficcion se supone á dicho hijo nacido en el lugar de donde proceden los padres, Petr., Cyn., Nicol. de Nap., Bald., Ang., y tambien Paul., bien que de este último á d. §. 10. hay diversas lecturas contradictorias entre sí. — * Sobre las cuestiones de que trata nuestro glosador aqui, v. la adic. á la nota 4. de este mismo tit.

(18) V. las leyes de los tit. 2. y 12. P. 2.

(19) Añad. l. 2. tit. 20. de esta Partª y lo dicho allí; siendo muy notable esta palabra *de lo suyo*, que se usa aqui con referencia al alumno.

(20) V. el tit. 20. de esta Partª

rales, por el debdo de la naturaleza que han con ellos; e seruirlos, por el bien que dellos resciben, e esperan auer; e honrrarlos, por la honrra que resciben dellos; e guardarlos, porque ellos, e sus cosas son guardadas por ellos; e acrescentar sus bienes, porque los suyos se acrescientan porende; e rescibir buena muerte (21) por los Señores, si menester fuere, por la buena, e honrrada vida, que ouieron con ellos. E a la tierra han grand debdo, de amarla, e de acrescentarla, e morir por ella, si menester fuere; en la manera, e por las razones que diximos en la segunda Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razon. E esta naturaleza que han los naturales con sus Señores, deue siempre ser guardada con lealtad; guardando entre si todas las cosas, que por derecho deuen fazer los vnos a los otros, segund diximos en la segunda Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 5. *Como se puede perder la naturaleza.*

Desnaturar, segund lenguaje de España, tanto quier dezir, como salir ome de la naturaleza que ha con su Señor, o con la tierra en que biue. E porque esto es como debda de natura (22), non se puede desatar, si non por alguna derecha razon. E las derechas razones, por que los naturales pueden esto fazer, son quatro (23). La vna es, por culpa del natural, e las tres por culpa del Señor. Esto serie, como quando el natural

(21) V. lo dicho á la l. 5. tit. 21. de esta Partª y Juan de Tierra Roja en su tratado *contra rebelles*, en donde dice, que cualquier miembro político ó místico está tenido y obligado á esponer su vida para la salvacion y defensa del cuerpo ó sociedad de la que es miembro y del que es cabeza de ella; como naturalmente se verifica con la mano que se pone en peligro de dañarse y se deja amputar para conservar á la cabeza ó al cuerpo. Si alguno, empero, por temor de la muerte, ó pérdida de los bienes cometiese algun crímen, ó se hiciese cómplice en él, v. gr. en el de lesa magestad, ¿estará libre de pecado? Sto. Tomás dice que nó: 2. 2. cuest. 125. art. 4., porque antes se deben sufrir todos los males, que consentir en una maldad: 32. cuest. 5. cap. *ita ne*, 2. cuest. 1. cap. *in primis*: V. Abb. al cap. *sacris*, col. 2. *de his quæ vi, metusve causa fiunt*, bien que el espresado temor será siempre una circunstancia atenuante del delito segun Sto. Tomás lugar arriba citado y d. cap. *in primis*.

(22) Asi como no pueden disminuirse los derechos de sangre, l. 34. D. *de pact.*, l. 8. D. *de reg. jur.*, asi tampoco puede perderse la naturaleza; y hace al caso el §. 11. Instit. *de jur. natur. gent. et civil.*, y l. 6. princ. D. *ad municip.* V. la glos. al cap. *cum nullus*, en la palabra *oriundus*, *de tempor. ordin.*, y l. 4. C. *de municip. et origin.*, pues el ciudadano natural está en cierto modo hipotecado á su patria, glos. á la l. 7. C. *de adopt.*, y Bald. allí y añad. la glos. á la l. pen. D. *de senator.*

(23) Otra causa puede añadirse aun por la cual se pierde el derecho de naturaleza, á saber, la de ausentarse del lugar en donde se la tiene y trasladarse á otro fuera de provincia y regida por distinto presidente, sentando allí su domicilio. Asi lo sostuvo la glos. en la esposicion á la l. 7. C. *de adoption.*, y lo sostiene Bald. á la autent. *sed omnino*, C. *ne uxor pro marito*, col. 5. Añad. lo dicho en la nota ult. á la l. 2. de esta Partª y lo latamente espuesto por Matth. de Afflict. num. 398. de sus decisiones. V. el mismo allí. De lo cual se infiere, que si un natural de este reino lo deja, y se traslada á Francia, estableciendo allí su domicilio, dejará de ser tenido por natural de España para el efecto de obtener beneficios, lo que es digno de notarse. A lo aqui sentado parece sin embargo que se opone el texto espreso de la l. pen. D. *de senator.*, en donde se lee que aunque parezca que los senadores tienen el domicilio en la ciudad donde reside el senado, se entiende con todo que lo tienen tambien allí, de donde son oriundos; y asi debiéramos concluir que el domicilio accidental no cambia el originario: pudiendo tambien asi inferirse de la l. ult. C. *de municip. et origin.*, en la que se dice que la translacion del domicilio del lugar de donde uno es natural, á otro en el cual se quiera residir, no es causa por que se pierda el primero; antes bien debe el que lo hace admitir los cargos que se le confieran en ambos lugares: y movido por esta ley Bart. á la l. 6. §. 1. D. *ad municipal.*, reprueba lo sostenido por la glos. allí, de que no puede obtener cargos ni honores en el pueblo de su naturaleza el que haya trasladado el domicilio á otra parte. No obsta la l. 3. C. *de municip. et origin.*, en la cual se apoya la glos.; por hablarse en ella respecto al pueblo de la naturaleza del hijo, que mudó despues de domicilio, trasladándolo á otra parte; pero nó respecto al de la naturaleza del padre mismo, que tambien lo haya levantado: y asi lo corrobora lo que dicen los DD. acerca de aquel que es promovido á un cargo en el lugar de su naturaleza y en el del domicilio á un mismo tiempo, en cuyo caso suscitan la cuestion

fiziesse traycion (24) al Señor, o a la tierra: ca solamente por el fecho, es desnaturado de los bienes (25), e de las honrras del Señor, e de la tierra. La primera de las tres, que viene por culpa del Señor, es cuando se trabaja de muerte de su natural (26) sin razon, e sin derecho. La segunda, si le faze deshonrra en su muger (27). La tercera, si le deseredasse a

de cuál de dichos cargos estará obligado á admitir con preferencia: V. la glos. á la l. 1. C. *de municip. et originar.*, y á la l. 7. C. *de incol.*, y los DD. allí, y á la l. 17. §. 3. D. *ad municip.*; pues puede uno tener muchos domicilios, uno por razon de la naturaleza y otro por razon de vecindad, V. l. 1. d. l. 6. §. 1. y l. 7. D. *ad municipal.*: y de aqui provino el que Pedro de Anchar. consil. 87. aconsejase, que cuando uno esté en la alternativa de escoger entre el lugar de la naturaleza y el del domicilio, se haya de atender mas á lo que le es beneficioso que á lo perjudicial siempre que recaiga dicha alternativa en materias de interpretacion favorable y conformes al derecho comun ó general; y nó contrarias á él ó de interpretacion odiosa, como sucedia en el caso á que se refiere dicha consulta de Anch. á tenor de la cual aun en lo beneficioso y favorable se conservaria siempre la naturaleza originaria, y deberia atenderse á ella mas bien que al domicilio. A esto, empero, puede observarse, que será procedente, cuando sean del mismo reino el lugar de la naturaleza y el del domicilio; pero que siendo este último en reino distinto, como en el caso antes propuesto por via de ejemplo, tendrá lugar lo que arriba se ha dicho, siguiendo á Bald. á la autent. *sed omnino*; por no poder gozar de los privilegios concedidos á los naturales el que se ha ausentado del pais y no suporta en él las cargas, segun Paul. de Castr. á la l. 84. §. 10. D. *de legat.* 1., antes se entenderá que ha renunciado á ellos y á todos los beneficios inherentes á la naturaleza el que ha trasladado su domicilio al estrangero, arg. l. 27. C. *de decurion.*, donde notan Bart. y Juan de Plat. que cualquiera puede renunciar al derecho ó inmunidad, que le dé el lugar de la naturaleza; en cuanto redunde en su favor ó perjuicio personal, mas nó en el de la ciudad de donde es originario, segun dd. ll. 6. y 3. y ll. pen. y ult. C. *de municip.*: y asi subsistirá la naturaleza de cada uno para el efecto de no poder hacer armas ni hostilizar al Rey ni al reino de su naturaleza, segun la l. ult. tit. 13. P. 2.; pero nó en todo aquello que personalmente le fuese favorable, porque á esto tácitamente parece haber renunciado.

(24) Y aun por un delito menor que este se perderia la naturaleza, de tal manera que quedaria escluido el que lo hubiese cometido de todos los honores, como si hubiese sido removido del senado por alguna villanía, segun la l. 22. §. 5. D. *ad municip.*, de la cual inferian Din., Bart. y Alb. que si un abad fuese promovido á obispo, y por el delito de simonía ó deshonestidad se le depusiese del obispado, no recobraria la abadía, como no se le hubiese reservado especialmente: por lo cual dice tambien Juan de Plat. á la l. 4. C. *de municip. et origin.*, que si un habitante de Bolonia, nombrado Podestá de Florencia, fuese removido de esta dignidad, y condenado por baratero, se le consideraria indigno de poder ser promovido en Bolonia á otro empleo alguno honorífico, á menos que se le hubiese rehabilitado espresamente, segun d. §. 5.: sin que obste á ello la presente ley que parece exigir espresamente la perpetracion del crímen de traicion al Rey ó al reino; por cuanto por semejante delito, es consecuente que se pierda el orígen ó el derecho de naturaleza: mas por un delito menor, se perderian tan solo los honores en la forma arriba espresada, y nó el derecho de naturaleza sino el del orígen, en el caso de que habla d. §. 5. ú otro semejante. Y para que pudiese otra vez obtenerlo, no seria suficiente que fuese rehabilitado por el Príncipe en general; sino que se requeriria una concesion especial, ó que se hubiese hecho espresa mencion de ello, segun el dictámen de Bart. á d. §. 5. y Juan de Plat. á d. l. 4.; por mas que de otro modo hubiese de entenderse respecto del que hubiese sido condenado á la pena de *metales*; á quien le bastaria la simple rehabilitacion para conseguirlo, segun la l. 3. §. 2. D. *de muner. et honor.*

(25) Luego por la razon aqui espresada no se perderia el derecho de ciudadanía natural, en cuanto de ello pudiese resultar perjuicio al *Señor* ó á la *tierra*, segun lo que se ha dicho mas arriba en la nota 23.

(26) Añad. cap. 1. §. *porrò*, *quæ fuit prima caus. benef. amit.*; pues asi como el vasallo en este caso perderia el feudo, asi tambien lo perderia el señor, esto es, todos sus derechos sobre el vasallo, segun el cap. 1. *qualiter domin. propriet. feud. privet.*

(27) Añad. cap. 1. vers. *item*, *quibus mod. feud. amit.*, y d. cap. 1. *qualiter domin.*, y V. lo dicho á la l. 1. tit. 14. Partª 2. ¿Procederá, empero, esto mismo respecto de la concubina? De esa cuestion se hace cargo Jacob. en d. cap. 1. §. 1. col. ult. con referencia á Jacob. Ardi y Bald. de quienes dice haber sostenido la afirmativa en el caso de ser

tuerto, e nol quisiesse caber derecho (28), por juyzio de amigos (29), o de Corte.

TITULO XXV.

DE LOS VASSALLOS.

Vassallage (1) es otrosi vn grand debdo, e muy fuerte, que han aquellos que son vassallos con sus Señores, e otrosi los Señores con ellos. Onde, pues que en el Titulo ante deste fablamos del debdo que an los omes, vnos con otros, por naturaleza, queremos aqui dezir, del que es por razon de Señorio, e por vassallaje. E mostrar, que cosa es Señor, e que cosa es vassallo, e quantas maneras son de Señorio, o de vassallaje. E como se puede fazer cada vna dellas. E que debdo a entre si,

el concubinato lícito por derecho civil, siendo solteros entrambos concubinarios, l. 49. §. 4. D. *de legat.* 3; por cuanto debiendo tener en dicho caso los hijos de concubina algun derecho de sucesion es mas odiosa la confusion de la prole (*perturbatio sanguinis*). Sin embargo Mart. Laud. sostiene la opinion contraria fundado en que esta materia es penal y que por lo tanto no puede estenderse de la muger á la concubina; añadiendo que tampoco milita la misma razon respecto de esta última que en la primera: y aunque en el caso de que habla d. §. 1. quizás la opinion de Bald. sea la mas verdadera, supuesto que importa el mismo una de las causas por las que puede legalmente desheredarse á un hijo, y por consiguiente privarse tambien á un vasallo del feudo, segun el cap. 1. §. *prædictis, quæ fuer. prim. caus. benef. amit.;* quizás, empero, no podria asimismo admitírsela en el caso de que habla la presente ley respecto á la concubina por las razones que aduce el propio Mart. Laud. lugar citado.

(28) Pues se considera vacante el reino de hecho y de derecho, cuando el Rey se resiste á administrar justicia y á enmendar los fallos injustos, cap. *licet*, 10. *de for. compet.*, y cap. *ex tenore*, 11. del mismo tit. y cap. *ex transmissa*, 6., y lo trae Andr. de Isern. al cap. *imperialem*, §. *præterea si inter duos, de prohib. feud. alien. per Freder.* — * Escusado es que nos detengamos en hacer observaciones acerca de esta máxima de derecho público, otra de las muchas que se tendrian en el dia por eminentemente subversivas en teoría y se ejecutan de hecho con frecuencia muchas veces sin justo motivo; al contrario de lo que sucedia con nuestros pasados, quienes las sentaban y sostenian teóricamente con noble independencia, sin que se menoscabasen por ello en lo mas mínimo sus hábitos de subordinada lealtad y sus sentimientos monárquicos.

(29) Hállase, pues, aqui determinado, que el Rey no puede ser juez en causa propia; sino que debe reservarse su conocimiento á los árbitros que eligieren el mismo Rey y aquel con quien tenga el pleito, ó bien al tribunal de la Corte; por ser siempre inicuo y pernicioso el que uno juzgue en propia causa, l. 17. D. *de judic.*, l. 10. tit. 4. P. 3. l. unic. C. *nequis in sua caus. jus sibi dicat.* Lo que dice, pues, la glos. al cap. *cum venissent, de judic.*, y al cap. *siquis erga*, 2. cuestion 7., ó sea que el Emperador juzga en causa propia, debe entenderse en el sentido, de que debe dar comision á otros para que lo hagan, segun lo declara Andr. de Iser. *de prohib. feud. alien. per Freder.*, §. pen. col. antepen., en donde refiere un dicho de Host. *in summa de re judic.*, §. *quis debet*, vers. *sed numquid potest Episcopus*, reducido á que en la curia del ordinario las causas pertenecientes al ordinario mismo se sustanciaban á tenor de una costumbre general, que dice estar aprobada en el reino de Sicilia, en donde el gran Consejo conoce de las causas reales, para lo cual hay un procurador y abogado del fisco; costumbre que queda tambien aprobada en este reino por la presente ley: concluyendo el mismo Host. allí con la muy notable especie de que el Rey no puede por sí juzgar ó castigar las injurias hechas al reino ó á los intereses del mismo, como lo puede hacer el Papa respecto de las de la Iglesia; y asi hay diversidad entre las atribuciones del Príncipe secular y las del eclesiástico. V. al mismo allí. — * En el dia y mayormente desde que quedó abolida la jurisdiccion especial para las causas y negocios del Real patrimonio, de todos aquellos en que interese el Rey como privada persona conocen sin distincion los tribunales y jueces ordinarios, quienes aunque administran justicia en nombre del Rey y son nombrados por el mismo, no lo son sin embargo en la realidad, sino por el gobierno responsable de dichos nombramientos: y de los negocios en que interese el Rey como representante del Estado ó el Estado mismo conocen por punto general los juzgados especiales de Hacienda en todo lo que se refiere á intereses pecuniarios ó del tesoro, á tenor de lo que oportunamente se ha dicho al anotar las ll. de la Partª 3.

(1) Specul. tit. *de feud.*, §. *quoniam*, vers. *quod autem*, dice, que en Italia y en algunos otros paises se llama *vasallage* lo que en Francia *homenage*; que entre nosotros, empero, y por los nobles de provincia se acostumbra designar con el nombre de *plebeyos* á sus *va-*

despues que fuere fecho. E otrosi, por que razones se puede departir, e en qual tiempo, e en que manera. E que cosas deue guardar el Señor al vassallo, e el vassallo al Señor, aun despues que fueren partidos.

LEY 1. *Que cosa es Señor, e que cosa es Vassallo.*

Señor (2) es llamado propriamente, aquel que a mandamiento, e poderio, sobre todos aquellos que biuen en su tierra. E a este atal deuen todos llamar Señor, tambien sus naturales, como los otros que vienen a el, o a su tierra. Otrosi es dicho Señor todo ome, que a poderio de armar (3), e de criar, por nobleza de su linaje (4): e a este atal non le deuen llamar Señor, si non aquellos que son sus vassallos, e reciben bien fecho del. E vassallos son aquellos, que reciben honrra, o bien fecho, de los Señores, assi como caualleria, o tierra, o dineros, por seruicio señalado (5) que les ayan de fazer.

LEY 2. *Quantas maneras son de Señorio, e de vassallaje.*

De Señorio, e de vassallaje son cinco maneras. La primera e la mayor es aquella, que a el Rey sobre todos (6) los de su Señorio; a que llaman en latin, Merum imperium: que quier tanto dezir (7); como puro, e esmerado mandamiento de judgar, e de mandar los de su tierra. La segunda es, la que an los Señores sobre sus vassallos por razon del bien fecho, e de honrra que dellos reciben, assi como de suso diximos. La tercera es, la que los Señores an sobre sus solariegos; o por razon de behetria, o de deuisa, segund Fuero de Castilla. La quarta es, la que an los padres sobre sus fijos. E desta fablamos complidamente de suso, en las leyes (8) del Titulo que fabla en esta razon. La quinta es, la que an los señores sobre sus sieruos, segund que es dicho (9) de suso, en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 3. *Que quier dezir deuisa, e solariego, e behetria, e que departimiento a entrellos.*

Deuisa, e solariego, e behetria, son tres maneras de Señorio, que han los fijos dalgo en algunos lugares, segund Fuero de Castilla (10).

sallos feudatarios: y añade luego allí mismo, que este contrato de vasallage toma su fuerza mas bien de la costumbre general, que del derecho romano, como que nada se encuentra prevenido por las leyes romanas sobre este particular, segun asegura Andr. de Isern. *in proœmio feudorum*, cuestion 4. Este nombre, pues, fue inventado en tiempo de los nuevos Emperadores, habiéndose tomado de las costumbres generales que se encuentran escritas en el libro de los feudos; si bien que Luc. de Pen. á la l. 7. hácia el fin col. 1. C. *de omni agro deser.*, dice que el contrato feudal era ya conocido en tiempo de Justiniano, segun el §. 40. Inst. *de rer. divis.* V. á Carl. Molin. princip. *comment. consuet. Paris*, en donde habla estensamente sobre el particular. —* V. la adic. á la nota 1. tit. 26. de esta Partª

(2) Tómase aqui la palabra *señor* por cualquiera que tenga una superioridad ó preeminencia, como, aunque para otro objeto, se la usa tambien en la l. 3. §. 1. D. *de publican. et vectigal.*, y Bart. allí. Y nótese que á los obispos se les debe llamar señores, porque han sucedido á los apóstoles y ocupan el lugar de estos, segun la l. 66. tit. 5. P. 1.

(3) Esto es, armar *caballeros*, como en esta misma ley se indica allí donde dice *caualleria* y en la l. 5. En el dia por la l. 8. tit. 1. lib. 4. O. R. es el armar caballeros atribucion esclusiva del Rey ó la Reina. V. lo dicho á la l. 11. tit. 21. P. 2.

(4) Parece insinuarse aqui que solamente los nobles pueden tener vasallos, y mas claramente se declara asi en la l. 3. tit. 1. en donde puede verse lo allí anotado.

(5) V. mas abajo l. 2. tit. 26.

(6) Los súbditos se llaman vasallos por razon de la jurisdiccion que ejerce el Príncipe sobre ellos; nó en razon de feudo, como aqui y en el cap. unic. *qualiter vassall. jur. deb. fidelit.*; pero el vasallo propiamente tal es el que tiene territorio de su señor y por él le sirve, obedece y le jura fidelidad: de otra manera y sin concederse territorio se constituiria mas bien un *vasallage de ignorancia*, que está reprobado por el cap. *pervenit*, 5. *de censib.* Luc. de Pen. á la l. 22. C. *de agric. et censit.*, col. 2.; y la presente ley es á propósito para decidir la cuestion acerca de la especie de vasallage que deberá entenderse concedido cuando el Rey hiciere alguna donacion de un número determinado de vasallos, los cuales lo serán en el primer sentido á tenor de lo que dicen los DD. á la l. ult. D. *de constit. Princip.*, donde V. á Jason col. 3. vers. *potest et quarto*.

(7) Véase aqui definido el mero imperio, y añad. l. 18. tit. 4. P. 3. y lo anotado allí.

(8) Tit. 17. de esta Partª

(9) Tit. 21. y 22. de esta Partª

(10) En el derecho comun no se encuentran estas palabras, ni se conoce á los colonos á quienes se da aqui el nombre de *solariegos*, á pesar de hablarse de otras varias especies de

E deuisa (11) tanto quiere dezir, como eredad que viene al ome de parte de su padre, o de su madre, o de sus abuelos, o de los otros de quien desciende, que es partida entre ellos: e saben ciertamente quantos son, e quales los parientes a quien pertenesce. E solariego (12) tanto quiere dezir, como ome que es poblado en suelo de otro. E este atal puede salir, quando quisiere, de la eredad, con todas las cosas muebles que y ouiere: mas non puede enagenar (13) aquel solar, nin demandar la mejoria que y ouiere fecha; mas deue fincar al Señor cuyo es. Pero si el solariego, a la sazon que poblo aquel logar, rescibio algunos marauedis del Señor, o fizieron algunas posturas (14) de so vno, deuen ser guardadas entre ellos, en la guisa que fueron puestas. E en tales solariegos como estos, non ha el Rey otro derecho ninguno, si non tan solamente moneda (15). E behetria (16) tanto quiere dezir, como eredamiento que es suyo quito de aquel que biue en el: e puede recebir por Señor, a quien quesiere (17), que mejor le faga. E todos los que fueren enseñoreados en la behetria, pueden y tomar conducho (18) cada que quieren; mas son tenudos de lo pagar a nueue dias (19). E qualquier de los que fasta nueue dias non lo pagasse, deuelo pechar doblado a aquel a quien

ellos, por la glos. á la rubr. C. *de agricol. et censit.*, y por Juan de Plat. en el final de aquel tit. y latamente por Azon. en el sumario del mismo.

(11) Nombre derivado de la division que de la herencia hacen los hermanos entre sí.

(12) Declárase aqui la significacion del nombre *solariegos;* de los cuales habla Specul. en el tit. *de feud.*, §. *quoniam*, col. 10. vers. *sed numquid homo meus*, á los cuales llama hombres de *masnada* ó *mansada*; entendiendo bajo este nombre la concesion otorgada á alguno por un señor de un manso con varias posesiones con condicion de hacerse el concesonario hombre del concedente y obligarse á prestarle ciertos servicios; quedando sin embargo libre su persona siempre que dimitido dicho manso, se trasladare á otro lugar.

(13) Es, pues, de la naturaleza y condicion de la *mansada* el que no pueda enagenarse, y que el *solariego* la pierda ausentándose de ella como se declara aqui, y por Specul. á d. §. *quoniam*, vers. *sed numquid homo:* de suerte que probada la costumbre de vender libremente las tierras que poseen los hombres de algun territorio, se entenderá probado por esto mismo que no son *solariegas;* ya que esto es contra la naturaleza del *solar:* á tenor de lo cual dice Andr. de Isern. en el cap. 1. *de controv. inter mascul. et fœmin. de beneficio*, vers. *quidam tamen*, que si fuese costumbre establecida en un castillo la de poder los que poseen los predios venderlos libremente; entonces incumbiria al señor del mismo el probar que aquellos predios estaban sujetos á un feudo: y nótese bien esto, á fin de saber qué es lo que convendrá articular en los juicios en que se niegue por algunos la calidad de *solariegos*, en la que se les hubiere demandado.

(14) Muchas otras condiciones hay segun las diversas costumbres de los lugares y pactos de los contrayentes: por lo que debe atenderse siempre á lo estipulado en las escrituras otorgadas al intento, y en falta de ellas á la costumbre inmemorial, que se haya observado en el particular, segun la l. 2. tit. 11. lib. 4. O. R. hácia el fin, pues que segun haya sido la costumbre, se presumirán otorgados los pactos convenidos, segun Bald. al cap. *quid jur. si post alien. vassal. feud. recup.*

(15) La que se da en reconocimiento del señorío Real, segun la l. 10. tit. 18. P. 3.

(16) Hállase aqui consignado, qué es lo que se entiende por *behetria*, pudiendo añadirse lo que se lee en las ll. del tit. 11. lib. 4. O. R. — * V. la nota 1. tit. 26. de esta Partida.

(17) Es especial de los lugares de *behetria*, el que puedan los habitantes elegirse á un señor perpetuo; pues por lo regular no pueden los pueblos elegirse corregidor perpetuo, es decir vitalicio; segun lo anotado por Juan Andr. despues de Hostiens. al cap. *de ludi*, en donde trata largamente sobre el particular: y Archid. al cap. *conquestus* 9. cuest. 3. dice, produce la eleccion el efecto de quedar los habitantes sujetos al señor que han elegido, pero sin perjuicio de los derechos ó jurisdiccion del señor preeminente ó superior: y lo mismo sostiene Bald. á la l. 7. col. pen. C. *de episcop. aud.* á la 25. C. *de pactis*, y á la 32. §. ult. D. *de legat.* 1. Respecto de las iglesias y de las cosas á ella pertenecientes, está prohibido el hacer esta sumision á un señor de particular eleccion, si fuere lego, segun el cap. 2. *de reb. eccles. non alien.*, bajo las penas en el mismo establecidas: y á tenor de lo que queda dicho creeria, que semejante sumision puede hacerse, como no sea en perjuicio del Rey, y nó de otra manera.

(18) Los hijos, empero, de semejantes señores no pueden exigirlo mientras vivan sus padres, segun la l. 6. tit. 11. lib. 4. O. R. y v. lo que se dice en d. l. 11. hácia el fin.

(19) V. l. 19. tit. 11. lib. 4. O. R. y ll. 23., 24 y 25. del mismo tit.

lo tomo. E es tenudo de pechar al Rey el coto; que es, por cada cosa que tomo, quarenta marauedis. E de todo pecho que los fijos dalgo lleuaren de la behetria, deue auer el Rey la metad (20). E behetria non se puede fazer nueuamente, sin otorgamiento del Rey (21).

LEY 4. *Como se puede fazer vn ome Vassallo de otro.*

Vassallo se puede fazer vn ome de otro, segund la antigua costumbre de España en esta manera; otorgandose (22) por vassallo de aquel que lo recibe, e besandole la mano por reconoscimiento de Señorio. E avn y a otra manera, que se faze por omenaje, que es mas graue (23): porque por ella non se torna ome tan solamente vassallo del otro, mas finca obligado de cumplir lo que prometiere como por postura. E omenaje (24) tanto quiere dezir, como tornarse ome de otro, e fazerse suyo (25), por darle segurança, sobre la cosa que prometiere de dar, o de fazer, que la cumpla. E este omenaje non tan solamente ha lugar en pleyto de vassallaje, mas en todos los otros pleytos (26), e posturas que los omes ponen entre si, con entencion de cumplirlos.

LEY 5. *En que razones es tenudo el Vassallo, de besar la mano al Señor, e en quales non.*

Besar deue el vassallo la mano al Señor, quando se faze su vassallo, assi como diximos en la ley (27) ante desta. E avn lo deue fazer quando le fiziesse Cauallero, luego que le cinga la espada. Esso mesmo deue fazer, luego que se espidiere del. E avn, a cada vna destas sazones, es tenudo el vassallo, de besar la mano al Rico ome (28), segund la costumbre de España; mas en otro tiempo non. Empero al Rey, tambien Ricos omes, como los otros de su Señorio, son tenudos de besar la mano (29), en aquellas sazones mismas que de suso diximos. E avn gela deuen besar (30), cada vez que va de vn Logar a otro,

(20) Nótese esto bien: y ademas estarian tenidos estos pueblos y sus habitantes al servicio que se debe al Rey cuando tiene necesidad, segun la l. 8. tit. 1. P. 2.ª

(21) Quizás se dice esto aqui, á propósito de lo que se ha observado en la nota 17.

(22) Parece aprobarse aqui el que pueda uno constituirse vasallo de otro aun sin espresar el motivo, como lo sostenian algunos, de quienes hace mencion Specul. tit. *de feud.* §. *quoniam*, col. 3. vers. *quæritur* 4., y parece aprobarlo tambien Juan And. en las adiciones: v. allí y la l. 89. tit. 18. P. 3. y Bart. á la l. 6. §. 3. hácia el fin. D. *de offic. procons.*

(23) Declárase con esto que tiene mas fuerza y solidez el pacto hecho con homenage, que si lo fuera simplemente; y sobre si tendrá la fuerza de juramento. V. lo dicho á la l. 26. tit. 11. P. 3ª

(24) Véase aqui definido el homenage, y téngase presente esta definicion: y segun Specul. tit. *de feud.* §. *quoniam*, vers. *secundo quæritur*, el homenage no ha sido introducido por el derecho civil ó derecho escrito; sino por la costumbre y largo uso que limitan á la ley; pero que son á su vez autorizadas por la misma, porque siempre los pactos lícitos deben ser guardados.

(25) Y asi el homenage envuelve en sí cierta especie de esclavitud, arg. cap. ult. *de serv. non ordin.*: y aun puede decirse que es verdaderamente tal, porque otra cosa no significa el decir *facio me hominem tuum*: como que las leyes llaman á nuestros esclavos hombres nuestros, l. 31. §. 1. D. *de rebus cred.*, ó se usa indistintamente de las palabras *hominem, servum tuum*, l. 67. D. *de solution.* y ll. 1 y 2. C. *de episc. et cler.* Specul. tit. *de feud.* §. *quoniam*, vers. *primo autem.* Y en cuanto á los derechos que competen á alguno sobre un hombre suyo por razon del homenage, v. al mismo Specul. á d. §. *quoniam*, vers. *quæritur* 17. y Juan de Plat. á la l. 54. C. *de decurion.*

(26) Sobre el homenage que deben prestar los señores de castillos, v. la l. 20. con las tres sigs. tit. 13. P. 20. y sobre el que se presta al Rey á su advenimiento al trono, v. la l. 5. tit. 15. de la misma Pª, sobre el que debe prestar el sustituto del señor del castillo, V. la l. 7. tit. 18. de la misma Partida, asi como las ll. 21 y 22. tit. 21, sobre el modo con que deben prestarlo los hidalgos ó caballeros. ¿Quedará empero obligado el hijo por el homenage que ha prestado el padre? V. Specul. tit. *de feud.* §. *quoniam*, vers. *quæritur* 5.

(27) Añad. l. 1. tit. 13. lib. 3. Fuero Real.

(28) Sobre la significacion de esta palabra *Rico ome*, v. la l. 10. de este tit., y nótense aqui los casos en que los vasallos estan obligados á besar las manos á los Duques, Condes ó Barones.

(29) Al Rey, pues, deben besársele las manos, pero nó los pies: al Papa, empero, se le besa el pie, segun la glos. á la l. 1. C. *de domestic. de protector.*, donde Júan de Plat. dice que lo mismo debe verificarse con el Emperador.

(30) Los casos en que deben besarse las manos al Rey, pueden verse en Valeri. lib. 2.

e le salen a rescebir; e cada que viniere de nueuo a su casa, o se quiere della partir, para yr a otra parte; e quando les diere (31) algo, o les prometiere de fazer bien, e merced. E esto son tenudos de fazer al Rey, por dos razones. La primera, por el debdo de la naturaleza que han con el. La otra, por el reconoscimiento del Señorio que a sobre ellos.

LEY 6. *Que debdo ha entre los Vasallos, e los Señores.*

Debdos muy grandes son, los que han los vassallos con los Señores. Ca deuenlos (32) amar, e honrrar, e guardar, e adelantar su pro, e desuiarles su daño, en todas maneras que pudieren. E deuenlos seruir (33) bien,

cap. 1. hácia el fin, donde dice que los Monarcas deben ser parcos en recibir aquel obsequio, segun Luc. de Pen. á d. l. 1. C. *de domest. et protector.*

(31) Así dijo Bernardo *super cantica* sermon 3. que al recibir un don debe besarse la mano que lo otorga.

(32) Mateo de Afflict. en la decis. 265. enumera treinta y cuatro casos, en los cuales se está obligado á prestar obediencia al señor, v. al mismo en las decisiones Napolitanas.

(33) No determina esta ley los casos en que los vasallos estan obligados á servir al señor: Specul. sin embargo en el tit. *de feud.* §. *quoniam*, col. antepen. vers. *et nota quod vassalli comitum*, dice, que los vasallos de los Condes y Barones del Imperio, estan obligados á servir al señor en seis cosas, por razon del feudo que obtienen de los mismos: á saber, 1ª por el ejército imperial, segun la cualidad y cantidad del feudo: 2ª para hacer de correo imperial siempre que el Emperador pase por aquel lugar: 3ª por el matrimonio de la hija del mismo señor: 4ª para redimir del servicio militar á aquel ó á su hijo: 5ª á contribuir para redimirle si fuese cautivo: 6ª para comprar alguna tierra. Algunos DD. empero segun refiere Juan Andr. allí en sus adiciones, impugnan estos asertos, diciendo que ni las leyes, ni las costumbres feudales autorizan semejante doctrina: y mas principalmente las obligaciones indicadas en tercero, cuarto y sexto lugar, segun mas latamente puede verse allí por Juan And.: sobre esto véase tambien cierta decision de Guido Papa, cuestion 57, que comienza *an vassallus*, y á Mat. de Afflict. en sus decis. Nap. 265. fol. 3. y á Pedro de Antiboli en su tratado de *muneribus*. Mas sea lo que fuere de esto respecto de los vasallos verdaderamente feudales, de los que lo son tan solo por razon de jurisdiccion, debemos concluir, que no estan tenidos á las espresadas cargas, y que ni los Barones pueden imponérselas, á tenor de lo que dice And. de Iser. en el cap. 1. §. ult. *de pace juram. firm.* pues por derecho comun no pueden estos señores imponer á sus súbditos ni alcabalas ni bagages; porque, siendo esto una regalía, solo el Príncipe puede imponerlas, segun Bald. despues de Ricard. Malo á la l. 7. hácia el fin, C. *de bon. quæ liber.* y á la l. 1. C. *de superindict.* y Bart. allí y á la l. 1. C. *de mulier. et in quo loco.* V. latamente tratada esta materia por Alex. consil. 145. vol. 2. y por Bart. á la l. 1. C. *de excusat. muner.*, en donde dice que aquellos á quienes se ha concedido un castillo con mero y mixto imperio, pero con sujecion al régimen y proteccion del concedente, no pueden imponer alcabalas; todavía mas: que el derecho de imponerlas, queda siempre reservado á aquellos á quienes antes competia, alegando para esto la l. 8. C. *de excusat. muner.* y d. l. 1. *de superind.* Por esta misma razon dice tambien Bald. á la l. 7. C. *de fideicom. libert.* que los nobles no pueden imponer á sus súbditos la obligacion de prestar bagajes, como no sea por costumbre ó por contrato, por ser aquellos hombres ingenuos. Sobre lo mismo dice Juan de Plat. á la l. 1. C. *ne opere à collat. exig.*, fundándose en el texto citado, que los Barones tampoco pueden imponer á sus súbditos la obligacion de emplearse en obras ó trabajos, arg. l. 2. C. *ne rustic. ad ullum obseq. devoc.*, ni hospedarse en casa de sus vasallos, pues es privativo del Príncipe el derecho de hospedarse *gratis* en ellas: l. 2. C. *de metat. et epidemic.* Bald. á la l. 4. princ. D. *de offic. procons.*: y nada prueba en contrario el decir que todos esos derechos van comprendidos en la general concesion ó donacion que hizo el Rey á dichos señores; porque semejantes regalías y lo que está anejo á la suprema jurisdiccion, no vienen comprendidas en una concesion general, l. 1. D. *de offic. ej. cui mand. est jurisd.* hácia el fin; y fuera un absurdo el suponer lo contrario ya que con ello se haria mucho mas dura la condicion de los súbditos; lo que nunca debe entenderse haber estado en la intencion del Príncipe, antes bien las gracias por este otorgadas se han de presumir siempre haberlo sido decorosamente (*decenter*) y conforme á derecho, mas bien que estraordinariamente y por la plenitud de su poder, segun dice Bald. *in præludiis feudor.*, col. 9. siendo esta la razon de que en el caso de estar los vasallos prestando socorros á los Barones, no se les impone por el Rey alcabalas á fin de no gravarlos doblemente; l. 4. §. 1. D. *ad Leg. Rhod. de jactu*; del mismo modo que respecto del Papa tampoco se presume

estar en su intencion el gravar al ordinario con la recepcion de dos clérigos: cap. *mandatum* 38. *de rescriptis*; y asi hasta pudiéramos aventurarnos á decir, que dado que en el privilegio de donacion hubiese el Rey concedido á los señores de los lugares el derecho de hospedage, debiera este limitarse y restringirse en tales términos, que se perjudicase á los vasallos lo menos posible; v. gr. que de aquel derecho tan solamente pudiesen usar al pasar por los lugares de los vasallos para ir de visita ó por otra causa, segun Juan Andr. en sus adiciones al Specul. en d. §. *quoniam*, sobre aquel vers. *et nota*, *quod vassalli* ya antes citado, ó debiera entenderse la indicada concesion de tal manera, que ni el señor ni los suyos pudiesen permanecer mas tiempo del necesario en casa de sus vasallos, segun lo prescrito en el vers. *moram superfluam in civitatibus non faciemus*, *de pace Constant.* y lo anotado por Bald. allí; á saber, que tales privilegios se han de restringir y limitar segun las disposiciones del derecho comun, y de modo que causen el menor gravámen posible, l. 3. C. *de test. milit.* y Bald. allí, l. 35. princip. C. *de inoffic. test.*, ya que la facultad de hacer algo se entiende siempre limitada á obrar de buena fe y en consecuencia á usar de ella cortés y humanamente, arg. l. 60. §. 4. D. *mandati*, y l. 9. D. *de servitut.*, y en los propios términos lo dice Paris de Puteo en su tratad. *syndicatus*, cart. 5. col. 1. Por lo demas, en la imposicion de estos gravámenes no podrian los señores escudarse en la costumbre; porque se presumiria introducida violentamente la que en aquel sentido se alegara, y que los súbditos se han avenido á ella mas bien por temor que no por la conciencia de pagar una verdadera deuda, segun el cap. *nullus* el ult. 1. cuest. 1. y 10. y cuest. 3. cap. *quia cognovimus* 6. Inoc. y el Abad en el cap. *si diligenti, de præscript.* y segun And. de Iser. hasta se podria tachar de injusta y violenta la posesion estraordinaria que alegaran de haber obtenido tales servicios, y por consiguiente de nada les aprovecharia; porque aun cuando el derecho civil proteja á los posesores de mala fe que han estado en la tenencia de la cosa por treinta años, cuando esto sucede entre iguales, que pueden y suelen acudir al juez para defender cada uno su derecho; no procede empero lo mismo por derecho divino; antes al contrario en el fuero interno es tanto mas grave un pecado cuanto mas añejo: y contra Dios no hay prescripcion, mayormente tratándose de los débiles que fácil ó lo que es peor impunemente no pueden quejarse á veces de los poderosos; de quienes nunca podemos ser iguales, l. 3. D. *de alienat. judic. mut. caus. fact.*, y bellísimamente añade que aunque no se haya interrumpido semejante posesion de un modo espreso; con todo, la sorda murmuracion de los pueblos es suficiente para interrumpir delante de Dios la prescripcion: á propósito de esto aduce el mismo Andr. de Iseru. lo que se cuenta del milagro obrado por la bienaventurada Vírgen respecto de aquel á quien decia el diablo haber poseido por mucho tiempo; porque todo lo que se ha escrito, para enseñanza nuestra se ha escrito *ad Roman.* cap. 15. vers. 4. y el que calla, no se presume que consiente ú otorga cuando sin riesgo no puede reclamar. V. tambien á Luc. de Pen. á la l. 20. C. *de agricol. et censit.* col. 2. Pero todas estas doctrinas aunque verdaderas, en órden á la costumbre ó prescripcion contra la que haya todavía memoria de actos en contrario; no lo fueran para escepcionar con ellas una costumbre inmemorial, probada en juicio contradictorio con las formalidades necesarias; antes deberia esta respetarse segun lo sostuvo la glos. á d. cap. *nullus* el ult. 1. cuest. 1. y lo sienta Alex. consil. 35. vol. 2.: estando en el dia asi espresamente declarado por las Córtes de Madrid año del Señor de 1528, en la peticion vigésima; á saber, que en el juicio posesorio se ampare en la posesion de tales impuestos al que haya estado en la posesion por 40 años: pero que en el petitorio, se haya de probar (y baste) la inmemorial, con tal que se la pruebe con las condiciones y en la forma prevenidas por el derecho; en atencion á lo cual debe bien advertirse que si los señores de las tierras, al fundarse en la prescripcion inmemorial, no articulan y prueban que los súbditos les han prestado dichos impuestos ó cargas voluntariamente, esto es, sin ningun linage de violencia, por todo el tiempo inmemorial, no se declarará el derecho á su favor; porque en caso de duda debe mas bien admitirse la presuncion favorable á los súbditos, ó sea la de que se habian conformado contra su voluntad; pues si se hubiesen tomado prendas y los súbditos las hubiesen redimido, ó si temiendo aquellos alguna otra vejacion hubiesen procurado librarse de ella, no habrian los señores adquirido el derecho de exigir los servicios que en tales términos se hubiese acostumbrado prestarles, cap. *quod latenter*, 5. *de reg. jur.* en donde pretenden tambien lo mismo Hostiens. y Juan And. cap. *qui ex timore* 8. del mismo tit. l. pen. C. *quod met. caus.* cap. *olim* 17. *de restit. spoliat.* Asi, pues, cuando un poderoso ha usado de su poder sobre uno que no lo es, y mas principalmente cuando ha tomado de él algo en prenda, ó le ha arrestado, ó le ha obligado á dar prendas sin conocimiento de causa, se presumirá que ha obrado con violencia, l. ult. §. pen. D. *quod met. caus.* segun Juan Fabr. (refiriéndose á Inoc.) al §. 2.

(34), e lealmente, por el bien fecho que dellos resciben. Otrosi dezimos, que el Señor (35) deue amar, e honrrar, e guardar sus vassallos, e fazerles bien, e merced, e desuiarles daño, e desonrra. E quando estos debdos son bien guardados, faze cada vno lo que deue; e cresce, e dura el amor (36) verdadero entre ellos. Otros debdos y ha de muchas maneras entre los vassallos, e los Señores, que son tenudos de guardar los vnos a los otros, en tiempo de guerra, e de paz, e de que diximos en la segunda Partida deste libro, en las leyes (37) que fablan en esta razon.

Instit. *de action.* col. 8. y siempre los servicios indebidamente prestados, se presume que han sido arrancados por el miedo segun Juan And. al cap. 1. lib. 6. *de præscript.* en su nueva edicion, y Bald. en la palabra *pactiones*, *de pace Constant.* donde alega tambien lo de que la presuncion está en general en contra de los poderosos, mas que mas si se les considera en contraposicion de los rústicos ó débiles. Ahora nótese bien el modo como debe deducirse y probarse en la práctica la prescripcion inmemorial, para lo cual debe atenderse á las palabras de la ley de Madrid, que dice así: *La inmemorial costumbre probada por la manera, é con las qualidades, é circunstancias, que por derecho, é leyes destos reinos se deue probar;* de cuales palabras se deduce claramente que se requiere una prueba tal, cual acabo de indicar. En el foro, empero, de la conciencia, siempre aconsejaria á los señores, que en órden aquellos servicios, que por derecho son indebidos, y en prueba de los cuales no tienen otro título que la prescripcion aunque sea esta inmemorial, no hicieran uso de ella, pues este camino es el mas seguro para la conciencia, y en caso de duda debemos atenernos á lo que sea mas cierto, y que pueda resolverse sin que peligre el alma, segun la Clement. *exivi, de verb. signif.* y la escelente glos. al cap. 1. *de scrutin.*, cap. *juvenis*, 3. *de sponsal.*; á todo lo cual añadiré todavía la hermosa espresion de Cepo. Veronen. en su tratado *de servit. rust. præd.*, cap. *de mari*, col. 3. donde dice, que aunque la prescripcion inmemorial tiene la fuerza de título, privilegio ó pacto, con todo si la parte, en cuyo favor obraba, confesase que ni él ni sus antepasados tuvieron otro título ú otro derecho, que el que les daba la espresada prescripcion, entonces no seria este suficiente; porque cuanto mas largo fuese el tiempo por el cual hubiesen poseido, tanta mayor fuera su culpa, cap. ult. *de consuet. cum concord.*, y aunque la prescripcion es una presuncion *juris et de jure*, con todo es sabido que hasta contra esta se admite prueba en contrario, cuando consiste en la confesion de la parte, glos. notab. á la autent. *sed jam necese*, C. *de donat. ante nupt.*, y á la l. 14. princ. C. *de non numer. pecun.*, aduciendo tambien lo anotado por Inoc. y otros al cap. *quia pleque, de immun. eccles.* Tampoco valdria la prescripcion inmemorial, que estuviese acompañada de mala fe, segun el cap. ult. *de præscript.*, y lo sostiene Felip. Franco al cap. 1. col. ult. *de præscript.*, y Juan Franc. Balb. en su tratado *præscript.*, fol. 16. col. 1. y 2.; doctrinas todas que obrarian principalmente para escluir el derecho de hospedaje introducido por la costumbre, que es el fómes del pecado, por importar la continua cohabitacion y poner asi en peligro la castidad de las mugeres, que estan en el seno de sus familias: pues nunca vale la costumbre que induce fácilmente á pecar, cap. *ex parte*, 10. *de consuet.*, ni la que es contraria al bien del alma, ó fomenta el pecado, se sostiene, aun cuando sea inmemorial, segun lo dicho por el Card. Alex. al cap. *frustra*, dist. 8., asi como tampoco vale el pacto por el cual se invita á uno á delinquir, l. 5. D. *de pact. dot.*, l. 27. §. 4. D. *de pact.* Adviértase tambien que los señores de territorios no pueden obligar á sus súbditos á que les cultiven sus campos, segun lo nota Luc. de Pen. á la l. ult. C. *de omn. agr.*, sobre la palabra *hortantibus*, y dice allí mismo, que tampoco pueden obligarles á que recauden gabelas que hayan de servir para alimento de los mismos señores; pueden sin embargo obligarles á cultivar aquellos predios de los cuales se deban réditos al mismo Baron. V. al mismo á la l. 2. C. *de censib. et censitor.*, y á la l. 54. C. *de decurion.*

(34) No solamente, pues, deben servirles bien de palabra, sino de palabra y de hecho: V. Bald. á la l. 1. C. *de oper. libert.*

(35) Pues es regular que el señor corresponda tambien por su parte al vasallo, cap. *imperialem*, hácia el fin, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, y Andr. de Isern. allí; añad. el notable texto del cap. 1. *de forma fidelitatis*, y Bald. allí: de esta regla sin embargo se cuentan 15 escepciones, sobre las cuales puede verse á Math. de Afflict. en sus decis. Napolit. decis. 265.

(36) Y acerca de si debe ser mayor el amor del bienhechor al que ha recibido el beneficio que el que este profese al primero, V. Sto. Tomás 2. 2. cuest. 26. art. 12. y al Filósofo 9. Eth.

(37) V. las ll. del tit. 10. hasta el 20. l. 4. tit. 27. y l. 3. tit. 29. P. 2ª

LEY 7. *Por que razones se puede partir el Vassallo del Señor, en que tiempo, e en que manera.*

Despedir, nin partirse non puede ningund vassallo de su Señor, en el año primero (38) que le fizo Cauallero, por pobreza (39), nin por trabajo que sufra con el, nin por otra cosa ninguna; fueras ende, si lo ouiesse a fazer por alguna destas tres cosas (40). La primera es, si el Señor se trabajasse por muerte de su vassallo. La segunda, si se trabajasse de desonrrarle su mujer, La tercera, si lo deseredasse a tuerto, non lo queriendo caber derecho por juyzio de amigos, nin del Rey, nin de su Corte. Ca por qualquier destas razones bien se puede departir de su Señor en todo tiempo, ante del año, o despues. Mas del año adelante (41) bien se puede partir del; maguer el Señor non errasse contra el, en ninguna de las tres maneras sobredichas. Ca si non ouiesse sabor de biuir con el, porquel pagasse mal la soldada, o por otra razon qualquier (42), bien se puede partir del. E quando se ouiesse a espedir, deuelo fazer por si mismo (43), e non por otro; fueras ende, si se temiesse del (44), que lo matasse, o que lo desonrrasse: ca estonce, bien se podria espedir del, por otro que fuesse fidalgo. E el espedimiento deue ser fecho en esta manera, diziendo el vassallo al Señor (45): Espidome de vos, e besovos la mano, e de aqui adelante non so vuestro vassallo. E quando alguno otro se despidiere en nome del vassallo, deue dezir assi: Fulano, Cauallero, se espide de vos, e besovos

(38) Añad. l. 3. tit. 13. lib. 3. Fuero Real; y nó sin razon se establece esto aqui, pues que recibe grande honra el que es armado Caballero, lo cual ademas de la nobleza que consigo trae, escusa de otros cargos, l. 13. §. 1. D. *de vacat. muner.* Glos. á la l. 1. C. *de vacat. muner. public.*, y Juan de Plat. allí, y V. la l. 4. y 5. tit. 1. lib. 4. O. R.

(39) Durante este tiempo, empero, debe ser alimentado á costas del señor, V. Specul. tit. *de feud.*, §. *quoniam*, vers. 22. y l. 18. D. *de oper. libert.*

(40) Añad. l. ult. del tit. prox. ant. y añad. la l. 3. tit. 29. P. 2ª donde, á mas de los espresados aqui, se espresa otro caso en que puede el vasallo separarse del señor que lo ha armado caballero.

(41) Pero entiéndase que no podria hacerlo el vasallo que hubiese sido armado caballero por su señor, segun d. l. 3. y la presente; pues el que no lo hubiese sido podria separarse aun antes del año, con tal que la separacion no fuese fraudulenta, ó hubiese de ceder en perjuicio del señor, como si le hubiese ya satisfecho al vasallo la soldada de un año y antes de concluir se separase aquel, segun se indica en nuestra ley aqui, y pruébalo la l. 1. tit. 13. lib. 3. Fuero Real.

(42) Por aqui se ve que el vasallo puede librarse del servicio, renunciando al feudo; como lo confirma tambien el cap. 1. *de vassal. qui contra constit. Lothar.*, y esta es la comun opinion segun los DD. y señaladamente Felin. al cap. *quæ in ecclesiarum*, *de constit.* Deben, empero, esceptuarse de esto dos casos, á saber; 1º el de que la renuncia fuese demasiado intempestiva, como si se la hiciese en ocasion en que amenazase una guerra contra el señor, segun Host., Juan Andr. y Felin. en el lugar citado. Y sobre lo que deberia decirse si se tratase de un feudo concedido para un servicio determinado, V. á Juan de Imol. allí á Bart. á la l. 7. D. *de aqua pluv. arc.* Glos. al cap. 1. hácia el fin, *de capitan. qui curiam vend.*, y á Bald. *in præludiis feudor.*, col. 5. y al mismo en el cap. *cæterum*, *de judic.*, col. pen. En segundo lugar se esceptúa el caso de ser el feudo franco ó *ligio;* pues que, siéndolo, no puede librarse de él el que lo ha jurado, por ser grave cosa faltar á la fe prometida al Príncipe, y porque debe siempre tenerse presente el beneficio que de él se ha recibido: Esto último, empero, ha querido ponerlo en duda Prepos. en el cap. ult. *de capitan. qui cur. vend.* V. allí y á Franc. Curcio en su tratado *feudali*, part. 4. cuest. 31.

(43) Nótese esto bien; por cuanto la l. 2. tit. 13. del Fuero Real permitia á los hidalgos el que se despidiesen de sus señores por medio de otro; y quizás se establece aqui que haya de ser personal el acto de la despedida, á fin de que por la vergüenza y reverencia debida al señor se contenga el vasallo, y no sea tan fácil en separarse de su servicio.

(44) Nó sin razon se resiste uno á presentarse ante aquellas personas, cuyo acceso no está exento de peligro, segun la Clement. *pastoralis*, vers. *isto igitur*, *de re judic.*, y cap. *significavit*, 48. *de appellat.*, y Clement. *causam*, 3. *de election.*, l. 2. D. *si quis cautio.*, y nótese aqui la distincion con que debe entenderse la citada l. del Fuero Real, que permitia á los vasallos el despedirse de los señores personalmente ó por medio de otro, es decir, que podrian hacer esto último cuando no tuviesen suficiente seguridad para presentarse por sí; pero de lo contrario deberian hacerlo siempre personalmente.

(45) Y asi el feudo debe renunciarse en manos del mismo señor y nó de otro, segun Host. al cap. *quæ in ecclesiarum*, *de constit.* Bald. al cap. 1. col. 2. *de alien. pater. feud.*

la mano por el: e digo vos de su parte, que de aqui adelante, non es vuestro vassallo.

LEY 8. *Que cosas deue guardar el Señor al Vassallo, y el Vassallo al Señor, despues que fueren partidos.*

Partiendose el vassallo del Señor, por alguna de las razones que diximos en la ley ante desta, despues que fuere partido del, bien se puede fazer vassallo de otro, e non ante (46). E maguer se el fiziesse vassallo de otro, nunca lo deue el ferir, nin matar; por razon de la Caualleria que rescibio del, e del bien fecho que fizo, e por el vassallaje que ouo con el (47); fueras ende, si viesse en peligro de muerte aquel su Señor cuyo vassallo es (48), de manera que lo non pudiesse librar ende, a menos de ferir al otro, cuyo vassallo fue. E aun estonce, si a ferirlo ouiesse por tal razon como esta, deuelo fazer de guisa, que non le de ferida de que muera, si lo escusar pudiere. Pero en ninguna manera non lo deue ferir, nin fazerle mal, nin daño ninguno, con las armas, nin con el cauallo que el le dio (49).

LEY 9. *Que pena meresce el Vassallo, que toma soldada del Señor, e non le sirue.*

Si el vassallo que se espidiere del Señor, con que solia beuir, ouiesse recibido soldada del (50), e non gela ouiesse seruida; si el Señor le mando (51) por si mismo, o por su carta (52),

(46) Indícase con esto que nadie puede á un mismo tiempo ser vasallo de dos señores; lo que debe entenderse y limitarse al caso en que con dicha pluralidad pudiese perjudicarse el derecho ó utilidad del primero y verdader señor, por el hecho de prestar homenage á otro, l. 8. D. *de aqua pluv. arc.*; mas cuando pudiese el vasallo cumplir simultáneamente sus obligaciones con entrambos señores, valdria el contrato celebrado con el segundo, en todo lo que fuese personal, y nó en lo que tuviese de real ó de vasallage; porque el que es vasallo de uno no puede serlo de otro, segun Bald. á la l. 2. C. *de oper. libert.*, y Specul. tit. *de feud.*, §. *quoniam*, vers. *quæritur*, 11. y V. al mismo en el vers. *quæritur*, 12.

(47) Corrobórase con lo dispuesto aqui el dicho de Host., Anton. y Juan de Imol. al cap. *quæ in ecclesiarum*, *de constit.*, á saber, que aunque el vasallo dejare de serlo por haber renunciado al feudo, deberá con todo abstenerse de ofender á su señor en memoria del estinguido señorío, arg. l. 7. C. *de quæst.*: añade Felin. á dicho cap. *quæ in ecclesiarum*, col. 31. en donde enumera otros casos semejantes al espresado, y á Paris de Put. en su tratado *syndicatus*, fol. 8. col. 2.

(48) Pues consigue de este un beneficio mayor, y por consiguiente está en la obligacion de defenderle con preferencia, arg. l. 10. D. *de stat. hom.*, donde nota esto Bald. ¿Qué dirémos, empero, del vasallo que no habiendo dejado todavía al primer señor, haya recibido otro (segun he dicho mas arriba en la nota 46.)? si hubiere guerra entre los dos, ¿á quién de ellos deberá obedecer y ayudar dicho vasallo? Véas. sobre el particular á Bald. á la l. unic. §. 9. C. *de caduc. toll.*, hácia el fin vers. *habeo duo feuda*.

(49) Para que no pueda decir con Ovidio *Heu! patior telis vulnera facta meis*. Y nótese bien la especie de esta nuestra ley; pues, aunque el vasallo está obligado á ayudar al señor contra toda otra persona, que le quiera ofender bajo pena de privacion del feudo, segun el cap. 1. *de nova forma fidelitat.*, con todo en el caso propuesto aqui quedaria escusado aunque no le defendiese.

(50) Acerca de este estipendio hay un texto espreso en el cap. 1. *quis dicatur Dux*, *Marchio*, *Comes*, vers. *soldata*, y en el mismo se dice, que el feudo en que media estipendio es tan personalísimo, que no pasa ni á los herederos del que lo da, ni á los del que lo recibe.

(51) No se obliga, pues, al vasallo á que ofrezca sus servicios al señor, como este no se los pida, segun el §. *ad hoc*, *hic finit. lex Domin. Freder.*, á no ser que se debiesen aquellos para cierto dia, ó si supiese el vasallo que el señor está sitiado, ó que corre peligro de muerte, segun se dice allí, y en el cap. 5. §. *licet*, *si de feud. defunc. content. sit inter domin. et agnat.*, cap. *Imperialem*, §. *firmiter*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, y cap. 2. §. *præterea*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*, y V. la distincion que pone Bald. en d. §. *ad hoc*, hácia el fin, y al tratarse de si alguno ha sido avisado ó requerido incumbe hacer la prueba al que asi lo afirmare; pues que nadie se presume haberlo sido, á menos que asi se justifique, segun el texto notab. en el cap. ult. *de pace juram. firm.*, y lo anotado por Bald. allí col. pen.

(52) Declárase aqui que el legítimo llamamiento del vasallo, es el que se hace personalmente por el mismo señor ó por sus cartas; á lo que puede añadirse tambien, ó por su procurador, segun el §. *ad hoc*, *de pace juram. firm.*, y lo anotado por Bald. allí, y V. allí mismo tambien que cuando se ha llamado á los vasallos por cartas, para que produzca

que la viniesse seruir, e non quiso (53), deuelo pechar doblado, todo lo que del recibio desta guisa, (a) porque lo non quiso seruir. Otrosi dezimos, que si el vassallo siruiesse al Señor, e nol quisiesse dar su soldada (54), que por todo el tiempo quel siruio, e non gela dio, que gela deue dar doblada. Mas si el Señor non ouiesse menester el seruicio del vassallo, porque nol acaesciesse cosa atal, nin embiasse por el; estonce no seria tenudo de tornar ninguna cosa, de lo que ouiesse recebido del, maguer non lo ouiesse seruido: ca pues el siempre estuuo aparejado, para venir en su seruicio, non es en culpa (55), si el Señor non embio por el.

(a) et que nol quiso servir. Acad.

LEY 10. *Porque razones puede el Rey echar sus Ricos omes de la tierra.*

Ricos omes (56) segund costumbre de España, son llamados, los que en las otras tierras dizen, Condes, o Barones (57). E estos

este llamamiento el efecto de incurrir en la pena de privacion del feudo los que no acudieren, se requiere, que sean aquellas garantidas y roboradas solemnemente con el testimonio de los Pares, si se duda de su autenticidad; lo cual, empero, en opinion de Bald. debe entenderse, en el caso de que tenga el señor establecida su córte; pues que si no la tuviese, ó no hubiese Pares en ella, bastaria el testimonio de otros: y sobre si bastará un solo llamamiento, ó si se requieren tres, V. á Bald. allí mismo col. ult. donde despues de la glos. concluye, que bastará uno solo, y aun añade citando á Inoc. al cap. *humilis*, *de major. et obed.*, que será suficiente el que se remitan proclamas generales por las tierras y pueblos del señor requirente, l. 6. C. *de remiss. pignor.*

(53) No hay otra causa mas justa para privar de un feudo, que la que proviene de no querer el vasallo prestar el servicio á su señor, cap. 2. §. *sed non est alia*, *quæ fuer. prima causa benefic. amit.* Pero ¿deberá el vasallo ser restituido á su señor por causa de los servicios que haya de prestarle en lo sucesivo? asi lo opina Bald. á la l. 4. C. *ut in pos. legat.* col. 2., á no ser que quisiese dimitir el feudo, y quedar asi desobligado para lo sucesivo de prestar los servicios, que hubiera debido al señor si lo hubiese conservado; mas ni aun asi podria resistirse á prestar los que ya hubiesen devengado, l. 29. D. *ad municipal.*, y si lo hiciere, debe devolver el estipendio cobrado con el doble, como se declara aqui; ó estará obligado á indemnizar al señor en caso de ser el feudo gratuito, ó de no haber recibido por él estipendio alguno. V. á Bald. en el §. *callidis, de prohibit. feud. alien. per Frederic.* y §. ult. *de capitan. qui curiam vend.*

(54) Qué diríamos empero en el caso de no querer el señor pagar al vasallo la soldada ni recibir de él el servicio? Parece que podrá hacerlo por ser aquellas obligaciones correlativas, pues asi como el vasallo se libra renunciando al feudo, asi debe el señor quedar libre renunciando al servicio que se le haya de prestar. Parece sin embargo que debiéramos decir lo contrario, porque el feudo no puede quitarse, como no se convenza al vasallo de un delito que merezca la privacion del mismo, segun el cap. 1. *quo temp. miles*, y cap. 1. *de feud. sine culpa non amit.*, y porque el feudo está introducido mas bien en favor del vasallo que del señor: con todo And. de Isern. dice, que cuando un feudo se da para un determinado servicio parece constituido en favor de ambos, segun Bald. *in præludiis feudorum*, col. 5. Puede distinguirse entre el feudo que se da por razon de alguna administracion, como los llamados de *guardia* y *gastaldia* y en este caso pasado un año puede libremente el señor revocarlo segun el cap. 1. *de feudo guardiæ;* y entre el que se da por razon de un servicio personal, como el de escudero; y en este caso si este sirve bien y á satisfaccion de la Curia, no se le puede quitar el feudo, segun Bald. á d. cap. 1. vers. *Item*, citando cierto cap. *de extraordinario;* véas. al mismo en el vers. *quid de feud. scutiferorum*, y v. tambien lo dicho á la l. 1. tit. 1. hácia el fin de esta Partida.

(55) Añad. cap. 5. §. *licet, si de feud. defunct. fuer. cont. int. dom. et agnat.*

(56) Téngase presente esta ley, que declara cuales sean los Ricos-hombres: y v. Sto. Tomás lib. 3. *de régim. Princ.*, en donde dice, que en España, y principalmente en Castilla, todos los Príncipes inferiores al Rey se llaman Ricos-hombres; y la razon es, porque el Rey distribuye las riquezas á cada Baron segun sus méritos, ó á su arbitrio humilla á los unos y ensalza á los otros; de manera que por lo general no tienen ni fortalezas ni jurisdiccion sino por la voluntad del Rey; y de aqui se llaman Ricos-hombres, porque aquel á quien se da mas, es el Príncipe de mayor categoría, porque puede armar mayor número de caballeros.

(57) De los Barones se hace mencion aqui, y en el cap. *fundamenta*, 17. *de elect.*, lib. 6. No está, empero, bien determinado por el derecho, quien es el que se llama Baron; bien

atales pueden los Reyes echar de la tierra, por una destas tres razones. La primera, quando quier tomar vengança, por malquerencia que aya contra ellos. La segunda, por malfetrias que hayan fecho en la tierra. La tercera por razon de yerro, en que aya traycion, o aleue. E cuando acaesciesse, que el Rey ouiesse de echar al Rico ome de la tierra por malquerencia, estonce aquel que quiere echar, deuele pedir merced apartadamente en poridad (58), que lo non faga; de guisa que non este y otro ninguno, si non ellos amos a dos: e si non gelo quisiesse caber, deuenle pedir merced la segunda vez, ante vno, o ante dos de la compaña del Rey. E si acaesciesse, que non gelo quisiesse otorgar, puedele pedir merced la tercera vegada por Corte. E si estonce no lo quisiesse perdonar, e le mandare que salga de la tierra; por tal razon como esta puedenlo seguir sus vassallos, e salir de la tierra con el. Pero deuele el Rey dar plazo de treinta dias (59), a que salga de la tierra: e en aquellos treynta dias deuele otorgar que le vendan vianda, por aquellos lugares por do saliere. Pero ante que se cumplan los treynta dias, deue el Rico ome salir de la tierra. E desque fuer salido, puedele fazer guerra (60) si quisiere, para ganar consejo onde biua. E esto se puede fazer por dos razones. La vna, porque le echo, non queriendo dezir razon, por que lo faze. La otra, porque pueda auer vida de aquella tierra (61) onde es natural. Mas en tal guerra como esta, nol deue furtar, nin entrar por fuerça Villa, nin Castillo (62), nin quemarla. Pero si el Rey ouiesse deseredado a el de alguna cosa, bien podria estonce entrar Villa, o Castillo, o otra heredad que fuesse del Rey, que pudiesse tanto valer (63), como aquello de quel deseredo; e tenerlo como por entrega, fasta quel Rey le torne lo que tomo: mas non lo puede vender, nin enagenar (64) en ninguna manera. E non deue tomar, por razon de tal entrega, Villa, nin Castillo, nin otra fortaleza, que el mismo ouiesse ante

que al parecer deberémos dar este nombre á todo aquel que, siendo inferior á un Conde, tiene alguna dignidad; pues βαρύς en griego, llámase *gravis* en latin; y por esto, por la costumbre, y por el comun modo de hablar suele llamarse Barones, á los señores y patronos de villas y castillos, segun Franc. Curt. en su trat. *feud.*, parte 2. fol. 7. col. 4. vers. *sed quia gloss.*

(58) A imitacion de la denuncia ó correccion evangélica, Math. 18. vers. 15. y 2. cuest. 1. cap. *si peccaverit*, 19. y por esa via reservada y caritativa, podria hasta delatarse á la Iglesia el pecado que hubiese cometido el Papa, segun la glos. al cap. *nemo*, 9. cuestion 1.

(59) Asi tambien da la ley al acusado por otra causa 30 dias para arreglar sus negocios domésticos, l. 2. C. *de exhib. reis.*

(60) Añad. cap. 1. hácia el fin *de milite vassall. qui contum. est*. en donde hácia el fin dice And. de Isern. que Oberto de Orto, compilador de d. cap. habria estado sin duda en Cataluña y en España en donde hacen los vasallos la guerra á sus señores cuando estos no quieren administrarles justicia, y que á esto quiso aludir el compilador en el citado texto. ¿Será lícito, empero, á los Condes y Barones cuando por tales causas hubieren declarado la guerra al Rey el saquear en ella á los súbditos del mismo? Parece que nó, bajo el supuesto de que tan solamente se permite aqui hacer al Rey la guerra, y lo propio se dice en d. cap. 1. Lo contrario sin embargo arguye la presente ley cuando dice: *La otra, porque pueda auer vida de aquella tierra onde es natural*: y tambien el cap. *dominus noster*, 23. cuest. 2., porque por el hecho de haberse el Rey negado á administrar justicia ó haberla despreciado, no solamente es lícito el saqueo de sus bienes, si que tambien el de los bienes de los ciudadanos; en términos que contra todos se conceden represalias: y á esto parecen inclinarse And. de Iser. en el lugar arriba citado, y Bart. en su trat. *repressal.*, col. 2. vers. *ad secundum*, hácia el fin.

(61) Nótense estas hermosas palabras, que sirven de fundamento para que los ciudadanos puedan con justicia pedir del Rey ó de la ciudad, el que se les señale tierra en donde poder plantar viñas y olivares y lo demas necesario á la vida, y para poder sembrar los campos, de donde puedan alimentarse: y añad. l. 4., tit. 18. P. 3.: sin que obste lo que se dice en la l. 3. tit. 3. lib. 7. O. R. *No los puedan labrar*, etc. por cuanto debe entenderse que no lo pueden hacer en mas de lo que sea necesario para el sustento, y sin perjuicio de que las tierras públicas puedan sembrarse y cultivarse al objeto de que los ciudadanos vivan, y de ellas se alimenten.

(62) Quizás se dispone esto en virtud de lo que se lee en la l. 1. tit. 17. y l. 1. tit. 18. P. 2.

(63) Es esto conforme á la ley de las represalias, segun Bart. en su trat. *repressal.* cuest. 4. vers. *ad sextum*.

(64) No es, pues, lícito enagenar semejantes bienes del Reino, cap. *intellecto* 33. *jurejur.* y l. 1. tit. 17. P. 2.

tenido (65), o alguno de sus vassallos. E por tal echamiento como este, nin por tal guerra, non deue el Rey fazer mal, nin daño a su muger, ni a sus fijos del Rico ome; nin a las mugeres, nin a los fijos de sus vassallos quel siguieren. Otrosi, los vassallos, maguer ayuden a guerrear (66) a su Señor, la parte que a ellos cupiere, non la deuen despender, nin malmeter; mas deuenla dar al Rey (67). E non tan solamente pueden salir con el Rico ome, por tal echamiento como este, sus vassallos, e sus naturales; mas avn sus criados, e los otros omes de su compaña, por razon del bien fecho que resciben del. Mas estos atales, como quier que puedan ayudar, e amparar su cuerpo de feridas, e de muerte, non deuen fazer guerra (68) al Rey.

LEY 11. *Como pueden los Vassallos salir de la tierra con el Rico ome, quando el Rey lo echasse della, por malfetria que aya fecho.*

Echando el Rey algund Rico ome de la tierra, por malfetrias (69) que aya fecho, pueden sus vassallos (70) salir con el, y ayudarle a ganar pan de otro Rey. Pero por tal echamiento como este, non deuen estar con el fuera del Reyno mas de treinta dias, e dende adelante deuense tornar al Reyno. Otrosi, non deue fazer guerra al Rey el Rico ome, nin los que salieren con el de la tierra, nin tomar, nin robar ninguna cosa de su Señorio; como quier que si el Rico ome se fiziesse vassallo de otro Rey, por razon de aquel Señor, cuyo vassallo se faze, bien podria el mismo por si guerrear al Rey que lo echo (71). E esto puede fazer por mandado (72) de aquel Rey cuyo vassallo es; mas no lo deue fazer por si, por razon de tomar vengança (73) del Rey, que lo echo de la tierra. E si por auentura el Rico ome por si fiziesse guerra al Rey ante que se tornasse vassallo de otro; o los vassallos fincassen con el, de los treynta dias en adelante, e le ayudassen a guerrear (74); estonce les deue tomar el Rey todo lo que ouiere en su tierra, tambien al Rico ome, como

(65) Pues se consideran todavia como subsistentes los vestigios de la anterior castellanía, segun la l. 8. tit. 18. Pª 2.

(66) Nótese aqui que, si bien al prestar el juramento de fidelidad á un señor se esceptua la persona del Rey, seg. el cap. 1. *de nov. form. fidelit.*, y §. ult. *de prohib. feud. alien. per Freder.*, y por lo tanto no deben los vasallos en virtud del juramento salir á la defensa del señor contra el Rey, con todo podrian seguirle y ayudarle hasta en la guerra que sostuviese contra el soberano si este lo hubiese echado injustamente del Reino: lo que parece debe entenderse de los vasallos que lo sean por razon de feudo, segun la l. 1. hácia el fin de este mismo tit. y nó de los súbditos que lo sean por razon de jurisdiccion, pues tal es el espíritu de la l. 2. de este tit.

(67) Nótese esto bien; y es la razon de ello el que el Rey á estos vasallos ninguna injuria les ha hecho, sino al señor de los mismos.

(68) Hay, pues, gran diferencia entre domésticos y vasallos, lo que debe notarse bien, en razon de que los domésticos prestan tambien alguna vez el juramento de fidelidad, seg. el cap. 1. *qualiter vassal. jur. deb. fidelit.*, y allí Bald. y And. de Isern.

(69) En esta palabra viene comprendida toda clase de delitos, con tal que no sea el de traicion segun la l. próx. ant. y la que sigue á la presente, y entre las *malfetrias* se cuenta tambien á la rapiña, segun las ll. del tit. 13. P. 7. *in summ.*

(70) En el caso de la l. próx. antecedente se dice tambien en la misma: *Puédenlo seguir sus vasallos*, esto es, está en sus facultades el hacerlo, pero sin que estén obligados á seguirle, l. 40. D. *de judic.*, pues no están obligados los vasallos á seguir á su señor fuera de su territorio; segun Specul. tit. *de feud.*, §. *quoniam*, vers. 23. Bald. en el cap. 1. princip. *quib. mod. feud. amit.* V. al mismo en este lugar y á And. de Isern. en el cap. 1. §. *sed neque alia justior*, *quæ sit prima causa benef. amit.* col. 4.

(71) Esceptúase aqui un caso de lo dispuesto en la l. 26. tit. 13. P. 2. que prohibe al que es natural de un reino el pelear contra el soberano del mismo, aunque él se hubiese hecho vasallo de otro; debiendo notarse y tenerse presente el caso en que tendrá lugar dicha escepcion; esto es, el de haberse naturalizado en otro pais por haber sido espulsado del de la naturaleza aun cuando haya provenido de culpa del mismo vasallo.

(72) Porque parece no obra con dolo, el que está en la precision de obedecer, l. 167. §. 1. D. *de reg. jur.*

(73) De la cual haya sido espulsado por su culpa, nó por culpa del rey, seg. la l. próx. ant.

(74) No seria pues suficiente el mero hecho de permanecer con el señor despues de los treinta dias, sin hacer armas por él; l. 5. D. *de cond. instit.* V. la l. próx. sig., bien que siempre lo seria para poder ser castigado con pena estraordinaria y al arbitrio del juez, según el cap. *de causis*, 4. §. 1. *de offic. deleg.*

a ellos. E como quier que el Rey pueda perdonar al Rico ome, que torne a la tierra, e le quite el coto, en que cayo por razon de la malfetria que fizo, que es quarenta marauedis (75) por cada cosa que tomo; con todo esso, nol puede perdonar (76), que non peche doblado lo que robo, o tomo, a aquellos a quien fizo la malfetria.

LEY 12. *Como los Vassallos non son tenudos de seguir los Ricos omes, que el Rey echa de la tierra por yerro de traycion, o de aleue.*

Por yerro de traicion, o de aleue, echando el Rey algund Rico ome de la tierra, non son tenudos sus vassallos de seguirlo; fueras ende, si el Rico ome se quisiere yr a desterrar a alguna parte, e algunos de sus vassallos quisiessen yr con el, por razon de la verguença, e del pesar que ouiessen, del yerro que ouiesse fecho. E avn los que assi quisiessen yr con el por razon de acompañarlo, deuenlo fazer con entencion de se tornar a la tierra, quanto mas ayna pudieren (77). E si por auentura fincassen con el, e non quisiessen (78) tornar a la tierra, son traydores (79) porende; quier le ayuden a guerrear al Rey, e al Reyno, quier non. E si acaesciesse que fiziessen guerra a la tierra, puede el Rey echar dende a la muger, e a los fijos del Rico ome, por traydores (80). E puede otrosi echar ende a las mugeres, e a los fijos de sus vassallos que fincaron con el; pero non caeran en pena de traycion.

LEY 13. *Como deuen seguir los Vassallos del Rico ome, que sale de la tierra de su voluntad, non lo echando el Rey.*

Por su voluntad saliendo algund Rico ome de la tierra, non lo echando el Rey, si se fuer a tierra de Moros (81), non le deuen seguir sus vassallos. E esto, porque faze traycion en dos maneras. La vna contra Dios, porque va ayudar a los enemigos de la Fe. La otra contra su Señor natural, faziendol guerra e daño en la tierra. E en esta misma traycion caen sus vassallos, si se fuessen con el a ayudarlo. Pero si el Rico ome fuesse a tierra de Christianos (82), bien podrian sus vassallos seguirlo,

glos. á la l. 3. C. *de sacros. eccles.* V. á Bald. allí y á Juan de Plat. á la l. 1. hácia el fin C. *de thesaur.;* pues en general se impone semejante pena estraordinaria por todos los actos que, pudiendo calificarse de delitos, estan prohibidos por la ley, sin que empero haya esta determinado la sancion penal de su prohibicion.

(75) Hállase aqui determinada la pena que se imponia á los Ricos-hombres por el delito de rapiña; por el cual se imponia á los demas la del triplo en el derecho comun y tambien en la l. 3. tit. 13. P. 7.

(76) Nótese aqui espresamente declarado que el Príncipe no puede remitir la pena pecuniaria que se haya impuesto al delincuente con aplicacion á la parte agraviada: siguiéndose en esto la opinion de la glos. á la l. 2. C. *de in jus voc.* V. los DD. allí. Con conocimiento de causa, sin embargo, pudiera el Príncipe remitirla seg. Anton. y Juan de Imol. en el cap. *nisi specialis*, *de offic. legati*, y Jas. y Dec. á d. l. 2.

(77) No se fija aqui el término de treinta dias, como en la l. próx. ant.; y por lo tanto en el caso de la presente estarán obligados los vasallos á regresar cuanto mas pronto puedan.

(78) Luego si queriendo regresar se encontrasen justamente impedidos de hacerlo, no serian reos de traicion, l. 10. §. 1. vers. *idem juris*, D. *ad Leg. Rhod. de jact.*, l. 2. D. *si quis cautior.*

(79) Grave es la pena que parece imponer la presente ley por el solo hecho de permanecer con el traidor: quizás se haya fundado para ello en que semejante permanencia y asociacion con el traidor, arguye una especie de complicidad en la traicion misma.

(80) Parece duro que por el delito del padre sean la muger y los hijos tan rigurosamente castigados; y quizás se habia dispuesto asi, por suponérselos sospechosos de seguir el ejemplo del padre criminal, segun se dice en la l. 5. §. 1. C. *ad Leg. Jul. majest.*, pues cuanto mas cercano es uno del delincuente, tanto mas infestado se le presume. Bald. al §. *si vassallus*, *si de feud. fuer. controv. int. dom. et agnat.*

(81) La l. 19. §. 8. D. *de captiv. postlim.*, llama á este desertor; y permite matarle como á enemigo la l. 3. §. ult. D. *ad Leg. Corn. de sicar.* Añad. l. 9. tit. 29. P. 2.

(82) Declárase aqui que los Condes y Barones del reino, pueden, aun sin pedir permiso al Rey, írse á otro reino de cristianos cuando asi conviniese á sus intereses, mientras que ellos y los vasallos que se lleven consigo, en nada dañen ni al Rey ni al Reino. ¿Será esto empero tambien permitido en tiempo de guerra, cuando la hubiere entre el Príncipe natural de tales señores y el del territorio á donde quieran trasladarse? Parece que sí; ya porque la ley habla en general, ya tambien por la di-

para ayudarle a ganar pan de otro Rey. Mas luego que lo ouieren ganado, deuense tornar al Rey, e al Reyno: e non le deuen fazer guerra, nin daño, el, nin sus vassallos.

TITULO XXVI.

DE LOS FEUDOS.

Feudo es vna manera de bien fecho, que dan los Señores a los vassallos por razon de vassallaje. Onde, pues que en el titulo ante deste fablamos de los vasallos, queremos aqui dezir de los feudos. E mostrar, que cosa es feudo. E onde tomo este nome. E quantas maneras son del. E que departimiento ha entre feudo, e tierra, e honor. E quien los puede dar, e a quien. E que seruicio deuen fazer por ellos los vassallos a los Señores. E quien los puede heredar. E por que razones los pueden perder los vassallos, despues que les fueren dados. E quien puede librar, e judgar, las contiendas, e los pleytos, que acaescieren entre los Señores, e los vassallos, en razon del feudo.

LEY 1. *Que cosa es feudo, e onde tomo este nome, e quantas maneras son del.*

Feudo es (1), bien fecho que da (2) el Señor a algund ome, porque se torne su vassallo; e el faze omenaje, de le ser leal. E tomo este nome de fe (3), que deue siempre el vassallo guardar al Señor. E son dos maneras de feudo. La vna es, quando es otorgado sobre Villa, o Castillo, o otra cosa que sea rayz (4). E este feudo atal non puede ser tomado

ferencia que hace entre el caso de trasladarse á un pais de la fe ó á tierra de cristianos. Y no puede calificarse de desertores á los que asi marcharen por convenir á sus intereses, y nó con ánimo de hacer traicion á la patria, ni abandonarla, segun la l. 19. §. 8. D. *de captiv.*: siempre, empero, en la inteligencia de que antes el Rey no les haya prohibido emigrar á dicho pais, aunque sea de cristianos, porque el Príncipe está bien facultado para hacerlo, l. 4. C. *de comerc. et mercator.* — * V. la adic. á la nota ult. del tit. próx. sig.

(1) Nótese esta definicion del feudo: bien que puede verse otra mas lata en el cap. 1. *beneficium*, *in quib. caus. feud. amit.*, y difusamente espositada por Bald. *in prælud. feud.*, col. 4. Juan Raynal. trae otra mas breve en la repeticion del cap. *imperialem*, *de prohibit. feud. alien. per Freder.*, en donde dice, ser el feudo una concesion benévola, libre y perpetua de una cosa inmueble ú otra equivalente; por lo cual, se retiene el concedente la propiedad, y transfiere el dominio útil al concesonario, debiendo este prestar al primero juramento de fidelidad y algun determinado servicio: sobre cual definicion y sobre cada una de sus palabras, v. á Franc. Curc. que habla latamente de ella en su trat. *feudal.* fol. 5. col. 2. y sig. Es de notar que ese contrato de feudo fue desconocido de los Romanos, segun Bald. en el cap. *quæ in ecclesiarum*, col. 5. *de constit.*, y á conocerlo ellos, le hubieran tenido por odioso; porque tiene resabios de servidumbre personal, ó mixta de real y personal, y atribuye la jurisdiccion á privadas ó particulares personas, cuando el ejercerla es atributo especial del Príncipe ó del Magistrado público, l. 176. D. *de reg. jur.*: debiendo tenerse bien presentes estas palabras de Bald.; y v. á Carl. de Molin. en el princip. de sus comentarios *consuetud. Paris.*, en donde discurre mucho sobre el particular, concluyendo finalmente que los feudos no traen su orígen del derecho romano, si no de la costumbre. V. al mismo allí, donde no alega este dicho de Bald., pero sí á muchas otras autoridades, y habla estensamente en la materia. — * V. la adic. á la nota ult. de este tit.

(2) Luego el feudo para que sea propiamente tal debe darse libre y gratuitamente, esto es, sin que intervenga precio: y el adquirido mediante un precio en rigor no se llama feudo seg. Bald. á la l. 4. C. *de oper. libert.*, asi como tampoco el que se da por una pension de trigo anual; pues entonces mas bien es un enfiteusis ó un contrato innominado. Bald. á la l. 10. C. *de oper. liber.*, col. ult.

(3) Añad. cap. 1. vers. *nulla*, *per quos fiat investit.*

(4) Pues el feudo no puede consistir sino en las cosas inmuebles ó en las adherentes á ellas, y las que se cuentan legalmente entre las inmuebles, como son los réditos anuales ciertos é indubitables, cap. 1. §. *sciendum*, *de feud. cognit.*, y v. á Bald. allí; por lo tanto si se concede un fundo con los animales hallados en él, finido el feudo, deberá devolverse la estimacion de estos: y sobre el modo como se dan en feudo las cosas incorporales, como los diezmos y jurisdiccion, y si se adquieren por la sola colacion de potestad, V. Bald. *de consuetud. recti feud.*, princip.; y v. al mismo tambien en el vol. 3. consil. 222. hácia el fin, y á Franc. Cur. en su trat. *feudal.*, fol. 5. col. 5. en donde opinan que los frutos de una cosa dada en feudo, una vez separados de la tierra y las cosas muebles que se hallan en él ó en un castillo, no se dicen feudales.

al vassallo; fueras ende, si fallesciere al Señor las posturas que con el puso; o sil fiziesse algund yerro tal, por que lo deuiesse perder, assi como se muestra adelante (5). La otra manera es, a que dizen Feudo de Camara. E este se faze, quando el Rey pone marauedis a algund su vassallo cada año en su Camara. E este feudo atal puede el Rey tollerle, cada que quisiere (6).

LEY 2. *Que departimiento ha entre Tierra, e Feudo, e Honor.*

Tierra (7) llaman en España, a los marauedis que el Rey pone a los Ricos omes, e a los Caualleros, en logares ciertos. E honor dizen, aquellos marauedis que les pone en cosas señaladas, que pertenescen tan solamente al Señorio del Rey, e dagelos el, por les fazer honrra; assi como todas las rentas de alguna Villa, o Castillo. E quando el Rey pone esta tierra, e honor, a los Caualleros, e vassallos, non faze ninguna postura. Ca entiendese, segund fuero de España, que lo han a seruir lealmente: e non los deuen perder por toda su vida (8), si non fizieren por que (9). Mas el feudo se otorga con postura (10), prometiendo el vassallo al Señor, de fazerle seruicio (11) a su costa, e a su mission, con cierta contya de Caualleros, e de omes, o otro ser-

(5) V. l. 8. de este tit.

(6) Nótese esto bien: y encuéntrase aqui determinada la naturaleza ó carácter distintivo del feudo de Cámara; tal es, el que sea revocable *ad nutum:* añad. Jacob. de Bellovis. en el cap. 1. *de feud. cognit.* Es evidente, pues, que el vasallo no puede obligar al señor que le haya concedido un feudo de *Cámara* á que le señale posesiones, de las cuales pueda percibir cantidad determinada, segun observa el mismo Jacob. de Bellovis. en el §. *illud*, donde v. tambien á Bald. *de prohib. feud. alien. per Freder.* Acerca de este feudo de *Cámara* se habla tambien en el trat. *de notis feudor. princip.* Y sobre si puede revocarse por el cedente un feudo dado á un abogado por razon de la abogacía, ó en remuneracion de sus trabajos como tal; v. Juan de Plat. á la l. 28. C. *de decurion.*, hácia el fin, en donde dice podérsele efectivamente revocar cuando haya transcurrido un año, á semejanza del feudo de *custodia* ó *gastaldia*.

(7) Declárase aqui, qué es lo que se entiende por réditos de *tierra*, y por *honores*, y que estos réditos ú honores no son feudos, ni se reputan tales, sino que son vitalicios, de manera que no pasan á los hijos ni herederos de aquel á quien se conceden: lo que es preciso tener presente para poder entender muchos documentos antiguos, y privilegios concedidos por nuestros Reyes.

(8) Muerto sin embargo el Rey que los concedió, deben ser reconocidos por el sucesor, segun la l. 20. tit. 13. P. 2ª en donde se trata tambien de estos *honores*.

(9) A saber, si no cometen ingratitud ni otro delito por el cual deban perder sus bienes, segun la l. ult. C. *de revoc. donat.*, y cap. ult. *de donat.*

(10) Parece que no es exacta la diferencia que establece aqui nuestra ley entre el *feudo* y los *honores* de que en la misma se habla; por cuanto algunas veces se dan *feudos* sin obligar por ellos á servicio alguno determinado y no dejan de ser por esto verdaderos feudos, segun lo demuestra el cap. 1. hácia el fin, *ex quib. caus. feud. amit.*, y Bald. allí, y lo anotado por la glos. al cap. ult. *de capitan. qui cur. vend.* Puédese, empero, observar que al conceder los *honores* nunca se obliga al concesonario á prestar servicio determinado alguno; lo cual, si nó siempre, á veces se verifica en los feudos; y en esto hay verdaderamente una diferencia entre los últimos y los primeros.

(11) Sin embargo se puede dar un feudo franco y libre de todo servicio; bien que de él no se hace mencion en el derecho comun, segun Bald. á la l. 1. C. *si à non comp. jud. fuer. appell.*, col. 2.; como no se considere tal, segun él lo considera, el de que habla el cap. 1. *de feud. non habent. propr. naturam feud.* Quien habla sí del feudo franco es Oldral. consil. 234. que comienza *factum tale est*, en donde dice, que cuando simplemente se concede un feudo franco, se entiende concedido con toda libertad, y exento de todo servicio, al cual ninguna carga se le puede imponer, como no sea la que se haya espresado en la misma constitucion del feudo, l. 99. D. *de verb. obl.*, cuyas palabras reasume Bald. en el cap. 1. princip. *de capitan. qui cur. vend.* Estará sin embargo obligado en ese caso el vasallo, en concepto de los citados AA., á todo lo que en general viene comprendido en el juramento de fidelidad, segun se dice mas abajo en la l. 4. de este tit. y en el cap. 1. *de nov. form. fidelit.* Adviértase, empero, que Franc. Curt. en su trat. *feud.* part. 1. col. 3. cuest. 8. dice que, si bien se considera, se verá, que entendiéndose de este modo, á saber, que esté obligado á todo lo que en sí comprende el juramento de fidelidad, dicha franquicia vendria á ser ilusoria, y por esto le parece mas admisible lo que dice Bald. *in præludiis feud.*, col. pen., á saber, que se dice franco por es-

uicio señalado (12) en otra manera quel prometiesse de fazer.

LEY 3. *Quien puede establescer Feudo, e a quien.*

Dar pueden, o establescer feudo, los Emperadores, e los Reyes (13), e los otros grandes Señores: e pueden dar en feudo aquellas cosas que son suyas quitamente (14). Otrosi pueden dar en feudo los Arçobispos, e los Obispos (15), e los otros Perlados (16) de Santa Eglesia, aquellas cosas que los antecesores acostumbraron a dar. Mas las otras que non

tar libre de prestar cualquier servicio ú obra; porque por él ninguno absolutamente se presta; mas sin perjuicio de obligar á todo aquello de que no puede prescindirse sin delinquir, ya consista en un hecho positivo, ya en la omision de otro hecho, por ejemplo, el dejar fraudulentamente de avisar al señor las asechanzas que se sepa estársele urdiendo: y asi quiere Bald. que el feudo sobredicho importe tan solo esas dos obligaciones y nó todas las demas comprendidas en el juramento de fidelidad; sin embargo la precedente opinion es la mas comun; y sobre cuáles sean los efectos del feudo franco, V. á Franc. Curt. lug. cit.: y sobre lo que se acaba de decir V. á Andr. de Iser. *ex quibus caus. feud. amit.*, cap. 1. vers. ult. col. 2.

(12) Como si se hubiese pactado que debiese acompañar á la muger del señor en los dias festivos: lo cual, aunque estraño á la naturaleza del feudo, valdria sin embargo, segun el cap. 1. §. ult. *quid sit investit.*, y lo anotado por Bald. allí.

(13) Añad. cap. 1. *de natur. feud.*, y cap. 1. princ. *quis dicat. Dux*, *vel March.*, en donde Bald. notablemente dice, que asi como el Papa participa de la potestad y jurisdiccion de todos los demas Prelados, lo mismo puede decirse del Emperador en quien se reasumen todas las dignidades. Podrá por consiguiente el Emperador ó Rey dar en feudo no solo las cosas que inmediatamente le estan sujetas, sí que tambien las que lo estan mediatamente, y lo sostiene Curt. el jóven en su trat. *feudal.* part. 2. fol. 7. vers. 2. *principaliter videndum est*: V. sin embargo lo que él mismo dice allí fol. 8. col. 1. vers. 2. *principaliter quæro.* ¿Podrá, empero, en el dia cualquier particular constituido en dignidad dar en feudo sus cosas patrimoniales en términos que la concesion de ellas se haya de regular segun la propia naturaleza de los feudos? Bald. en el cap. 1. princ. dice que por derecho novísimo lo puede hacer no solamente el mas mínimo feudatario, mas aun cualquier rústico, segun el cap. 1. hácia el fin *de natura feud.*, cap. 1. despues del princ. *per quos fiat invest.*, y con la opinion del mismo transige Alvarot. alegando á Inoc. y Card. en el cap. *verum*, *de foro compet.*, la misma opinion sigue allí Marti. Lauden. y los modernos sin oposicion, escepto el Napolit. que sostiene lo contrario, admirándose de la doctrina sentada por Bald., y presumiendo que habló inconsideradamente. A este propósito alega á Andr. de Iser. eminente feudista en el cap. 1. *circa finem*, *de cleric. qui investit. fec.*, en donde dice, que el clérigo no puede dar en feudo su propio patrimonio; porque ni es duque ni conde ni tiene dignidad alguna, como otro no se la haya dado en feudo: y trata de soltar allí el argumento sacado del cap. 1. *per quos fiat investitura*, diciendo que no puede fundarse en la opinion de los DD. sino discurriendo *à contrario sensu*, lo que no es lícito verificar cuando de ello puede resultar un absurdo ó la derogacion de lo dispuesto en otro texto distinto del que asi se pretende interpretar l. 15. C. *de episc. et cleric.* Muy favorable es tambien la presente ley á la opinion del Napolit. lo propio que d. cap. 1. princ. *qui feud. dare poss.* pues ¿á qué vendria enumerar determinadamente las personas que pueden enfeudar, si pudiesen tambien hacerlo todas las demas? La antedicha opinion sin embargo es la mas comun, y la sigue tambien Jacob. de Belloviso en d. cap. 1. princ.

(14) Porque las cosas que no pueden enagenarse, ni aun es lícito darlas en beneficio, cap. 1. §. *sed etiam res*, *per quos fiat invest.*, sin embargo cada uno de los feudos radicados en el reino de la Pulla, estan directamente bajo el dominio del Rey, á pesar de ser aquel Estado ó el reino mismo considerado en general propio de la Iglesia, segun Bald. á la l. 1. C. *unde legit.* Y sobre lo que deberá decirse cuando la cosa dada en feudo haya sido eviccionada, V. el cap. 1. *de investit.*, *de re alien. facta*, y cap. unic. *si de feud. vassall. ab aliquo interpell.*, y Bald. allí.

(15) Añad. cap. 1. princip. *de his qui feud. dare poss.*, en donde Bald. dice que *à fortiori* podrá hacerlo el Papa: y el mismo á la l. 7. C. *de bon. quæ liber.*, y el Abad cap. *cum venisset*, col. 3. *de judic.*

(16) Añad. cap. 1. princip. *de his qui feud. dare poss.*: y cap. 2. *de feud.* Y esta concesion en feudo de las cosas que de muy antiguo se haya acostumbrado conceder asi, podrá otorgarse aun sin las solemnidades, que se requieren para la enagenacion de las cosas eclesiásticas en general, segun el comun parecer

de los canonistas, fundados en d. cap. 2. en la palabra *litteræ*, y lo sostiene el Abad en el cap. *ut super, de reb. eccles.*, en donde pone una singular limitacion, tal es, de que debe esto entenderse mientras subsista la primera concesion; pues si esta desapareciere, como si se hubiese dado en feudo una cosa inculta á fin de que se redujese á cultivo, y en este estado hubiese vuelto al dominio de la Iglesia, aunque podria decirse, que es una de las cosas que se habian acostumbrado dar en feudo, no seria, empero, lícito el reenfeudarlas sin observarse las solemnidades debidas; opinion que no deja de estar muy confirmada por d. cap. 2. en la palabra *si videris expedire.* Con todo dudo que esta limitacion sea verdadera, ó á lo menos debe sufrir ella tambien una escepcion; tal es, el que quizás no serán necesarias dichas solemnidades, y podrá el Prelado prescindir de ellas, cuando la nueva dacion en feudo se haga á favor de los descendientes del primero á quien se habia concedido, por ser respecto de ellos necesaria la ratificacion del feudo, segun la doctrina que establece Bart. á la l. 1. §. 41. D. *de aqua quot. et æst.*, que parece ser la mas comun entre los DD. Segunda escepcion, que limita la comun opinion: cuando siendo rica la Iglesia, la primera vez que dió el feudo, ha venido despues á ser pobre; pues en este caso si la cosa vuelve á su pleno dominio, aunque sea de las que se habian acostumbrado dar en feudo, deberá la Iglesia mas bien retenérsela para sí, que reenfeudarla, como lo sostienen Jacob. de Belloviso á d. cap. 1. princip. *qui feud. dare poss.*, Barba. á d. cap. *ut super*, y Franc. Curt. en su trat. *feud.* part. 2. cuest. 1. hácia el fin dice ser esta la comun opinion entre los modernos, y esto mismo todavía más decididamente sostiene el Abad en el cap. 4. col. penult. *de postul. præl.*, limitando en dicho sentido la doctrina de Bart. á dicho §. *permittitur*, en el caso de pedir la ratificacion de la investidura los descendientes de aquel á quien primitivamente se la hubiese concedido: limitacion notable en realidad, y que me parece verdadera en el caso de haber la Iglesia empobrecido, como lo sostiene tambien Dec. consil. 131. princ. col. ult., por lo que tendrá aquella lugar indistintamente, ya pidieren ó nó la ratificacion los descendientes del primer investido; lo que es digno de que se tenga presente. En órden al transcurso del tiempo que se requiere, para que pueda decirse que se ha introducido la costumbre de dar en feudo alguna cosa, han sido varias las opiniones; esplicándose latamente las de la glos. y de los DD. á d. cap. 1. princ. por Franc. Cur. en d. trat. part. 2. vers. 3. *principaliter quæro*, lo propio que en la 4. cuest. principal, en donde discurre con latitud acerca de los actos que se requieren para introducir esta costumbre; y decide entrambas cuestiones distinguiendo dos casos: el de no tenerse noticia de infeudacion antigua alguna otorgada solemnemente, sino de varias, ó de una sola, otorgada sin las debidas solemnidades, y entonces para considerar inducida la costumbre de dar en feudo, sin distincion de actos, será necesario un tiempo inmemorial; y el caso de tenerse noticia de alguna infeudacion solemne, y entonces, sin necesidad de haber transcurrido tiempo determinado, ni de haberse repetido la infeudacion, se tendrá por formada la costumbre de enfeudar la cosa; y en consecuencia podrá dársela en feudo sin las solemnidades ordinarias; llevando allí esta misma distincion mas adelante: y lo de ser suficiente el haberse una cosa enfeudado una sola vez con solemnidad, para poder reenfeudársela en lo sucesivo, lo sostiene Juan de Imol. á d. l. 86. D. *de verb. obl.*, col. ult., fundando principalmente esta opinion en d. cap. 2. *de feudis*, cuyo texto ni requiere pluralidad de actos ni señala tiempo determinado. Dudo mucho, empero, que esta opinion sea verdadera tanto en el primero como en el segundo miembro, pues aunque no conste que una cosa se haya constituido en feudo alguna vez solemnemente, si consta, empero, que ha sido objeto de varias infeudaciones, y ha transcurrido el tiempo de 40 años, parece que será esto suficiente, y no se requirirá por consiguiente el tiempo inmemorial, ya que por la sola repeticion de un acto se introduce la costumbre, glos. á la l. 3. C. *de episc. audient.*, y esta se hace legítima, cuando ha durado por espacio de 40 años, segun el cap. ult. *de consuet.*, y cap. *cum de beneficio*, 5. *de præbend.* Ni obsta la razon que alega dicho Curcio, á saber, que la costumbre que no reconoce por fundamento el tiempo inmemorial, no es suficiente para que puedan dejarse de cumplir las solemnidades prescritas por los cánones para la enagenacion de las cosas eclesiásticas, segun lo anotado por la glos. y DD. al cap. *cum causa, de re judicata*; pues ó consta y está probado que no se observaron las solemnidades, y entonces no podrá decirse que se haya introducido la costumbre de dar en feudo, y en este sentido es verdadero el aserto de Curc.; ó hay alguna duda, ó no consta esto por documentos, y entonces se presume que han mediado aquellas, en razon de haber transcurrido el espacio de tiempo antedicho, ó tambien porque puede constar por separado en otro documento haber realmente intervenido tales solemnidades, segun latamente lo esplica Felin. en el cap. *sicut, de re judic.*, y en este caso no podrá pro-

fuessen vsadas a dar en feudo, non las pueden dar de nueuo. E puede ser dado, e otorgado el feudo, a todo ome (17) que non sea vasallo de otro Señor, ca assi es escripto en la Ley (18): que ningun ome puede ser vassallo de dos Señores.

LEY 4. *En que manera se deue dar, e rescibir el Feudo.*

Otorgar, e dar pueden los Señores el feudo

ceder lo dicho por Curc.: porque si el derecho presume que han intervenido las solemnidades, no hay para qué hablar de prescripcion sobre si se han ó nó observado aquellas en la enagenacion de tales cosas de la Iglesia. Por lo demas y en órden al segundo miembro, aunque conste haberse otorgado alguna solemne infeudacion, no puede sin embargo decirse, que por ella se haya introducido la costumbre que esta ley y otros textos requieren, supuesto que un solo acto por mas solemne que sea, no es suficiente para ello, y d. cap. 2. *de feud.* debe entenderse con referencia á la enfeudacion de las cosas acostumbradas dar en feudo; pues no es otro el sentido de la presente ley y de otras disposiciones del derecho: inclinándose á esta opinion Juan de Imol. á d. cap. 2. col. 12. hácia el fin despues de Jacob. de Bellovis. á d. cap. 1. princ. y al cap. 1. *Episcop. vel Abb.*, á saber, la de que se requieren cuando menos dos actos y la prescripcion de 40 años: lo sostiene tambien Alex. consil. 9. vol. 3. y cons. 5. vol. 5. y Decio consil. 142. col. 3. Parece sin embargo cierto, que si con la existencia de un solo acto de haber dado en feudo una cosa solemnemente, concurriese la prescripcion de 40 años, pudiera decirse que se ha introducido la costumbre de infeudarla, por el notable texto del cap. *cum de beneficio*, 5. *de præbend.*, sobre el cual insiste en gran manera el Carden. Mediol. á d. cap. 1. princ. donde se lee, que respecto de un beneficio se tendrá por inducida la costumbre de conferirlo á los clérigos seculares, mediante una sola institucion á favor de los mismos y el transcurso de 40 años: podria sin embargo responderse, que allí se trata de una materia favorable y en ninguna manera perjudicial á la Iglesia; cuando en nuestro caso se trata de una costumbre que podria ser perjudicial á la misma, por enagenar bienes sin las solemnidades debidas. Preciso es no obstante reflexionar; pues digno es este punto de examinarse con alguna detencion; en tanto mas, en cuanto puede servir para determinar cuando respecto de una cosa se considerará inducida la costumbre de darla en enfiteusis, sobre lo cual ha de tenerse muy presente lo antedicho. Y sobre si por el hecho de confesar que el Prelado ó el cabildo en el acto de una enfeudacion, y jurar que se trata de un feudo antiguo se presumirá que realmente lo sea, V. Bald. quien está por la afirmativa *in præludiis feud.*, col. 11. V. al mismo en d. su trat. feudal col. 7. y 8. primera parte, y Alex. consil. 10. vol. 3.

(17) Pues cualquiera puede ser investido, aun cuando sea un esclavo, si asi le place al señor, cap. 1. §. 1. vers. *personam*, *per quos fiat. invest.*, l. 77. §. ult. D. *ad Trebell.*, Bald. á la l. 14. C. *de fideicom.*, y si el señor del feudo quiere, puede admitir á un clérigo á la sucesion del mismo, cap. 1. §. ult. *de capit. Corradi.*, y si es clérigo ordenado *in sacris*, no podrá salir personalmente á la pelea para no derramar sangre y no incurrir en irregularidad, cap. 1. *de cleric. pugn. in duello*; pero podrá exhortar á los demas en las filas, ó prestar el servicio poniendo un sustituto á satisfaccion del señor, segun la glos. al cap. 1. *de beneficio fœmin.*, y v. á Albarot. á d. cap. 1. §. *de benef. fœmin.* Por lo demas tambien podrá concederse un feudo á un infante. Bald. á la l. 2. C. *commun. de manum.*

(18) Evang. de S. Mat. cap. 6. v. 24. alli donde dice: *Nemo potest duobus dominis servire;* no recuerdo sin embargo haber encontrado esta ley en todo el cuerpo del derecho civil ni canónico: y quizás dice esto refiriéndose á cierta estravagante sobre feudos, que lleva por título *de quibusdam aliis extraordinariis*, cap. *feudor.*, la que suele estar omitida en nuestras ediciones, y hace de ella mencion Bald. á la l. unic. §. 3. C. *de caduc. toll.* col. 4. en los siguientes términos: *Siquis investitus de feudo ligio*, *pro quo contra omnes homines fidelitatem domino debet*, etc. *et cum placeat quemlibet ligium hominem duorum esse non posse*, etc. y seg. Bald. lugar citado nada se encuentra dispuesto por el derecho escrito acerca de este feudo ligio, como no sea alli mismo y en la Clement. *pastoralis*, *de re judic.*, donde puede verse la glos. De este capítulo estraordinario hace tambien mencion d. Bald. *in præludiis feudor.*, col. pen. al tratar del feudo ligio, y él mismo al cap. *cæterum*, *de judic.* hácia el fin col 2. alega tambien estos capítulos estraordinarios, donde dice que el vasallo puede tener dos señores con tal que procedan de un mismo orígen ó tronco, pero nó de otra manera, á propósito de lo cual cita el indicado text. y dice ser un cap. de los estravagantes, añadiendo que suele estar omitido en las colecciones, y que no lo habria citado, á

a los vassallos, en esta manera (19). Fincando el vassallo los hinojos antel Señor, e deue meter sus manos entre las suyas del Señor, prometiendol, e jurandol, e faziendole (20) pleyto, e omenaje, que le sera siempre leal (21) e verdadero, e quel dara buen consejo, cada que gelo demandare, e que nol descubrira sus poridades, e quel ayudara contra todos los omes del mundo a su poder, e quel allegara su pro, quanto pudiere, e quel desuiara su daño, e que guardara, e complira las posturas (22) que puso con el por razon de aquel feudo. E despues que el vassallo ouiere jurado, e prometido todas estas cosas, deue el Señor enuestirle (23) con vna sortija (24), (a) o con

(a) o con luba, Acad.

no haberlo hecho los compiladores de estos feudos. Si el vasallo empero no fuese *ligio*, bien pudiera serlo entonces de dos señores: entendiéndose no obstante esto, segun lo dicho mas arriba en la nota 46. del tit. próx. ant.

(19) Añad. Specul. tit. *de feud.*, §. *quoniam*, vers. *forma autem juramenti.*

(20) Nótese lo dispuesto aqui á propósito de lo anotado á la l. 26. tit. 11. P. 3. sobre la diferencia entre el homenage y el juramento.

(21) Sobre este juramento de fidelidad añad. el cap. 1. *qualiter vassall. jur. deb. fidelit.*, y cap. 1. *de forma fidelit.* y *de nova forma fidelit.*, cap. 22. *de forma*, cuest. 5. y cap. *tibi domino*, dist. 63., y al prestársele se contraen dos especies de obligaciones: primera, la de hacer lo que se debe; y segunda, de no hacer lo que no se debe, Bart. en la estravag. *ad reprimendum*, sobre la palabra *habenis.* ¿Podrá, empero, prestársele por medio de procurador? Asi lo pretende Bald. á la l. unic. §. 13. hácia el fin C. *de caduc. toll.*, glos. y Bald. al cap. 2. col. ult. *quo tempore miles*, y al cap. 1. vers. ult. *per quos fiat invest.*, y á la l. 1. hácia el fin D. *de divis. rer.* ¿Qué se dirá empero en el caso de haberse convenido en la concesion de un feudo que por él no se prestaria el juramento de fidelidad, como en los de que habla el cap. 1. §. 1. *quæ sit prim. caus. benef. amit.?* Entonces deberémos decir lo mismo que en el caso anterior, porque aunque se haya remitido el juramento, no se han remitido las obligaciones que debian roborarse con el mismo, como se prueba allí, y lo nota Bald. á la autént. *nisi rogati*, C. *ad Trebell.*, col. 4. en donde puede verse tambien, si la violacion de dicho juramento deberá calificarse de perjurio en el caso de habérsele prestado por error.

(22) Nótese, pues, que si en la concesion del feudo se han estipulado señalados servicios y otorgado especiales convenciones, se deberá tambien prestar el juramento especial de que aquéllas serán cumplidas; determinándose asi mismo aqui, que en nada obstante el indicado juramento, debe tambien prestarse el de fidelidad, segun lo dispone mas arriba la presente ley: lo que debe tenerse presente por lo que dice la glos. al cap. ult. hácia el fin, princ. de la glos. ult. *de capitan. qui cur. vend.*

(23) Esta palabra *investidura* no estuvo antiguamente en uso, como que no se encuentra en las leyes del Digesto, seg. Bald. á la l. 3. D. *de offic. prætor.* lect. 1. col. ult. En la concesion de un feudo, precede la investidura verbal, sigue despues el juramento de fidelidad, y viene en último lugar la investidura real, cap. 1. *quid præced. deb. invest. an fidelit.*, y Bald. allí, pudiendo verse el cap. 1. hácia el fin, *de nova forma fidelit.*; en esta ley, empero, se dispone lo contrario, esto es, que hasta á la investidura verbal debe preceder el juramento de fidelidad. No obstante parece que una y otra cosa podrá verificarse sin que por esto sea nulo el acto, como lo sostiene Bald. á d. cap. 1., y como se ha anotado tambien á la l. 68. tit. 18. P. 3. V. allí: y acerca de esta misma investidura y de sus efectos v. á Bald. cap. 1. princip. *quid sit investitura:* siendo muy digno de notarse que no puede constituirse un feudo sin investidura, seg. el cap. 1. *quib. mod. feud. constit. potest.* en donde Bald. dice ser esto una especialidad en los feudos; de suerte que se requiere en ellos dicha formal investidura para ser rectamente constituidos y poderse transmitir á los hijos varones, sin que pueda suplirse la falta de la misma por otro equivalente alguno como no sea la de hacerse espresa mencion de los herederos varones, seg. el mismo al cap. 1. vers. *sciendum*, *de feud. cognit.*, y la glos. á d. cap. 1.

(24) Por la investidura del anillo se adquiere la cuasi posesion de la jurisdiccion y otros análogos derechos, seg. Bald. á la l. 4. C. *de fideicom.* citando el cap. *ex ore*, *de his quæ fiunt à major. parte capit.* Comunmente se opina, que por la investidura hecha en ausencia de la cosa no se transfiere la posesion, á no ser que asi lo haya introducido la costumbre, ó se haga aquella en presencia de la cosa; empero que el investido habrá adquirido de todos modos la facultad de tomarse la posesion de propia autoridad. Glos. al cap. *ex ore*, y al cap. *auctoritate*, *de instit.*, donde v. el Abad y al cap. 2. *de consuet.*, col. 4. Alex. á la l. 3. princip. D. *de adquir. posses.* col. 4. Mat. de Afflict. decis. 299. que comienza *Rex Ferdinandus*, Bald. *in prælud. feudor.* col. 7. y cap. 1. *de controv. invest.*, y

lua, o con vara (25), ó con otra cosa, de aquello que le da en feudo; e meterle en possession dello (26) por si, o por otro ome cierto a que lo mande fazer.

LEY 5. *Que seruicio deuen fazer por el Feudo los Vassallos a sus Señores. E otrosi, como los Señores deuen guardar a sus Vassallos.*

Señalado seruicio (27) prometiendo de fazer los vassallos a los Señores, quando resciben los feudos dellos, estonce los deuen complir en aquella manera que lo prometieron. E si por auentura non fuesse nombrado cierto seruicio (28) que el vassallo deuiesse fazer al Señor; (*b*) por todavia se entiende, que el vassallo es tenudo, por razon de aquel feudo que tiene del, de ayudarle en todas las guerras que ouiesse a començar derechamente (29). E otrosi, en todas las guerras que mouiessen otros contra el a tuerto (30). Otrosi dezimos, que los Señores (31) deuen ayudar a los vassallos, e ampararlos en su derecho, quanto pudieren; de manera que non reciban daño,

(*b*) pero todavia Acad.

á las ll. 1. hácia el fin, C. *de jure emphyt.* 2. lect. y 4. C. *acquir. posses.*

(25) El cap. 1. princ. *quid sit investit.* dice con lanza, observando Bald. allí, que en los grandes feudos se hace la investidura con espada.

(26) Añad. cap. 1. hácia el fin *de nov. for. fidelit.*, y esta es la que se llama propia y real investidura, pues la verbal se llama abusiva, seg. d. cap. 1. *quid sit investit.*

(27) Puede pues darse el feudo para un determinado servicio, segun el cap. 1. hácia el fin *de capitan. qui curiam vend.*, en cual caso se le llama condicional, segun dice la glos. ult. allí hácia el fin; sin que por él esté tenido el vasallo á prestar otro servicio que el espresamente estipulado, como dice allí la Glos. en el princ. de la glos. ult., sin perjuicio empero de haber de prestar siempre los que vienen comprendidos en el juramento de fidelidad, segun se ve por la l. 4. de este tit. y por lo que dije allí, lo mismo que á la l. 2. nota 11, y puede decirse, que en cuanto á los servicios que traen consigo gasto y trabajo, no estará obligado á otros que los que se hayan espresado; pero lo estará siempre á guardar fidelidad, segun dijo Bald. *in prælud. feudor.* col. penult. hablando del feudo *franco*, y lo dije yo tambien á d. l. 2.: esto ademas es lo que parece quiere Andr. de Isern. á d. cap. 1. §. ult. *de capitan. qui cur. vend.* princ. porque los pactos hacen ley en los contratos, l. 23. D. *de reg. jur.* ¿Y qué se diria, en órden al servicio determinado, que el Rey ú otro hubiese acostumbrado estipular espresamente en todas sus infeudaciones, si lo omitiese en alguna en particular? De esto trata lata y elegantemente Andr. de Iser. al cap. 1. vers. ult. *ex quib. caus. feud. amit.* donde dice, que en semejante caso se entenderá el feudo concedido pura y simplemente ó en la forma ordinaria, y no condicionado; v. al mismo allí.

(28) Este feudo es el que se llama recto y simple, seg. el cap. 1. hácia el fin *in quib. caus. feud. amit.* y Bald. allí, siendo de notar que el feudo se presume siempre concedido segun su propia y ordinaria naturaleza, como no se pruebe lo contrario, cap. 1. vers. ult. *quid sit investit.* y Bald. allí.

(29) No estará pues obligado á ayudar al señor en una guerra injusta, como se dispone aqui y en el cap. *domino guerram*, *hic finit. lex. domin. Freder.* y l. 3. §. 2. D. *ad Syllan.* glos. al cap. 1. 14. cuest. 6. sobre la palabra *adjuvat:* debiéndose empero entender esta disposicion del caso en que sea notoria la injusticia; pues si fuese dudosa, no podria el vasallo decidirlo por sí, sino que deberia obedecer á su señor, d. cap. *domino guerram*, y Bald. allí col. 2.

(30) ¿Estará en este caso obligado á defender la persona del señor, aunque sepa que la justicia no está de su parte? Declárase así en d. cap. *domino guerram*, princip., lo que es especial del vasallo respecto de su señor; pues no deberia decirse lo mismo del que sin ser vasallo estuviese obligado á prestar ausilio á otro: l. 3. §. 2. D. *ad Syllan.* Francisc. de Aret. consil. 163. que empieza *sicut Joannes dicit in Apocalypsi*, sosteniéndolo Alvarot. y comunmente los modernos á d. cap. *domino guerram.* Bald. con todo dice allí, col. 2. que aunque esto reconozca por fundamento la costumbre observada en los feudos, parece no obstante duro é irracional que el vasallo en tal caso esté obligado á defender á su señor: v. las razones allí por él alegadas, y las duras calificaciones que aplica á Oberto de Orto y Gerardo Agapisti, por haber sostenido dicha doctrina. Es necesario tener presente esta ley de Partidas, cuyo espíritu es el de que ni en la defensiva ni ofensivamente esté el vasallo obligado á ayudar al señor contra quien justamente se ha declarado guerra, y así indistintamente lo sostienen Jacob. de Bellovis. y Andr. de Iser. en el cap. 1. princ. *quib. mod. feud. amit.*

(31) Conc. cap. 1. hácia el fin *de nova forma fidelit.* y l. 3. tit. 29. P. 2.

nin deshonrra, de los otros. E deuenles guardar lealtad (32) en todas las cosas; bien assi como los vassallos son tenudos de guardar a sus Señores.

LEY 6. *Quien deue heredar el Feudo, e quien non.*

Los feudos son de tal manera (33), que los non pueden los omes heredar, assi como los otros heredamientos. Ca maguer el vassallo que tenga feudo de Señor, dexare fijos, e fijas, quando muriere, las fijas (34) non heredaran ninguna cosa en el feudo; ante los varones, vno, o dos (35), o quantos quier que sean mas, lo heredan (36) todo enteramente. E ellos fincan obligados (37) de seruir al Señor, porque lo dio a su padre, en aquella manera que su padre lo auia a seruir por el. E si por auentura fijos varones non dexasse, e ouiesse nietos de algun su fijo (38), e non de fija, ellos lo deuen eredar, assi como faria su pa-

(32) De lo contrario por desleal se condena al señor á perder la propiedad del feudo, cap. *qualiter domin. propriet. feud. priv.*, y Bald. al cap. 1. vers. *dominus*, *de forma fidelit.*, donde aconseja á los señores que lo tengan presente, por lo terrible de dicha pena.

(33) No procederá pues lo dispuesto aqui respecto de los demas bienes, que no sean feudales, aunque consistan en dignidades, seg. el cap. *significabit.* 36. *de rescript.* y el Abad alli terc. notab. V. al mismo en el cap. *dilecti*, *de arbitris*, col. 4.

(34) Conc. cap. 1. vers. *filia vero*, *de succes. feud.*, y cap. 1. §. *hoc autem notandum*, 3. *de his qui feud. dare pos.*, y esta es la regla general: sufre sin embargo muchísimas escepciones espresadas tanto en dicho §. *filia*, como en el cap. 1. *quemad. feud. ad filiam pertin.*, pudiendo verse á mas de ellas otras recopiladas por Franc. Curc. en su trat. *feudal.* part. 3. princ. fol. 1. 2 y 3. y algunas otras por Dec. consil. 139. y 390. col 4. y 6. y consil. 424. y por Socin. consil. 257. vol. 2. sobre lo cual, por lo difuso de la materia, bastará remitir al lector á dd. AA. Y téngase presente esta ley porque no solo escluye de la sucesion de los feudos á las hijas, sino á todos los descendientes de ellas varones ó hembras: v. esto mas estensamente en d. §. *hoc autem notandum*, y en el cap. 1. vers. *ad filias*, *de succes. fratr.*

(35) Por cuanto siendo muchos los hijos varones suceden todos por iguales partes, seg. el cap. 1. §. *et quia*, *de his qui feud. dare pos.* y la presente ley; y suceden tambien juntamente con los otros hijos los nietos del hijo premuerto, á semejanza de lo que se observa en los bienes alodiales, glos. al cap. 1. *de natur. succes. feud.* y Francisc. de Aret. consil. 163. que comienza, *diligenter et mature*, Curt. en su trat. *feud.* part. 3. vers. *nono principaliter*; ¿podrá empero el padre dejar el feudo á uno solo de sus hijos? V. Bald. al cap. 1. §. *et quia videmus*, *de his qui feud. dare pos.* col. 2.

(36) Asi pues suceden al feudo los hijos que son herederos del padre; pues un feudo aceptado simplemente se entiende serlo por sí y por los hijos herederos. Glos. al cap. 1. *quib. mod. feud. const. pot.* y Bald. allí, y lo trae Socin. consil. 19. vol. 1. que comienza, *pro decisione*, col. 1.: si se aceptase empero alguno por sí y por sus hijos, no añadiendo la palabra herederos (cual feudo se llama proveniente de pacto y providencia), entonces sucederian al mismo todos los hijos, aun los que no fuesen herederos del padre, segun la distincion del capitulo 1. *an agnatus*, *vel filius*: y lo declarado por Andr. de Iser. allí y en el princ. y §. *hoc quoque* del cap. 1. *de succes. feud.*, en el cap. 1. *qui successor. teneant.* y en el cap. 1. *de alien. feud. patern.*, siendo esta tambien doctrina de Franc. Curt. en su trat. *feudal.*, part. 1. vers. *principaliter quæro* 8. col. 5.

(37) Estando todos obligados á prestar el juramento de fidelidad, seg. el §. 4. vers. *omnes filii*, *si de feud. defunct. content. sit. int. dom. et agnat.* y Bald. allí: sin embargo, si en la particion de la herencia se adjudicase el feudo á uno solo, este tendria únicamente obligacion de prestarlo. V. á Bald. allí y tambien en el mismo lugar, que es lo que sucederia en el caso contrario de morir el señor del feudo dejando muchos herederos. ¿Qué se dirá empero del caso en que uno de los hijos del vasallo prestase el juramento de fidelidad y otro no? ¿se volveria á incorporar el señor de todo el feudo, por la culpa de uno solo? V. á Bald. á la l. 1. D. *de rer. divis.* col. 4.

(38) Pues no sucederia si descendiese de línea femenina, como se dispone aqui y en el cap. 1. §. *cum verò Corradus* 2. y §. *hoc autem notandum* 3. *qui feud. dare pos.* por cuanto siendo la madre escluida, lo estarán tambien sus hijos aunque fueren varones, segun notablemente lo sienta Bald. á la l. 1. D. *de senator.*, de donde infiere, que por razon de estar la hija del Rey de Francia escluida de la sucesion á la corona por una razonable costumbre de los Franceses, ningun derecho podria tener á la misma el Rey de Inglaterra, á pesar de descender de la casa de Francia por proceder de la línea femenina: [sin duda debe referirse esta especie á Eduardo III Rey de

dre si fuesse biuo. E la herencia de los feudos non passa de los nietos adelante (39), mas torna despues a los Señores, e a sus herederos. Pero si el vassallo despues de su muerte dexasse fijo, o nieto, que fuesse mudo, o ciego (40), o enfermo, o ocasionado (41) de manera que non pudiesse seruir el feudo, non lo meresceria áuer, nin lo deue heredar en

Inglaterra, que fue pretendiente á la corona de Francia, por ser hijo de Isabel, hermana de Cárlos IV, y por haber muerto este sin sucesion] sobre lo cual habla latamente Juan Cirier. en su trat. *primogenit.* cuest. 23. lib. 1.

(39) Téngase esto muy presente, pues lo contrario se previene en el lib. de las costumbres de los feudos: esto es, que los descendientes varones sucedan á ellos hasta lo infinito, seg. el cap. 1. §. *hoc autem notandum*, 3. *qui feud. dare pos.* y lo dice señaladamente Bald. en el cap. 1. *de feud. marchiæ*, col. 2. donde trata tambien de la sucesion del reino: siendo de admirar, que nuestros compiladores de las Partidas no hubiesen inseguido en la presente ley la citada disposicion de dicho cap. 1.; tanto mas, cuanto que muchos DD. sostuvieron, ser aquella aplicable tambien á los feudos eclesiásticos y estar la Iglesia obligada á atenerse á ella, como lo hace Martin Laud. á d. cap. 1. §. *et quia vidimus*, á quien sigue Franc. Curc. en d. su trat. *feudal.* part. 3. fol. 4. vers. *expedita igitur*, aunque lo contrario sostuvo Bald. á la autént. *defuncto*, C. *ad Tertul.* Tal vez pudiera decirse que, al separarse la presente ley de lo prevenido en la citada costumbre, lo hizo, para que declarándose los feudos perpetuos, no resultase de ahi inútil ó poco menos que inútil la propiedad de la cosa enfeudada al señor que la hubiese concedido: y que por esto adoptó la disposicion del Emperador Corrado, á la que se refiere d. §. *et quia vidimus*, esto es, que el feudo no pase á los descendientes mas allá de los nietos, lo que debe entenderse siempre con tal que en la concesion del feudo no haya intervenido pacto en contrario; porque entonces este es el que deberá observarse, l. 23. D. *de reg. jur.* Cuando pues se haya constituido un feudo simplemente, deberá estarse á lo prevenido en la presente ley.

(40) Hállase aqui claramente resuelta una cuestion sobre la cual habia diversos pareceres, de los que latamente habla Bald. al cap. 1. *an mutus vel alit. imperfectus*, y al cap. 1. §. *mutus*, *Episcopum vel Abb.* Asi pues no podrán suceder á tenor de la presente ley al feudo concedido al padre el hijo mudo, ni el ciego, ni otro alguno que por cualquier defecto natural ó casual esté impedido de prestar personalmente el servicio al señor, sin distincion entre los grandes y los pequeños feudos; pues respecto de unos y otros obra la misma razon, ó sea la de no poder servir al señor. Puede limitarse empero la presente ley en el caso de que el feudo fuese de tal naturaleza que no debiese prestarse por él al señor ningun servicio personal; sino un censo, en dinero, trigo ú otra cosa semejante todos los años, como los hay en algunas iglesias de Lombardia; en los cuales bien podria suceder el mudo, y el sordo aunque fuese de nacimiento, seg. lo sostiene Bald. *de pace Const.* vers. *libellariæ* hácia el fin. Y qué se diria del caso en que hubiese dos hermanos de los cuales fuese el uno apto para prestar todos los servicios acostumbrados y que de hecho los prestase, y el otro de tal manera inútil que no pudiese prestar alguno? Por la aptitud del primero que presta los servicios ¿podrá ser admitido el segundo? Deberémos inclinarnos á la negativa, seg. Bald. §. *præterea ducatus*, hácia el fin, *de prohibid. feud. alien. per Freder.* V. tambien á Juan Ånd. en sus adiciones á Specul. tit. *de feud.* §. *quoniam*, col. 12. en la adicion que comienza en el vers. 21. Esta ley es estensiva tambien, aun al caso en que el servicio fuese tal, que pudiese cumplirse por sustituto; pues á pesar de esto no podria ni el mudo ni otro cualquier impedido suceder al feudo, segun Bald. á la l. 16. C. *de Episc. et cleric.* Si empero se tratase de un impedimento que no le imposibilitase totalmente para el servicio sino en parte, como el de no tener el oido tan fino como antes, ó el de no andar con toda soltura; no por esto perderia el feudo, porque podria todavia ser apto para la guerra ó para dar consejo, seg. Bald. allí: y siguiendo su opinion, lo propio debe decirse si el impedimento fuese temporal. ¿Qué seria, empero, si el impedido no fuese un hijo del feudatario, sino este mismo á quien primitivamente se hubiese concedido el feudo? ¿quedaria privado de él por la imposibilidad de seguir prestando los servicios? V. d. cap. 1. §. *mutus*, que lo resuelve afirmativamente, disponiendo empero que en caso de ser grande el feudo tenga derecho á percibir de él los alimentos necesarios el feudatario á quien despues de haberlo obtenido le haya sobrevenido el impedimento. V. Bald. á d. l. 16. y á d. cap. 1.

(41) Bien esplícitamente se declara aqui que el impedimento ha de ser de tal naturaleza, que por él no puedan prestarse los servicios; y en este concepto van incluidos en la regla los dementes, que carecen de la parte mas principal del hombre; esto es, del uso de la razon, y por lo mismo, como á dejados de la

ninguna manera (42). Esso mismo dezimos, que si qualquier dellos fuesse Monje, o otro Religioso (43), o tal Clerigo (44) que lo non pudiesse seruir, por razon de las Ordenes que ouiesse. E lo que diximos, que fijo, o nieto del vassallo puede heredar el feudo, entiendese, quando Villa, o Castillo, o otro heredamiento señaladamente fuesse dado por feudo. Mas Reyno, o comarca (45), o Condado, o otra dignidad realenga, que fuesse dada en feudo, non lo heredaria el fijo, nin el nieto del vassallo, si señaladamente el Emperador, o el Rey, o otro Señor, quel ouiesse dado al padre, o al abuelo, non gelo ouiesse otorgado para sus fijos, o para sus nietos.

LEY 7. *Como los padres e los hermanos de los Vasallos, non heredan el Feudo.*

En feu o teniendo algun ome Villa, o Castillo, o otra cosa alguna del Señor, si quando muriesse non dexasse fijo, ni nieto, maguer ouiesse padre, o abuelo, ninguno dellos non lo heredara. Ca los feudos son de tal manera, que los que descienden por la liña derecha

mano del Autor de la naturaleza, no pueden suceder al feudo; Bald. á la l. ult. C. *de suis et legit. hæred.* col. 3. ¿Podrá suceder al feudo el que es inhábil para procrear? Bald. á d. §. *mutus*, dice haber ocurrido esta cuestion en la persona de cierto noble llamado Juan, el cual tenia testículos, pero carecia de miembro, y sostiene que podria á pesar de esto suceder; pues semejante defecto está encubierto, bastando que sea uno sano de juicio y que aparezca visiblemente tal, y en lo físico bien conformado; como añade haberlo él mismo aconsejado en una causa de gran peso, y lo corrobora la presente ley, porque aquel defecto no escluye la aptitud del que lo tiene para prestar los servicios á que está obligado.

(42) Tendrá empero derecho á ser alimentado de los frutos provenientes del feudo, aunque este sea grande? Parece que sí, seg. d. cap. 1. §. *mutus*, sosteniéndolo al parecer Juan Andr. en sus adiciones á Specul. tit. de *feudis*, §. *quoniam*, col. 12. en la adicion, que comienza en el vers. 21. y sobre si lo dispuesto en la presente ley tendrá lugar en las dignidades del reino, ó en los mayorazgos, V. lo dicho á la l. 2. tit. 15. P. 2. en la nota á las palabras *seyendo hombre para ello*, y v. á Socin. consil. 47. vol. 3. que comienza, *facti narratione*.

(43) Añad. cap. 1. *de vassal. milite qui arma bell. depos.* y §. 4. vers. *qui clericus*, *si de feud. def. content. sit inter dom. et agnat.* glos. notable al cap. *scripsit nobis*, 27. cuest. 2. y cap. 1. *de feud. fœmin.* vers. *ex hoc illud*, en el cual parece que se aprueba la especie singular de que si el vasallo que ha entrado en religion sale de ella antes del año, ni recobrará, ni adquirirá el feudo, por haberlo perdido en el acto de entrar en ella: y apoyado en aquel texto, lo sostiene asi Andr. de Iser. á d. §. *qui clericus*, opinion que á mi parecer no es verdadera, porque debe entenderse del que ha entrado y profesado, segun la autént. *ingressi*, C. *de sacros. eccles.*; fuera de que, de ser asi podria retraherse á muchos de entrar en religion; por lo tanto creeria que en esta parte deberia observarse respecto de los feudos, lo mismo que en los demas bienes alodiales.

(44) Añad. las disposiciones citadas en la precedente nota, y requiérese que á lo menos tenga el subdiaconado, ó sea ordenado *in sacris*, segun el cap. *à multis*, 9. *de ætate et qualit.*, sosteniéndolo Bald. á d. §. *qui clericus*, *si de feud. fuer. controv. inter. dom. et agnat.*, debiéndose entender que esto tendrá lugar, aunque quiera servir por sustituto, como parece colegirse de esta ley, y lo esplica latamente Franc. Curc. en d. su trat. *feudal.* part. 3. vers. 10. *principaliter quæro*: V. lo dicho por el mismo allí, de cuya doctrina podrán colegirse algunas escepciones aplicables á la presente ley: y sobre si pierde el feudo el que, teniendo un fundo, se hace monge ó clérigo, añad. Bald. á la l. 16. C. *de episcop. et cleric.*

(45) Añad. cap. 1. princ. *de feud. marchiæ*, y cap. 1. hácia el fin *de alien. feud.*: lo que debe limitarse y entenderse en el sentido, en que lo hace Andr. de Iser. allí; esto es, cuando el marquesado, ducado ó reino se diese á alguno como á dignidad, y meramente como á dignidad ú oficio; pero nó en clase de feudo, comprensivo por consiguiente del territorio como anejo á aquella; cual sucede con el duque de Calabria, cuyo título constituye á este dueño de la provincia del mismo nombre, con todas las tierras y vasallos que comprende el ducado del que es señor; pues en este caso sin ninguna dificultad puede transmitirse al heredero el feudo con la dignidad, afirmando lo mismo al §. *præterea ducatus*, *de prohib. feud. alien. per Freder.* V. tambien sobre el particular á Rodr. Suar. en la repeticion de la l. 32. C. *de inoff. test.*, en la limitacion 11., donde insertó un alegato sobre el condado de Valencia, obra de sumo trabajo, en el que cita esta ley de Partidas.

los deuen heredar, e non los que suben (46) por ella. Otrosi dezimos, que si el vassallo que tiene feudo del Señor, quando muere non dexa fijo, nin nieto, e ha hermano (47), vno, o mas; que ellos deuen heredar el feudo, si es atal que fuesse dado al padre (48), o al abuelo del finado, o si los hermanos biuos, o el muerto, lo compraron (49) de los bienes que auien de so vno. Mas si fuesse dado el feudo al hermano finado, estonces (50), los hermanos que fincaren biuos, non aurian derecho en el; ante dezimos, que deue tornar al Señor, pues que el finado non dexo fijo varon, nin nieto, que lo heredasse.

LEY 8. *Porque razones el Vassallo puede perder el Feudo.*

Perder puede en su vida el feudo el vassallo, si non cumpliere al Señor, o a sus fijos, el seruicio (51) quel prometio a fazer por razon del. Otrosi dezimos, que pierde el vassallo el feudo, si desampara a su Señor (52) en batalla. E avn dezimos, que lo pierde, si acusa a su Señor (53), o le busca tal mal (54), onde le viene gran daño de sus bienes, o

(46) Añad. cap. 1. princ. *de natur. succes. feud.*, y lo mismo debe decirse respecto al enfiteusis eclesiástico, segun Bald. á la autent. *defuncto*, C. *ad Tertul.* Débese, empero, limitar esta ley con tres escepciones, de las cuales habla Curc. en su trat. *feud.* part. 3. vers *expedito*, tract. 1. col. 2., donde discute tambien, si el padre tiene el usufruto en los bienes feudales del hijo: y sobre si lo tiene ademas en los bienes de un mayorazgo V. latamente á Rodr. Suar. en una de sus disputas sobre la l. 32. hácia el fin C. *de inoff. test.*

(47) ¿Qué dirémos del caso en que no tenga hermanos, pero sí otros parientes colaterales? Entonces sucederán estos hasta lo infinito, sin limitarse al séptimo grado, si se tratare de un feudo concedido al padre ú otro ascendiente del que haya fallecido y á quien se trate de suceder, segun el cap. 1. *de natur. succes. feud.*, y cap. 1. *si vassal. feud. privet. cui deferat.* Si, empero, se tratare de suceder al primer adquisidor del feudo, y por consiguiente de abrirse por primera vez la sucesion á él y antes que hubiese pasado á los descendientes de dicho primitivo obtentor, entonces, siendo el feudo de aquellos á los que suceden los colaterales, ya sea por pacto, ó por cualquier otra causa de las aqui espresadas, por las cuales un hermano sucede en el feudo al otro hermano, sucederian dichos colaterales tan solo hasta el séptimo grado: y asi tendria lugar lo dispuesto en el cap. 1. §. *hoc autem notandum*, 3. *qui feud. dar. poss.*, segun Jacob. de Bellovis., Bald. y otros al cap. 1. §. *si capitanei*, *de feud. marchiæ*. V. latamente á Franc. Curc. en su dicho trat. *feud.* part. 3. vers. *successivè expedito*, donde pone muchas cuestiones referentes á la materia de que trata la presente ley. V. allí y Dec. consil. 85.

(48) Añad. cap. 1. *de succes. fratr.* ¿Qué se dirá, empero, si se tratare de un feudo nuevo, pero tal, que en el acto de la enfeudacion hubiese espresado el señor, que lo concedia como antiguo y paterno? Entonces segun la mas comun opinion se regulará como si en realidad fuese de los de esta clase, sobre lo cual V. á Franc. Curc. en d. su trat. *feud.* part. 1. vers. 8. *principaliter quæro.*

(49) Esto es, con tal que el comprarlo en comun se hubiese verificado con ciencia del señor del feudo, segun el cap. *de benef. frat.*, y cap. 1. *de fratrib. de novo benef. investit.*

(50) Añad. d. cap. *de fratrib. de novo benef. invest.*, y d. cap. *primum*, *de benef. frat.*

(51) V. lo dicho en la nota 53. del tit. ant.

(52) Añad. cap. 1. princ. *quib. mod. feud.*, *amit.*, y cap. 1. §. *si quis miles*, *de feud. sine culp. non amittend.*, y cap. 1. §. *item qui dominum*, 2. *quæ fuit prima causa benef. amit.*, y Bald. y DD. allí.

(53) Añad. cap. 1. §. 2. vers. *item si delator*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*, hablando la presente ley asi del simple delator como del acusador, y parece que procederá lo dispuesto en la misma aun en el caso de resultar probada la acusacion ó denuncia; pues, sean ó nó calumniosas, se incurre igualmente en la pena de privacion del feudo por el hecho de haberlas intentado, aunque lo contrario sostengan Andr. de Iser. y Alvarot. en d. vers. *item si delator*, pues obra respecto del feudatario aqui la misma razon que respecto del esclavo que acusa ó denuncia á su señor, l. ult. hácia el fin C. *de delator.*, sosteniéndolo Franc. Curc. despues de Din. en d. trat. *feud.* part. 4. cuest. 29. y V. la glos. y DD. en d. vers. *item si delator*, y Curc. en d. cuest. 29. que aducen algunas escepciones aplicables á la presente ley.

(54) Lo dispuesto aqui por nuestra ley tendria tambien lugar si, revelando el vasallo los secretos de su señor, se le siguiese á este por ello gran perjuicio, segun el cap. *si capitanei*, *quib. mod. feud. amit.*, y glos. y DD. allí. ¿Lo perderá, empero, el que haya sido abogado contra el señor, en causa de la cual se le haya seguido un gran daño? Parece que nó; pues el abogado, que aconseja ó dirige leal-

enfamamiento de su persona. E otrosi dezimos, si el vassallo sabe que algunos (55) quieren buscar mal a su Señor, o quel puede venir algund daño muy grande en alguna manera, si se non trabaja de lo desuiar, quanto pudiere, o si nol apercibe (56) dello, que pierde el feúdo por ello, si lo calla engañosamente (57). Otrosi dezimos, que faziendo el vassallo pleyto, o omenaje, o jura con otros algunos (58), con entencion de buscar mal, o de fazer algund mal a su Señor; o si salteasse (59) en algund logar por si, o con otros, queriendol ferir, o matar, o prender, o deshonrrar; o si metiesse mano en el (60) señaladamente con entencion de fazerle alguna destas cosas; o si se trabajasse de su muerte (61) en qualquier manera; deue perder el feudo que tuuiere del, por qualquier destas razones. Otrosi dezimos, que si el Señor yoguiere preso en carcel, o en algund Castillo, o en otra prision qualquier, e el vassallo non se trabajasse de lo sacar (62) ende, podiendolo fazer, que deue perder porende el feudo que tuuiere del. E aun dezimos, que si al Señor, o a su muger, tienen cercado en algund Castillo, o en Villa, o en otra fortaleza, si el vassallo se hallare en aquella cerca (63) con los otros, sobre qualquier dellos, que deue perder porende el feudo.

LEY 9. *Por quales yerros, que el Vassallo faze a su Señor, pierde el feudo, e otrosi el Señor la propriedad del, si yerra contra el Vassallo.*

Matando el vassallo al hermano, o al fijo, o al nieto de su Señor (64), deue perder por-

mente, no hace injuria á aquel contra quien da el consejo ó direccion, segun lo anotado por Bald. á la l. 1. C. *de sent. præf. prætor.*, si bien que la glos. y DD. al cap. 1. vers. *item si delator*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*, entienden que solo dejará de perder el feudo el vasallo, que al abogar contra su señor lo haya hecho por estar obligado á ello; pero nó en el caso de haberlo hecho espontáneamente; opinion que pone en duda d. Curc. trat. *feudal.* part. 4. cuest. 33., queriendo, aunque nó decididamente, que ni en el caso de haber obrado espontáneamente tendria lugar dicha privacion. Sin embargo la opinion de la glos. y de los DD. es, á mi parecer, la mas verdadera.

(55) Añad. cap. 1. §. 2. vers. *præterea si vassallus*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*, y la glos. allí.

(56) Y estará obligado á ponerlo en conocimiento de su señor, aunque haya hecho lo posible para impedirlo, segun d. vers. *præterea*, y la glos. allí.

(57) Lo propio dispone d. vers. *præterea* en el caso de que haya dejado de revelarlo por negligencia, y lo nota la glos. allí. Lo dispuesto pues en la presente ley tiene lugar tanto si ha habido dolo, como culpa.

(58) Añad. la glos. al cap. 1. §. *porrò*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*, y al cap. 1. §. 1. *quib. mod. feud. amit.*, con el §. *conventiculas*, *de pace juram. firm.*, y á Andr. de Iser. en d. §. *porrò*.

(59) Añad. cap. 1. vers. *similiter*, *quibus mod. feud. amit.*, y la glos. allí y §. 2. vers. *porrò*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*

(60) Conc. d. vers. *porrò*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*, y nótese aqui la palabra con *entencion*: bastando el que le haya puesto al señor las manos, aunque no haya resultado este herido; y por lo tanto perderá el feudo por solo levantar la mano contra el mismo: hace al caso la l. 15. §. 1. D. *de injur.*, todo lo que está en contra de lo que dice Alvarot. en d. §. *porrò*, esto es, que es preciso que se le hiera. La presente ley requiere tambien que se le ponga encima la mano; y por lo tanto, si bien no seria suficiente el que la levantase, tampoco seria preciso que hubiese herida. Lo dispuesto aqui es estensivo tambien al caso en que el vasallo se valga de otro para herir al señor, segun Alvarot. en dicho §. *porrò*.

(61) Añad. d. vers. *porrò*: y sobre si bastaria el simple juramento de matar al señor sin ulterior resultado, V. á Andr. de Iser. en el cap. *si voluerit*, *de capitan. qui cur. vend.*, el cual dice, que por el solo juramento no se le privaria del feudo, á no ser que lo hubiese prestado mancomunándose con otros, siendo de este mismo parecer Alvarot. allí: nótese esto bien.

(62) Añad. §. 2. vers. *item si delator*, *quæ fuit prima causa benef. amit.* Entiéndase esto del caso en que fuese encarcelado por un hecho personal, y asi pudiese librarle constituyéndose el vasallo por él en prision; pues si lo fuese por deudas, no estaria obligado á redimirlo, ya que no podria hacerlo sino pagando por él, cap. *licet*, *si de feud. defunc. cont. sit int. dom. et agnat.*, y Alvarot. allí.

(63) Añad. vers. *similiter*, *quib. mod. feud. amittat.*

(64) Declárase aqui, que se priva del feudo á aquel que mata al hijo, nieto ó hermano de su señor. Sin embargo, respecto al hermano, se dispone lo contrario en el cap. 1. *an ille qui interfecit fratrem domini sui*, y

ende el feudo. E otrosi dezimos, que si el vassallo yace con la muger de su Señor (65), o con su fija, (c) o con su nuera (66), que deue perder el feudo. Esso mismo seria, si se trabajasse en alguna manera (d) de recibir, o aduzir (67) alguna dellas, para traerlas a fazerle tal deshonrra. E por todas estas cosas sobredichas, e por cada vna de las que diximos en la ley ante desta, porque el vassallo deue perder el feudo, quando lo fiziere; por essas mismas pierde el Señor (68) la propriedad del feudo, si fiziesse alguna dellas contra la persona del vassallo, o de su muger, o de sus fijos, o de sus nietos, (e) o de sus nueras; e fincara despues desso la propiedad del feudo al vassallo para siempre, por juro de heredad.

(c) ó con su nieta. Esc. 1. 2.
(d) de rescebir á alguna dellas Acad.

LEY 10. *Como el Vassallo non deue enagenar el Feudo; e como el fijo, despues de la muerte de su padre, deue venir a jurar fieldad al Señor, o a sus fijos.*

Vendiendo (69), o empeñando, o enage-

(e) ó de sus nietas Esc. 1.

la glos. al cap. 1. §. *similiter*, *quibus mod. feud. amit.*, pretende, que se le privará del feudo en el caso de que lo haya matado á traicion, porque con esta circunstancia incurriria tambien en dicha pena por matar á un estraño: y este es el sentido en que debe tomarse esta ley respecto del hermano; pues en órden al hijo y al nieto creeria deber aplicarse la pena, ya fuese ó nó alevoso el homicidio, mientras no se hubiese cometido en defensa propia; porque los descendientes representan la misma persona del padre y vienen á ser en cierta manera señores respecto del vasallo de aquel. Y nótese bien, que en cuanto al hijo ó nieto del señor, no se halla esto tan espresamente dispuesto en el derecho comun sobre feudos. En el caso, empero, de matar el vasallo á un hermano suyo, V. d. cap. 1.

(65) Añad. cap. 1. vers. 1. *quib. mod. feud. amit.*: teniendo lugar lo dispuesto aqui sin distincion de casos, y ora hubiere consentido el adulterio ó hubiere sido forzada la muger del señor, y aunque lo haya cometido despues de la muerte del marido, pero permaneciendo viuda, y guardando todavía su nombre, segun Andr. de Iser., Alvarot. y Nicol. de Napol. allí: y lo que se dice aqui de la muger deberá aplicarse tambien á la concubina del señor, V. lo dicho á la l. ult. tit. 24. de esta Partida, no menos que á su prometida esposa, aunque no haya todavía entrado en la casa, segun Alvarot. á d. cap. 1.

(66) Añad. d. vers. 1.

(67) Esto es, con actos torpes, ó tales que revelasen intentos deshonestos, segun d. vers. donde dice *concumbere se exercuerit*: y aunque hable tan solo de la consorte, lo propio debe entenderse de las otras mujeres, de que hace mencion allí, como se comprueba por la presente ley; á pesar de que Bald. allí mismo lo entendia tan solamente de la primera. De la palabra *aduzir*, se deduce que se privará tambien del feudo al vasallo por el hecho de ser encubridor de la consorte del señor para que pueda cometer adulterio con otro; y añad. la glos. al cap. 1. §. *item qui delator*, *quæ fuit prima causa benef. amit.*, glos. mag. hácia el fin, §. *sed non est alia*, y tambien en el caso de que seduzca ó intente seducir á la hermana del señor, que viva con este en un mismo techo, segun el cap. 1., y lo mismo sucederá si sedujere á la madre de aquél, segun Alvarot. allí, col. ult. y v. Franc. Curc. trat. feudal, parte 4, causa 7 y 8.

(68) Segun el cap. 1. *qualiter domin. propriet. feud. privet.*, y §. *domino commitente*, *si de feud. defunct. cont. sit int. dom. et agnat.*

(69) Añad. cap. 1. *de prohib. feud. alien. per Lothar.* y cap. *imperialem*, princ. *de prohib. feud. alien. per Freder.* Pero á propósito de lo dispuesto aqui pueden ocurrir varias cuestiones que á continuacion se proponen por su órden.

Cuest. 1ª ¿Qué se diria del caso en que los bienes del feudo hubiesen ido á parar en manos de un tirano ó de un poderoso, del cual fuese imposible recobrarlos? ¿podrá el feudatario transigir con él? Parece que sí: por lo que dice Bald. al cap. 1. princip. col. ult. en el princ. del vers. *quæro hic an consuetudo*, y al cap. 1. *Episc. vel Abb.* fundado en el cap. *ex parte*, §. ult. *de feud.*: doctrina que puede hacerse estensiva á los bienes de un mayorazgo, que tampoco se pueden enagenar: hace al caso la l. 3. D. *de reb. eorum*, y Bald. allí.

Cuest. 2ª ¿Y si el feudatario enagenare una cosa de la que tuviese tan solo la nuda posesion? V. á Bald. á la l. 5. §. 2. D. *de reb. eor.*: debiéndose advertir que, prohibida simplemente la enagenacion, no se entiende prohibida la necesaria, l. 69. §. 1. D. *de legat.* 2. de lo que debe esceptuarse tal vez el caso de que aun siendo la enagenacion forzosa ó necesaria, haya empero provenido de un acto voluntario: arg. l. 5. §. 8. D. *de reb. eor.*, y Bald. allí. V. Franc. Curc. trat. feudal. parte 5. vers. *quæro* 12.

Cuest. 3ª En el caso de que en la investidura del feudo ó del mayorazgo, se hubiese prohibido su enagenacion aun por una causa necesaria, ¿qué sucederá si se reclamare la division? V. l. 7. D. *de reb. eor.* y Bald. allí, y glosa y DD. á la ley 14. C. *de sacrosanct. eccles.*

Cuest. 4ª Supongamos, empero, que el poseedor de un mayorazgo haya alcanzado del Rey permiso para enagenarlo, y despues de haberlo realizado se haya visto que no pertenecia á él sino á otro, ¿valdria en este caso la enagenacion? Hace por la afirmativa la ley ult. D. *de rebus eorum;* y por la negativa la l. 8. princ. D. d. tit. l. 2. D. *de eo qui pro tutore*, y lo anotado por Bald. allí, con el cap. *alienationes*, 12. cuest. 2. siendo tal vez este último estremo el mas verdadero.

Cuest. 5ª Mas, en favor del alma ¿podrá disponerse de un feudo ó de un mayorazgo? Declárase que nó en el §. *donare*, *qualit. olim pot. feud. alien.*, y l. 12. D. *de curat. furios.* y Bald. allí.

Cuest. 6ª Si se hubiese dejado á alguno un castillo, con la prohibicion de enagenarlo fuera de la familia, ¿podrá este venderle á un estraño si requeridos los que la componen no hubiesen querido comprarlo? Parece que sí, segun la l. 122. §. 3. D. *de verb. obl.* V. los DD. allí. Y nótese que cuando al prohibirse el enagenar se conmina una pena, no solamente incurre en ella el enagenante, si que tambien el inmediato sucesor que hubiese consentido la enagenacion; l. 77. §. 27. D. *de legat.* 2., hace al caso la l. 41. §. 4. D. *de legat.* 1. en donde nota Paul. de Castr. que nada podrá removerse de lo que esté unido á una casa que sea comun, ni aun con el beneplácito del sócio; y v. la cuest. que alli promueve Bald.

Cuest. 7ª Supóngase que el poseedor de un mayorazgo ha vendido algo de él á un hermano suyo, llamado inmediatamente á la sucesion del mismo para el caso de morir el primero sin hijos; y que despues de haberle aquel pagado el precio ha muerto el poseedor sin hijos y se ha purificado en consecuencia la sucesion en la persona del hermano comprador, ¿podrá este repetir el precio satisfecho; ó si no lo satisfizo todavía, escepcionar contra los herederos del difunto, aunque hubiese comprado ignorando el derecho que tenia á la sucesion? Parece que sí en el caso de la l. 84. §. 5. D. *de legat.* 1. y Paul. de Castr. allí refiriéndose á Juan And. adicion á Specul. pretende que podrá hacerlo, aunque hubiese comprado sabiendo que era el inmediato sucesor; v. al mismo allí, vers. *quid si hæres rogatus est;* opinion á mi parecer dura, y que no pudiera observarse en la práctica: y sobre el particular v. Bald. á la l. 122. §. 6. D. *de verb. obl.* cuest. 6.: debiendo tambien acerca de esto tomarse en consideracion la circunstancia de que por punto general no incurre en pena el que enagena alguna cosa del mayorazgo al inmediato sucesor. V. una glos. singular en la penult. á la Clem. 2. *de reb. eccles. non alien.* y lo anotado por Juan de Plat. á la l. unic. C. *non licere habitat. Metrocomiæ*, citando la l. 5. D. *de test. milit.;* á mas de que enagenando el poseedor á favor del sucesor inmediato, parece enagenar tan solo el derecho que á él le corresponde sobre la cosa enagenada, l. 71. §. ult. D. *de legat.* 1. ll. 67 y 32. D. *de contrah. empt.*, y asi parece enagenarla en la calidad de amayorazgada; si empero lo hiciese con el ánimo é intencion de que pasase á ser alodial, parece que incurriria entonces en la pena señalada. Hace al caso lo dicho por Bald. á la l. 4. C. *de fideicom.* vers. *quæritur de duobus feudariis*, y vers. *similiter in duobus fratribus.* V. al mismo allí.

Cuest. 8ª ¿Qué se dirá del caso en que el Rey haya concedido licencia para vender alguna cosa del mayorazgo con la condicion empero de que lo consintiere el hijo inmediato sucesor al mismo? ¿Perderá este el derecho de repetir el precio toda vez que hubiere consentido? Sobre el particular v. lo que dije hácia el fin de la nota 33. del tit. 11. P. 6. donde opiné que no perderia el hijo su derecho aunque hubiese consentido la enagenacion, siempre que esta se hubiese hecho para pagar deudas contraidas por el padre, l. 92. D. *de legat.* 1.; lo que debe limitarse al caso en que el mayorazgo sea *antiguo* ó que el padre lo haya adquirido ya por derecho de sucesion; pues que si el padre lo hubiese fundado, parece que el hijo, habiendo consentido, perderia el derecho de repetir el precio por consideracion á la liberalidad ejercida por el padre en el hecho de fundar el mayorazgo, arg. l. 12. §. 8. D. *mandati*, y Bart. á d. l. 92.; y aun en este caso deberia atenderse á si era el padre ó el hijo el poseedor de la cosa vendida; pues en el último caso no pareceria haber este consentido la enagenacion con ánimo de perder el precio, sino á fin de que su padre atendiese á sus negocios, y sin ánimo de donar, seg. Paul. de Castr. despues de Bald. y Jacob. de Aret. á d. l. 92. hácia el fin; pues entonces mas bien se presumiria haber consentido con el fin de que del mismo precio se comprara otra cosa; á no ser que por congeturas aparezca que lo hizo con ánimo de donar á su padre: por ej., si la venta consentida se hubiese hecho con objeto de pagar aquel sus deudas; en cual caso se presumiria tambien consentida la pérdida del precio, seg. opinion de los DD. allí.

Cuest. 9ª El poseedor de un mayorazgo ha enagenado á título de donacion alguna parte

del mismo, con licencia Real obtenida tal vez subrepticiamente: y habiendo el hijo, en vida del padre, reclamado y obtenido la nulidad de la donacion, se ha mandado devolver la cosa donada. ¿Deberá esta restituirse ó pasará desde luego al poder del hijo? Parece que á este último, segun la l. 14. D. *de option. legat.*, y hace al caso la l. ult. tit. 14. P. 1. donde dice *nó por razon de sí mismo*, y cap. *siquis præsbyterorum* 6. *de reb. eccles. non alien.* con lo anotado allí.

Cuest. 10. ¿Podrán venderse los bienes de un mayorazgo ú otros cualesquiera, cuya enagenacion esté prohibida, para el efecto de alimentar al poseedor de los mismos ó para redimirle de los enemigos? V. Paul. de Cast. á la autént. *si captivi*, C. *de Episc. et cleric.* donde está por la afirmativa.

Cuest. 11. Si un poseedor de un mayorazgo vende alguna parte del mismo para pagar las deudas que contrajo el fundador, ¿incurrirá en la pérdida del mismo? Parece que es necesario distinguir entre el caso de ser el mismo poseedor quien voluntariamente haya procedido á la enagenacion, y el de haberlo verificado los acreedores ó el juez á instancia de los mismos: en el primer caso incurrirá el poseedor en la pena, mayormente si hubiese otros bienes con que cubrir las deudas, l. 38. D. *de legat.* 3. y el sucesor al mayorazgo podrá revindicar la cosa enagenada; pero nó en el segundo ó el de haberse otorgado la enagenacion por los acreedores. Y sobre si el dueño del mayorazgo ó el sucesor al mismo pueden revindicar una cosa asi enagenada por los acreedores, ó por el juez á instancia de los mismos, v. á Bald. á la l. ult. C. *de jure delib.*, vers. *et si præfatam*, col. 2. vers. *quæro* 4., donde se espresa de un modo singular.

Cuest. 12. ¿Incurrirá en pena el que, teniendo prohibicion de enagenar mediante precio vendiere al inmediato sucesor al mayorazgo? Parece que nó; por cuanto la cosa pasará entonces á aquel, á quien quiso tambien dejarla el fundador, l. 5. D. *de test. milit.* Juan de Plat. á la l. unic. princ. C. *non licere habitat. Metrocomiæ*, y hace al caso la l. 67. §. 1. D. *de legat.* V. sin embargo lo anotado por Bart. á la l. 1. §. 7. D. *de bonor. posses. cont. tab.* vers. *quæritur* 4.

Cuest. 13. ¿Y qué se dirá en el caso de que la enagenacion haya sido nula por faltarle las solemnidádes requiridas? ¿Incurrirá tambien en pena el que la hubiere otorgado? V. l. 8. §. 2. D. *de bonor. pos. cont. tab.* y Bart. allí: l. 20. §. *si quis bonorum*, d. tit. y lo dicho á la l. ult. tit. 8. P. 5.

Cuest. 14. Una madre poseedora de un mayorazgo á cuya sucesion está llamado su hijo primogénito, ha legado una cosa amayorazgada á su hijo segundo, y á aquel en compensacion de la misma le ha legado otra de su patrimonio particular. Si el primogénito hubiere aceptado este legado por mandato de su padre, ¿podrá despues impugnar dicha aceptacion y reclamar la cosa legada á su hermano? Parece que sí, segun lo dicho por la glos. á la l. 1. §. 5. D. *quarum rer. actio non datur*, y l. 10. §. 2. D. *de bonor. poss. cont. tab.* y Bart. allí; y aunque en el dia como lo observa el mismo Bart. á dicha ley, dejaria de tener lugar lo dispuesto en ella en cuanto á poderse pedir la posesion de bienes *contra tabulas*, con todo no dejaria de tener aplicacion á nuestro caso por militar la misma razon, ó sea la de no ser justo que se siga al hijo perjuicio alguno de lo que hubiere hecho por mandato de su padre: y esta parece ser la intencion de Bart. lugar citado.

Cuest. 15. ¿Incurrirá en las penas de la ley por el hecho de enagenar las cosas de un mayorazgo el que lo hubiere fundado á favor de un clérigo tonsurado? Esta cuestion debe resolverse por la afirmativa; porque siendo la fundacion entre vivos un verdadero contrato, poco importa que sea clérigo ó lego aquel con quien se hubiere contratado: y sobre el particular v. Bald. á la l. ult. §. 12. C. *de jure delib.*

Cuest. 16. ¿Se entenderá que enagena un mayorazgo, y por consiguiente incurrirá en la pena de privacion á favor del inmediato sucesor aquel á quien pertenece, si consiente, que otro lo posea, y deja de reclamárselo tal vez porque es un magnate el usurpador? V. la l. 119. D. *de reg. jur.*

Cuest. 17. Y si á un poderoso que hubiese usurpado alguna cosa de un mayorazgo perteneciente á otro, le hubiese este dado una considerable cantidad para redimir la cosa usurpada, vista la imposibilidad de recobrarla legalmente por falta de administracion de justicia ó por el valimiento del usurpador, ¿podrá aquel disponer del valor desembolsado en perjuicio del sucesor, ó podrá detraerlo el heredero del último poseedor como perteneciente á la herencia particular del mismo? Parece que sí, á tenor de lo que se lee en la l. 12. §§. 7. 10. 12 y 14. D. *de captiv. et post.*

Cuest. 18. Si el poseedor de un mayorazgo lo hubiere enagenado, y en pena se le privare de él, no queriendo reclamarlo el inmediato sucesor, ¿podrá hacerlo el siguiente en grado? Es claro que sí, ll. 69. §. 3. y 77. §. 27. D. *de legat.* 2., y lo anotado por Bald. al cap. 1. §. ult. hácia el fin *per quos fiat investit.* Deberia sin embargo fijársele un término dentro el cual debiese intentar la reclamacion, para poderse admitir al siguiente llamado, caso de no haberla intentado al espirar aquel, arg. l. ult. C. *qui admitti*, y hace al

caso la l. 3. §. 1. vers. *Imperator*, D. *de decurion.*

Cuesf. 19. Si á alguno se le hubiese hecho un grande legado con la condicion de haber de enagenar parte de un mayorazgo, ó de remitir el tributo ó pension que se le prestase por razon del mismo, adquiriria el legado, y se tendria por no escrita semejante condicion, á tenor de lo dispuesto en la l. 13. D. *de pollicit.*, y la glos. allí. V. lo anotado por Ang. y Juan de Imol. á la l. 1. D. *de condit. inst.*, y principalmente á Bald. á la l. 1. C. *de jure fisci*, col. ult. vers. *item pone filio legatum*, donde en una cuestion análoga parece decidir lo contrario. Y tal vez pudiera todo conciliarse diciendo que tendrá lugar lo primero, cuando se haya hecho el legado imponiendo simplemente al legatario aquel gravámen; y procederá lo que dice Bald. cuando el testador lo haya impuesto espresamente por via de condicion manifestando que no queria subsistiese el legado, sino mediante que aquella se cumpliese; ó á lo menos hubiese alguna conjetura de ser aquella su voluntad, como si por ejemplo, (segun dice el mismo Bald.) hubiese prohibido al legatario de un modo esplícito el pedir mas de lo que le legaba. Digno es este punto de mas detenido exámen; y V. lo dicho en la nota 53. tit. 9. P. 6.

Cuest. 20. Si un padre hubiese enagenado bienes de un mayorazgo ó delinquido en odio de su hijo primogénito y con intencion fraudulenta de causarle perjuicio, y este hijo hubiese premuerto al mismo padre ¿podria el nieto primogénito del difunto reclamar la rescision de la enagenacion fraudulenta, aunque no lo seria en tal caso respecto de él? Parece que sí, atendido lo dispuesto en la l. 1. §. penult. donde dice, *magis enim fraudem rei*, D. *siquis in fraud. patron.*, y V. á Bald. á la l. 1. C. *de jure fisci*, col. 7. versic. *ultimo quæritur.*

Cuest. 21. Si el poseedor de un mayorazgo remitió la hipoteca que tenia en los bienes enfitéuticos que formaban parte de aquel, ó la obligacion á la que en utilidad del mayorazgo estaban afectos los bienes del enfiteuta ¿se entenderá con esto haber enagenado, é incurrirá por lo mismo en pena? La glos. á la l. ult. §. 5. sobre la palabra *dominium*, C. *de bon. quæ liber.*, y Ang. á la l. 18. D. *de his qui in fraud. credit.*, estan por la afirmativa.

Cuest. 22. ¿Incurrirá en la pena de privacion el que haya enagenado una parte insignificante del mayorazgo? Parece que nó, segun puede inferirse de la l. 1. §. 3. D. *si à parent. quis manum. fuer.*, junto con la glos. allí sobre la palabra *quantum*. V. lo dicho á la l. ult. tit. 8. P. 5.

Cuest. 23. Si el Rey por alguna causa mandase trasladar á un magnate de una parte del reino á otra, como puede muy bien suceder, por ej., en el caso de que habla la l. 4. C. *de jure fisci*, ¿los bienes que allí le hubiere concedido, se entenderán subrogados en lugar de los que poseia en su antiguo domicilio, de suerte que hayan de considerarse amayorazgados, si lo fueron estos? Parece que nó, á tenor de la l. 38. §. 5. D. *de legat.* 3. Lo contrario sin embargo debe decirse segun la l. 70. §. ult. y l. 71. D. *de legat.* 2., y tambien porque en dicho caso se verifica una permuta ó cambio de bienes universal, segun lo anotado por Bald. fundado en la l. 4. C. *de jure fisci*, not. 4. col. pen. y hace al caso el cap. *ecclesia S. Mariæ*, *ut lite pendent.*

Cuest. 24. ¿Qué se diria en el mismo caso, si los bienes concedidos en el nuevo domicilio fuesen de mucho mas valor que los primeros, habiéndolo tal vez dispuesto asi el Rey para que el desterrado mejorando de fortuna, llevase el destierro con mas resignacion? ¿Se considerará la totalidad de ellos como un mayorazgo, ó tan solo hasta el concurrente valor de los primeros? Parece que en su totalidad; porque todos habrán sido concedidos en contemplacion del primer mayorazgo, arg. l. 33. D. *de mort. caus. donat.*, l. 24. §. 13. princ. D. *de fideicom. libert.*, y hace al caso lo anotado por Bald. á la l. 6. C. *de jure fisci*, al tratar de los plazos ó términos duplicados.

Cuest. 25. Si el que esperaba suceder á un mayorazgo ha consentido, que su poseedor dispusiese libremente de él, en favor tal vez de un hijo bastardo, ó de otro cualquiera ¿le perjudicará ese consentimiento ó renuncia? Parece que nó; porque no estaba en sus facultades el hacer que el mayorazgo dejase de ser tal, ni aun en perjuicio propio. V. l. 39. D. *de bon. libert.*

Cuest. 26. ¿Valdrá la renuncia que haga alguno de un mayorazgo, antes de serle deferido? Parece que nó, segun las ll. 18. y 70. D. *de acquir. hæredit.*, l. 1. D. *quod. legat.*, l. 1. §. 7. D. *de succes. edict.*

Cuest. 27. Cuándo á uno, que ha sido llamado á la sucesion de un mayorazgo, se le ha prohibido enagenarlo bajo determinada pena ¿se sobrentenderá esta respecto de todos los demas, á quienes no se ha impuesto espresamente? V. glos., Bart. y DD. á la l. 6. D. *ad Trebel.*, l. 77. §. 27. D. *de legat.* 2., y Bald. á la l. 10. C. *de legat.*, col. 2.

Cuest. 28. ¿Qué se dirá del caso en que el fundador de un mayorazgo permite permutarle con cualquiera, mientras no sea con bienes de la Iglesia? ¿Tendrá fuerza dicha prohibicion respecto de la Iglesia? Digna es esta cuestion de un sério exámen; y parece deberia decidírsela por la negativa, segun lo anotado por

Plat. á la l. ult. C. *de exact. tribut.*, col. 1.

Cuest. 29. Si en la fundacion del mayorazgo se previene, que incurra en pena de privacion tanto el que enagenare, como el que consintiere en la enagenacion ¿estará comprendido en esta prevencion aun el que no siendo actual poseedor, sino esperando suceder, consintiere alguna enagenacion? V. Bart. á la l. 29. §. 14. D. *de liber. et posth.*, versic. *ista induco*, pudiendo inferirse de lo dicho por el mismo allí, que incurrirá en la pena el que no haya llegado á poseer, siempre que sea el inmediatamente llamado á la sucesion: y asi deberá decirse lo mismo del que haya de suceder despues del inmediato sucesor, si habiendo este consentido y pudiendo él oponerse ó reclamar, no lo hiciere, y consintiere tambien, siempre que haya mediado la entrega de la cosa; pues de lo contrario no tendria lugar aquella.

Cuest. 30. ¿Podrá, empero, el mayorazgo enagenarse por hambre? parece que sí: segun de un caso semejante lo dice la glos. y Juan de Plat. allí á la l. 7. C. *de agricol. et censit.*

Cuest. 31. Adviértase asimismo, que en la prohibicion de enagenar un mayorazgo, fundado con licencia Real, viene tambien comprendida la de hipotecarlo; pues en tal caso la prohibicion emana de la ley viva, glos. á la l. 24. D. *de pignor.*, y los DD. allí y Juan de Plat. á d. l. 7.

Cuest. 32. ¿Puede uno vender, ó permutar una cosa cuya enagenacion esté prohibida, para adquirir otra mejor? parece que sí: l. 70. D. *de legat.* 2., y ll. 26. 73. §. 1. y l. ult. D. *de jure dot.*, y Juan de Plat. á la l. unic. C. *non licere habitator Metrocom.*

Cuest. 33. Si se ha legado alguna cosa de un mayorazgo, y el sucesor al mismo ha satisfecho aquel legado, ó entregado la cosa, ¿incurrirá en la pena impuesta á los que enagenan contra la prohibicion del fundador? Parece que sí, segun la l. 43. princ. D. *de legat.* 1., en las palabras *pœnis erit locus.*

Cuest. 34. Si en un mayorazgo se hubiere prohibido especial y simplemente la permuta, ¿bajo esta palabra se entenderá tambien prohibida cualquier otra enagenacion ó disminucion? V. Juan de Plat. despues de Ang. allí á la l. 15. C. *de prox. sacror. scrin.*, que opina por la afirmativa.

Cuest. 35. Si uno ha comprado de un menor una cosa, de la cual formó despues un mayorazgo: eviccionada esta por haber reclamado el menor contra la venta y haber alcanzado la restitucion, ¿el precio que por ella se devolviere pertenecerá á aquel que ha sido llamado al mayorazgo, ó deberá dividirse entre todos los hijos? Esta cuestion deberia resolverse en favor del llamado al mayorazgo como lo resuelve en un caso análogo la l. 78. §. 1. D. *de legat.* 2.

Cuest. 36. ¿Deberá decirse lo mismo si la cosa no fue eviccionada por restitucion, sino por haberse probado que no era propia del testador, ó fundador del mayorazgo? Esta cuestion la toca Paul. de Castr. á d. l. 78., bien que las razones que aduce para sostener su opinion no son tal vez aplicables al caso de ser amayorazgada la cosa dejada á uno de los hijos, en el que siendo esta eviccionada, mas bien parece que deberia entregarse el precio á aquel que fue llamado al mayorazgo.

Cuest. 37. ¿Qué diríamos del caso en que la venta se hubiese rescindido por la l. 2. C. *de rescind. vend.*? ¿Deberian completar el precio los hermanos de aquel, á quien se hubiese dejado el mayorazgo? Digno es esto de un detenido exámen. V. lo dispuesto en las ll. 10. C. *famil. ercisc.*, y 77. §. 8. D. *de legat.* 2., y lo anotado por Bart. á la l. 3. §. pen. D. *ad Trebellian.*

Cuest. 38. ¿Pero en el mismo caso se subrogará el precio en lugar de la cosa eviccionada, de tal suerte que entre á formar parte del mayorazgo como la formaba aquella, la otra que con dicho precio se comprare? Parece que sí, segun la l. 28. §. 1. *de condit. et demonstr.*; pues asi se presume haberlo querido el fundador del mayorazgo, ya que dispuso fuese este perpetuo. De aqui parece podemos inferir, que si el Príncipe ha hecho donacion de una villa, con condicion de que se la tuviese siempre amayorazgada, como sucede con las donaciones Enriqueñas, y despues hubiere dado licencia para enagenarla, pasará al adquirente con la misma calidad de amayorazgada, pues el gravámen que importa el mayorazgo es una especie de servidumbre; y como tal debe seguir al fundo ó á la cosa, aunque pasare esta á manos de diferentes adquisidores, l. 12. D. *quemad. servit. amit.*, l. *qui in aliena*, hácia el fin D. *de negot. gest.*, Bald. á la autent. *ingressi*, C. *de sacros. eccles.*, y V. lo que dice el mismo á la l. 3. C. *si à non compet. jud.*, sin que á lo antedicho se oponga la l. 38. §. 5. D. *de legat.* 3., pues que se habla en ella de la prohibicion impuesta determinadamente á alguna persona, y nó de la que lo haya sido respecto de las cosas mismas.

Cuest. 39. Y si consiente en la enagenacion el que estaba en lugar mas remoto verificándolo despues el inmediato sucesor, por haberse este tal vez hallado ausente al tiempo de otorgarse aquella ¿podrá sin embargo de tal consentimiento reclamar aquel el mayorazgo? Bald. á la l. 11. hácia el fin C. *de fideicom.*, vers. *quæro primo alienanti*, está por la afirmativa. Sin embargo debiera esta opi-

sion entenderse y limitarse al caso en que el mas remoto hubiese consentido simplemente y sin espresar que lo hacia con condicion de que el inmediato sucesor hubiese tambien consentido, ó consintiese sin dificultad, arg. lo anotado por la glos. á la l. 1. §. 11. D. *de succes. edict.*, y por Bald. á la l. 15. §. 1. D. *de fidejus.*, vers. *quæ vera est nisi à principio* etc., y hace al caso la l. 76. D. *de solut.*, pues los actos en general y en cuanto á sus efectos jurídicos deben entenderse siempre y acomodarse á la intencion que tuviese ó pudiese tener el que los ha verificado, en cuanto lo permita la esencia ó naturaleza de los mismos, l. 51. D. *de hæred. instit.* Asi pues, si él refiere su consentimiento al tiempo en que supone lo dará el inmediato sucesor, parece será esto bastante para que no lo pueda reclamar, l. 62. D. *de hæred. instit.*, no obstando por consiguiente en este sentido las ll. 1. C. *de pact.*, y 45. D. *de legat.* 2.

Cuest. 40. ¿Se presumirá que consiente el inmediato sucesor, que constándole de la enagenacion, no la contradice? V. Prepos. al cap. 1. §. *Item qui domino*, hácia el fin, *quæ fuit prima causa benef. amit.*

Cuest. 41. ¿Incurrirá en la pena del que enagena contra la prohibicion, el que compromete á juicio de árbitros un mayorazgo, si estos lo adjudican á otro? Bald. á la l. ult. §. 4. hácia el fin C. *commun. de legat.*, está por la negativa; porque por la sentencia de árbitros no se transfiere el dominio, [sino que se declara pertenecer á aquel, á favor de quien se ha proferido la sentencia de adjudicacion]. V. Alex. en sus adiciones y á los DD. modernos allí.

Cuest. 42. El que por consentir la enagenacion incurriere en la pena de privacion del mayorazgo ¿quedará tambien privado del derecho de pedir el precio de la cosa enagenada? parece que sí, segun la l. 92. princ. D. *de legat.* 1. Hay sin embargo que distinguir tres casos; pues ó bien habrá dado el consentimiento el último llamado, y entonces ni incurrirá en pena ni dejará de poder pedir el precio por no ser estensiva al mismo la prohibicion de enagenar, seg. la Nov. 108. y glos. y Bart. allí y ll. 77. §. 27. y 78. §. 3. D. *de legat.* 2., y bajo este punto de vista tendrá lugar d. l. 92. V. á Bald. á la autent. *res quæ*, C. *commun. de legat.*; ó bien se tratará de un mayorazgo perpetuo; y en tal caso parece que privándose al consenciente del mayorazgo, deberá privársele tambien del precio ó valor de la cosa enagenada, segun d. §. 27.: ó bien se tratará de una cosa, para cuya venta se hubiese impetrado la Real licencia, con condicion, empero, de que la consintiese el próximo llamado; y entonces podrá este, aunque hubiere consentido, reclamar el precio de la enagenacion, porque ni él ni el poseedor que la hubiere otorgado habrán incurrido por ello en pena alguna, V. l. 92. y Bald. á d. autent. *res quæ*, y aun podríamos decir lo mismo en el caso de haberse enagenado con licencia, aunque en esta no se hubiese exigido la condicion de que consintiera el inmediato sucesor, glos. y Bald. allí al §. *ad hoc*, *de pace juram. firm.*, en la glos. 1. Sin embargo deberia atenderse siempre al sentido de las palabras, en que estuviese concebida la licencia Real; pues si se hubiese esta dado para enagenar alguna cosa del mayorazgo, á fin de dotar con ella á una hija, es evidente que el padre no estaria obligado á entregarle el precio de la misma; pues precisamente por no haberlo tenido disponible pudo y debió concedérsele la licencia; de suerte que á tenerlo habria debido destinarlo á la dote y no se le hubiera permitido vender. Si la licencia, empero, se hubiese dado para enagenar alguna cosa del mayorazgo, una villa, por ej., á fin de fundar con ella otro (por no haberse tal vez proporcionado al padre el poder comprar otra tan á propósito para dicho objeto), entonces estará obligado dicho hijo segundo á indemnizar á su hermano mayor llamado al antiguo mayorazgo, y entregarle el valor y estimacion de la cosa enagenada á tenor de los text. arriba cits.

Cuest. 43. Si el Rey hubiese dado licencia á un padre para enagenar alguna parte del mayorazgo, á fin de dotar á la hija, por no tener este de otra parte con que dotarla ¿estará obligado á restituir el precio al mayorazgo, si viniere despues á mejor fortuna? Parece que nó, segun la glos. á d. autent. *res quæ*, glos. á la Nov. 39. y Bald. allí, donde dicen, que cuando un fideicomiso ha sufrido disminucion para el pago de una dote, no vuelve esta á formar parte de aquel, aun cuando haga reversion al que la habia pagado; y segun lo anotado por la glos. á la l. 29. C. *de jure dot.*, y tambien por lo que dice Bart. á la l. 24. hácia el fin princ. D. *soluto matrim.*, sobre el marido, que habiendo habido de restituir la dote por causa de pobreza, haya venido despues á mejor fortuna.

Cuest. 44. ¿La licencia del Rey para enagenar dada con la condicion de que consintiese en ello el hijo inmediato sucesor al mayorazgo, librará aun á este de la pena de perderlo caso que haya realmente consentido? parece que nó; porque en la misma condicion se le supone la libre facultad de consentir ó dejar de consentir (y por consiguiente será responsable de haber optado libremente por dar el consentimiento). Lo contrario, empero, deberia decirse, atendiendo, que faculta-

do para enagenar el poseedor ha de considerarse, que tambien lo está el sucesor para consentir; y considerando, que en tal caso lo mismo que en el de la l. 38. §. 5. D. *de leg.* 3., y en el de la l. 1. D. *de auct. tut.*, se ha de mirar á las circunstancias que legitiman el acto por lo que es en sí, por las causas que lo han motivado y por el fin á que se dirige, y nó á las que accidentalmente le hayan modificado ni á las diversas personas que tambien por accidente hayan debido ó podido intervenir en el mismo, y tambien porque segun Jason. á la l. 4. D. *de reb. credit.*, el que consiente, en cierto modo enagena y deben por consiguiente hacerse estensivos al mismo los efectos de la licencia para enagenar.

Cuest. 45. ¿Puédese transigir sobre un mayorazgo ó parte de él? parece que sí: segun el cap. unic. *de controv. inter vassal. et alium de benefic.*, y Bald. allí princ. y segun el §. 5. vers. *si vassallus feudum*, *si de feud. defunct. content. sit inter dom. et agnat.*, y Bald. al §. *Imperialem*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, col. 5. donde sostiene que es válida la transaccion otorgada sobre una cosa feudal, ya por efecto de ella haya debido entregarla ó la haya retenido el feudatario, obrando en favor de esta opinion tambien el texto de la l. 36. D. *ad Trebel.*, donde notan los DD. que vale un compromiso otorgado por el heredero sobre una cosa que esté sujeta á restitucion; bien que Ang. allí y Alex. lo entienden aun en el caso en que el compromisario sea árbitro arbitrador; porque el poner un negocio en manos de tales árbitros, es una especie de transaccion, segun la autent. *si vero contigerit*, C. *de judic.* Persuade sin embargo lo contrario lo que nota Paul. de Castr. á la l. 63. §. 2. D. *ad Trebel.*, donde sostiene que no vale la transaccion, pretendiendo que d. l. 36. se entienda limitada al caso en que hubiese llegado á proferirse sentencia; pero que no pueda aplicársela al de una simple transaccion: sobre esto, empero, V. Bald. á d. cap. unic. *de controv. inter vassal. et alium de benefic.*, donde haciéndose cargo de esta cuestion la pone en su verdadero terreno y la ilustra perfectamente, diciendo que siendo prohibido enagenar una cosa dada en feudo, no será válida la transaccion, cuando en virtud de ella se entregue la cosa; pero que podrá muy bien sostenerse cuando en virtud de ella la retenga el feudatario mediante alguna cantidad ú otra especie de compensacion. V. lo que notan la glos. y Bart. á la l. 13. D. *de transact.*, Abb. y DD. al cap. *contingit*, *de transact.*, y Abb. despues de Anton. al cap. *cum tempore*, *de arbitr.*, col. 2. y hace al caso lo anotado por Bald. á la l. 1. C. *de bon. matern.*, debiéndose entender siempre en el concepto de que la transaccion se haya hecho de buena fe, y haya habido justo motivo para transigir; á tenor de lo anotado por Bald. á d. cap. *Imperialem*, col. 5. y el mismo allí á d. cap. unic.

Cuest. 46. Interesante cuestion es la de si podrá reclamarse del inmediato sucesor al mayorazgo, lo que en virtud de transaccion se haya entregado para retener parte del mismo: y al parecer debe resolverse afirmativamente, seg. la l. 58. D. *de legat.* 1. y Paul. de Castr. allí, donde fundado en d. l. y en la glos. á la l. 65. D. *de rei vind.* concluye que cuando en una cosa sujeta á restitucion se han hecho gastos en utilidad perpetua de la misma, no solo se puede reclamar la parte, sí que tambien la totalidad de los mismos, ó imputarse á aquel á quien se hayan de restituir. A primera vista parece esto fuera de razon; mas creo que no deja de estar fundado en ella, y que es lo que por derecho procede, porque cuando el llamado en segundo lugar entra á suceder, debe pagar lo que el primero satisfizo, cap. 1. *de solut.* A esto pudiera objetarse, que de abonarse ó restituirse al transigente en su totalidad lo que hubiere pagado resultará aquel mas rico en perjuicio del sucesor: por lo cual debiera á lo menos entenderse el abono ó restitucion á *prorata* de la utilidad que ambos reportan. Mas obra en favor de dicho transigente la razon de que, desde que transigió, hubo de carecer del capital entregado, que de otra manera le hubiera sido productivo; y la de que el inmediato sucesor podrá tambien reclamar igual abono ó restitucion del que hubiere de sucederle, y así cada uno de los demas; pero digno es este punto de mas detenida reflexion, por cuanto esa razon puede ser lógica y concluyente, pero se funda en una sutileza. V. la l. 39. D. *famil. ercisc.* y Bald. allí.

Cuest. 47. Adviértase tambien que si el fundador de un mayorazgo ha prohibido la enagenacion de las cosas que lo constituyen, se entiende prohibida á sus sucesores y nó á sí mismo; l. 40. §. ult. D. *de fideicom. libert.* De esto puede inferirse pues, que si en la licencia Real para fundar un mayorazgo se previniese que no pueda el fundador revocarlo; podrá no obstante enagenar parte del mismo. Esta doctrina sin embargo tiene al parecer tres escepciones: primera, cuando por la fundacion del mayorazgo se haya transferido el dominio de las cosas que lo constituyen, pues dejando entonces de ser dueño el fundador, es claro que no podrá enagenar. Segunda, cuando lo hiciere por necesidad; pues entonces parece que no revoca la fundacion del mayorazgo, á diferencia de si enagenare sin causa, en cuyo caso parece que la revoca: l. 18. y otras concordantes D. *de adim. legat.*, y que obra directamente contra la prohibicion del

nando el vassallo, el feudo que tuuiere de su Señor, todo, o parte del (70), sin otorgamiento de su Señor, puedelo el Señor cobrar, non dando ninguna cosa por el; nin le empesce tiempo que fuesse passado (71), en que ouiesse estado otro alguno tenedor

Príncipe. Tercera, cuando se hubiese fundado por causa onerosa con un tercero; segun lo dispuesto por la l. 44. de *Toro* [l. 4. tit. 17. lib. 10. N. R.]

(70) Pero no enagenando el todo, perderá únicamente la parte enagenada, cap. 1. *de vassal. qui contra constit. Lothar.* añad. Bald. al cap. 1. §. *aut si libellario, quib. mod. feud. amit.* y á d. cap. unic.

(71) Ni le obstará por lo tanto la prescripcion de larguísimo tiempo, segun Andr. de Iser. á d. cap. *Imperialem*, y mas espresamente al cap. 1. §. *præterea*, *de capit. Corrad.*, á quien siguen algunos DD. segun refiere Socin. consil. 86. col. 3. vol. 1. A esta opinion parece que obsta el §. *siquis per 30. si de feud. def. content. sit int. dom. et agnat.*; sin embargo de que en él se habla de la prescripcion de una cosa, que sin estar enfeudada se hubiese poseido como tal por el que tratase de prescribirla. El Abad empero despues de la glosa al cap. *ad audientiam*, *de præscript.* pretende, que se verificaria lo mismo aunque se tratase de la prescripcion de un feudo, ó de las cosas comprendidas en él, que hubiese empezado á poseer un tercero distinto de aquel á quien se hubiesen enfeudado, y que por esta razon tratase de prescribirlas en calidad de tales, V. al mismo y á Felin. allí, col. 6. y á Balb. trat. *præscript.* fol. 34. col. 1. V. tambien la glos. al cap. 1. §. *præterea*, *de capit. Corrad.*, que hablando del feudo enagenado por el verdadero feudatario, sostiene que podrá adquirirlo aquel, á quien se hubiere hecho la enagenacion, por la prescripcion de 30 años, y asi por la de larguísimo tiempo, cuya opinion sigue Bald. allí. Por lo que hace al caso de esta nuestra ley de Partida, y de d. cap. *Imperialem*, princ. parece que la opinion de Andr. de Iser. es la mas verdadera; porque ni aun la de larguísimo tiempo puede tener lugar sobre aquellas cosas, respecto de las cuales escluye la ley toda prescripcion en general, segun dicen Bald. y Aug. á la l. 1. C. *ne rei. domin. vel templor.*, y á la l. 4. C. *de præscrip. 30. annor.*, á los cuales sigue Francisc. Balb. trat. *præscrip.*, cart. 60. hácia el fin, col. 1.; y asi lo propio deberá aplicarse á los feudos, respecto de los cuales está declarado en d. cap. 1. *de prohib. feud. alien. per Lothar.*, que no obsta ninguna prohibicion, y confirmada esta misma declaracion en d. cap. *Imperialem*, con las palabras *nullius temporis præscriptione impediente.* A lo dicho se objetará tal vez, que si bien la prohibicion general de prescribir puede hacerse estensiva á la prescripcion de larguísimo tiempo, cuando de no interpretarla asi pueda resultar ilusoria é ineficaz para llenar el objeto, para el cual la ley la ha establecido, [como por ej. en los mayorazgos ó fideicomisos respecto de los cuales está prohibida la enagenacion ó prescripcion en favor de los sucesores, y á estos les seria ó podria serles de ningun provecho, si no se entendiese escluida hasta la prescripcion de 30 años] pero que no debe decirse lo mismo cuando la ley prohibitiva en general puede tener objeto y quedar satisfecha la razon de la misma, solo con entenderse escluida la prescripcion ordinaria ó la de largo tiempo, [como por ej. en los feudos, en los cuales estaba escluida la prescripcion en favor de los respectivos señores, y por consideracion al dominio superior y preeminente que les competia sobre las cosas enfeudadas, en virtud del que podian accionar en cualquier tiempo contra cualquiera poseedor, y por lo tanto no podia venir el caso de correr la prescripcion contra *non valentem agere;* y asi bastaba el que la ley estableciese que no les perjudicara la prescripcion ordinaria, debiéndose en consecuencia imputar á sí mismos su omision, si dejando de reclamar por mas de treinta años, se les oponia despues la prescripcion estraordinaria ó de larguísimo tiempo] segun Bald. á d. §. *præterea* y generalmente los DD. allí, y lo trae el Abad á d. cap. ult. *de præscript.* col. 7. A pesar de esto me inclino á creer que la opinion de Andr. de Iser. es la mas verdadera sin distincion de casos: porque usándose en d. cap. *Imperialem*, las palabras *nullius temporis;* es claro que se ha querido escluir la prescripcion de larguísimo tiempo, corroborando esto mismo la presente ley de Partida cuando dice indistintamente *nin le empesce tiempo*, y asi dicha opinion es quizás la que deberia observarse á lo menos en el caso de haberse enagenado un feudo: sin embargo de todo esto nunca parece deberia entenderse escluida la prescripcion centenaria, segun Bald. y Aug. á d. l. 1. C, *ne rei domin.*, *vel templor.*, y á d. l. 4. y Abb. á d. c. ult. Todo lo dicho no obstante deberá limitarse al caso de haber ignorado el señor la enagenacion de la cosa feudal; pues no dejaria de obstarle la prescripcion de larguísimo tiempo si el que la alegase, hubiese adquirido la cosa sabiéndolo él mismo: en cual sentido deben entenderse asi d. cap. *Imperialem* como la presente ley de Partida. Asi lo corrobora la doctrina de Juan Andr.

adicion á Spec. en la rubr. *de feudis* col. 1. versic. *quœro* 28. donde dice, que si un vasallo enagenó una cosa feudal, ignorándolo el señor, aunque el adquirente puede prescribirla por el espacio de 30 años en perjuicio del vasallo, no podrá empero prescribirla en perjuicio del dominio directo que compete al señor; porque reteniéndose en virtud de este dominio la posesion civil en la cosa feudal, mientras esta dure no puede otro comenzar á prescribir contra el mismo: en favor de esta doctrina cita la Glos. á la l. 1. C. *de servis fugit.*, donde Angel. y Fulgos. la adoptan tambien. Y sobre si perjudicará ó nó á los demas agnados llamados á la sucesion de un feudo antiguo la prescripcion consumada contra el vasallo, del propio modo que no perjudica al señor, V. Bald. al §. *quid ergo*, *de investit. de re alien. fact.*, y á este propósito dice Andr. de Iser., que si el feudo es antiguo, esto es, procedente de aquel contra quien se lo ha prescrito, tampoco esta prescripcion perjudicará á los hijos del mismo, V. lo que notablemente aduce allí, sosteniendo lo mismo al §. *prœterea ducatus*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, hácia el fin de la primera adicion, y tambien el Carden. Mediolan. á d. §. *quid ergo* y Alvarot. al cap. 1. §. *hoc quoque*, *de succes. feudi*, siendo digno de notar lo que dice allí, esto es, que se da la accion reivindicativa útil á cada uno de los agnados llamados al feudo, en nada obstante la prescripcion, arg. ll. 2. y 3. C. *de donat quœ sub modo*, diciendo Dec. consil. 445. col. 8. que sobre ello no cabe dificultad. ¿Competerá accion contra aquel, que por negligencia haya dejado prescribir una cosa dada en feudo, ó de otra suerte prohibida de enagenar? V. una glos. notable al cap. *placuit* 16. cuest. 3. sobre la palabra *pertineant*, y Fran. Balb. trat. *prœscript.* fol. 43. col. 2. De todo lo dicho se infiere, que teniendo muchos puntos de contacto los mayorazgos con la naturaleza de los feudos, segun Socin. consil. 47. vol. 3. col. 3. parece que no obstará tampoco en cuanto á ellos la prescripcion de larguísimo tiempo. Cuestion, sobre la cual he sido muchas veces consultado y en la que no dejo de hallar razones para sostener la contraria, ó sea la de que obstará la espresada prescripcion, porque por el transcurso de 30 ó 40 años, se pierde no solamente toda accion, si que tambien la facultad de poderla deducir en juicio, cap. *ad aures*, 6. hácia el fin *de prœscript.* en las palabras *quia quadrigenalis prœscriptio omnem prorsus actionem excludit*, l. 4. C. *de prœscript.* 30. *vel.* 40. *annor.* cap. *volumus* 16. cuest. 4.; mayormente cuando el prescribiente ha tenido un título, el cual, aunque inválido, bastaria siempre para poderse prescribir aun por menor tiempo; y supuesto que se tratare de cosas, cuya enagenacion estuviese prohibida, segun Bart. á quien siguen muchos DD. á la l. 114. §. 14. D. *de legat.* 1.: pues por mas que dicho título fuese inválido no puede negarse no obstante, que el poseedor tendria en virtud del mismo un justo motivo para creer que posee legalmente, que es lo que constituye el fundamento de la prescripcion, y esta creencia unida á tan largo transcurso de tiempo parece ser una razon bastante para que se respete dicha posesion. Corrobora esto mismo lo que vemos suceder en las cosas de la iglesia, las cuales á pesar de ser tambien prohibidas de enagenar, se prescriben no obstante por cuarenta años, cuando con el transcurso de ellos concurre algun título, aunque inválido, y cuando esté fundado en error de derecho l. 8. tit. 4. P. 1. sosteniéndolo Anton. al cap. *cura*, *de jur. patron.*, col 3. y Juan de Imol. al cap. *de quarta*, *de prœscript.*: adelantando todavía mas Paul de Castr. á la l. 27. D. *de usucap.*, y singularmente á la l. ult. §. 2. C. *commun. de legat.*, col. ult. vers. *sed extra gloss. oppono*, donde dice, que si el poseedor de una cosa sujeta á restitucion, y cuya enagenacion estaba prohibida, tiene un título, aunque fundado en esta misma prohibicion; puede prescribirla por el espacio de larguísimo tiempo: entendiendo y limitando en este sentido dicha l., esto es, en el de que al enagenarse una cosa sujeta á restitucion no se transferirá el dominio de ella, ni la condicion de usucapirla por el tiempo ordinario; pues para esto es necesario un título verdadero, y no es tal, por reputarse nulo, el que se funda en una enagenacion prohibida; pero sí se transferirá la condicion de usucapir por larguísimo tiempo, ya que para ello ni aun se necesita título, lo que dice ser substancial y deber tenerse presente: esta misma opinion siguen Alex. consil. 159. vol. 3. que comienza, *attentis verbis testamenti*, Socin. consil. 251. col. 2. Felip. Corn. consil. 38. vol. 1. col. 4. y consil. 304. vol. 3. al cual se refiere y sigue Franc. Balb. trat. *prœscript.*, cart. 58. col. 2. y tendrá principalmente lugar esta doctrina, si se tratare de prescribir entre consanguíneos y colaterales descendientes de los testadores: en cual caso, prueba Socin. consil. 47. vol. 3. con muchas razones, que tendrá lugar la prescripcion; refiriéndose al mismo, y siguiéndole á lo que parece en su opinion, Juan Cirier. tratad. *primogenituræ.*, lib. 3. cuest. ult. V. á los mismos allí. Aun podria decirse mas, esto es, que habiéndose consumado la prescripcion de cosas sujetas á restitucion contra el que tenia accion ejercible para interrumpirla, perjudicará aquella hasta á los subsiguientemente llamados, aun cuando ha-

yan nacido despues; porque si por la prescripcion se ha adquirido el dominio, y se ha estinguido tambien la accion, que se tenia para reclamar dichas cosas, una vez estinguida esta, ya no podrá revivir por el nacimiento ó sobreveniencia del inmediato sucesor, l. 98. §. 8. D. *de solution.*, y porque el dominio, que legítimamente se ha transferido por la prescripcion, no puede volverse á transferir al siguiente llamado, segun la *authent. nisi tricenalis*, C. *de bon mater.*, y tambien porque lo que una vez ha llegado á ser nuestro no puede sin un hecho nuestro hacerse de otro l. 11. D. *de reg. jur.*, y esta es la razon en que parece se fundaba Felip. Corn. consil. 304. vol. 3. col. antepen. y pen. para decir, que tenia por dura cosa el que habiendo uno poseido por el espacio de 30, 40 ó 60 años una cosa, que bajo condicion se hubiese dejado á otro, habiendo por lo tanto adquirido el dominio de ella por la prescripcion, se la quitasen despues por haberse dicha condicion cumplido; del propio modo que parece lo seria el que habiendo uno celebrado un contrato enfitéutico estipulando el dominio útil para sí, sus hijos y sus nietos, y habiendo recibido el fundo objeto del contrato, pudiesen estos últimos, despues de la muerte de aquel, incorporarse del mismo, y revindicarlo de quien con buena fé lo hubiese poseido por 30 ó 40 años. V. al mismo allí, donde aduce otras análogas especies. Lo dicho se corrobora tambien con otras razones; pues la sentencia dada contra un heredero, ú otro cualquiera que posea una cosa sujeta á restitucion, no deja de perjudicar al siguiente en grado, que debia suceder á la misma, segun lo nota Bart. á la l. 9. D. *de aqu. pluv. arc.*, en favor de lo cual obra la l. 1. §. pen. D. *de vent. inspic.* Glos. á la l. 47. D. *de re judic.*, pretendiendo esto mismo Paul. de Castr. á la l. 33. D. *de fidejus.*, donde dice, que todo lo obrado con el causante se entiende que obliga y perjudica al sucesor siempre que este es hijo de aquel y le sucede en la calidad de hijo, y no en la de simple heredero; y si esto se verifica en la sentencia ¿por qué no ha de verificarse en la prescripcion, que como aquella, se ha introducido para evitar litigios, segun la l. ult. D. *pro suo.*, donde Bart. hace esta misma comparacion? Aun mas; esta doctrina la tenemos espresamente consignada respecto de los feudos en el cap. *siquis.* per. 30. *si de feud. defunct. content. sit. int. dom. et agnat.*, que previene, que pueden prescribirse aquellos por el transcurso de 30 años. En favor de la proposicion arriba sentada, esto es, que no obstará contra los mayorazgos la prescripcion ni aun de larguísimo tiempo, no deja de haber tambien argumentos, porque prohibiendo la ley, como prohibe, enagenar las cosas sujetas á restitucion ó fideicomiso, el testador, que lo ordena, parece querer que se observe aquella disposicion y asi prohibe la enagenacion tácitamente, segun lo declara la Glos. á la l. 77. §. 27. sobre la palabra, *ne alienaret*, D. *de legat.* 2., de manera que en tal caso resulta concurrir una doble prohibicion, á saber, la del hombre, y la de la ley, en cuanto esta prohibe enagenar las cosas gravadas, y al gravarlas aquel manifiesta su voluntad, de que no pueden enagenarse, authent. *res quæ*, C. *commun. de legat.*, l. ult. §. 2. C. d. tit. l. 3. §. 3. y l. 50. D. *ad trebell.*, y aun en el caso de haber el testador no solamente ordenado el fideicomiso, sino tambien prohibido espresamente la enagenacion, ya que la voluntad del mismo forma ley, segun la Nov. 22. cap. 2. parece deberia decirse, que concurriendo en tal caso la propia doble prohibicion del hombre y de la ley, pero simple y absoluta, con mayoría de razon quedaria escluida tambien la prescripcion, segun la l. 24. D. *de usucap.*, con la Glos. allí y l. 28. D. *de verb. sign.*: por lo que Bart. á d. l. 24. hace notar, que en general siempre que la ley prohibe enagenar, prohibe tambien usucapir, añadiendo ser esto digno de tenerse presente, por ser de muy frecuente aplicacion. La misma opinion sostiene mas espresamente Juan de Imol. á la l. 114. §. 11. D. *de legat.* 1. vers. *item adde.*, donde hace notar la contradiccion en que incurre Bart. allí con lo que sostuvo á d. l. 24.; diciendo aquel ser mas verdadera la opinion de que no puede prescribirse una cosa, cuya enagenacion esté prohibida; contestando allí mismo los argumentos de Bart. de los que se habia hecho cargo tambien mas estensamente á d. l. 24., pudiendo verse asi mismo la Glos. ult. á la l. 7. C. *de agricol. et censit.*, la que recomienda allí Juan de Plat. y á Aug. á d. l. 24. refiriéndose á Jacob. de Raven. y á Cin. á la l. ult. C. *in quib. caus. in integr. rest. non est neces.*, donde pretenden que si se prohibe simplemente la enagenacion, queda tambien prohibida en este caso la prescripcion: mas si para enagenar se exigen ciertas solemnidades, ó se trata de cosas, cuya enagenacion no está prohibida absolutamente, sino en el caso de prescindirse de aquellas, como sucede en las cosas de la iglesia y de menores; entonces no se entiende prohibida la prescripcion: distincion que adoptan tambien Bart. á d. l. ult. y elegantemente Bald. allí col. 2. vers. *item nota.*, no menos que Paul. de Castr.; pudiendo decirse que no solo es esta la comun opinion, sí que tambien nadie hay que al parecer la impugne. No deja de probar lo mismo la l. 2. C. *de usucap. pro empt.*, disponiendo, que no pueden usucapirse siendo

vendidos por el tutor los esclavos del pupilo que el testador hubiese prohibido enagenar por sus perfectos conocimientos en algun arte: donde nota Bald. que es ilegal toda enagenacion aunque otorgada contra la mera prohibicion del hombre. A mas de esto y sobre la materia de que se trata, hay el texto formal de d. l. ult. §. 3. *comm. de legat.*, donde se lee: *Sin autem avaritiæ cupidine propter spem conditionis minimè implendæ ad venditionem, vel hypothecam prosiluerit: sciat quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat:* por cuyas palabras se demuestra cuán erróneamente las alegaban á d. §. 11. Bart. y sus secuaces para probar que puede prescribirse una cosa cuya enagenacion esté prohibida, cuando con ellas se declara precisamente lo contrario. Ademas, la glos. á d. §. 3. sostuvo la misma doctrina, y nó solamente respecto de la prescripcion de largo tiempo, sino tambien de la de larguísimo; en cual sentido y en el art. sobre la palabra *longi temporis* (que empieza asi, *ut infra habes generaliter, et de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* l. *cum notissimi* §. *illud*) pretende abiertamente que no obsta dicha prescripcion de larguísimo tiempo, y lo funda en que la accion que compete al fideicomisario no nace antes de ceder el dia del fideicomiso, [significando con esto que contra el mismo, como *non valentem agere* no puede correr prescripcion alguna] y lo propio quisieron Cin. y Bald. allí, donde este á d. l. ult. §. 2. C. *commun. de legat.* vers. *oppono et videtur*, se objeta esto mismo contra lo de considerarse al fideicomisario, como *non valentem agere* antes de ceder el fideicomiso, diciendo, que cuando se ha dejado un legado pagadero en cierto dia, entretanto no deja el legatario de tener la accion *ex testamento;* pero el mismo da la solucion allí, diciendo que la tiene, bien que ineficaz, por podérsela escluir por medio de escepcion hasta que haya venido el dia, infiriendo de aqui abiertamente que ni aun la prescripcion de 30 años obsta al fideicomisario cuando se la haya consumado antes de purificarse el fideicomiso, y en iguales términos entendió Paul. de Castr. consil. 158. vol. 2. hácia el fin, y adoptó la doctrina de la citada glos. sosteniendo espresamente que no se puede oponer al fideicomisario la prescripcion por el tiempo transcurrido antes de existir la condicion; porque de derecho no corre la prescripcion contra el que no puede accionar para interrumpirla, l. 7. §. 4. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*, y añadiendo que en dicho sentido habia la glosa interpretado el vers. *sin autem avaritiæ*, y citado d. §. 4., alegando la misma razon y la l. 1. §. ult. *de annal. except.* Asi opina tambien Bald. consil. 381. vol. 3. donde espresamente dice: « Por lo que hace á determinar en qué » tiempo empieza á correr la prescripcion de » un fideicomiso, debemos decir, que no em» pezará hasta que se haya cumplido la condi» cion y purificado la substitucion fideicomisa» ria, segun la l. 1. hácia el fin, C. *de annal.* » *except.* l. 7. §. 4. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. » *annor.* y l. ult. vers. *sin autem avaritiæ*, C. » *commun. de legat.* » Pruébalo ademas á mi entender, d. vers. *sin autem*, con las palabras: *Omnis licentia pateat rem vindicare, et sibi adsignare, nullo obstaculo ei à detentoribus opponendo;* por el cual se ve, que no podrá oponerse la escepcion de prescripcion, ni aun la de larguísimo tiempo; pues de lo contrario, no se espresaria en términos tan generales y absolutos como los de *nullo obstaculo*, y *omnis licentia;* que parecen escluir indistintamente toda prescripcion, cap. *solitæ* 6. y otros concordantes *de major. et obedient*, que es lo que quiso significar d. glos. con las espresiones, *ut habes infra generaliter:* y en efecto, parece que en el citado texto se tuvo la intencion de escluir hasta la prescripcion de cuarenta años. A lo dicho no se opone la l. 4. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*, porque en ella se hace referencia á los casos ordinarios de prescripcion, y nó á los en que se halla esta especialmente prohibida, ó aquellos respecto de los cuales esté dispuesto que no obste prescripcion alguna, segun lo declaran Bald. y Ang. á la l. 1. C. *ne rei domin. vel templor.*, y á d. l. 4. col. ult. á quienes sigue Juan Franc. Balb. d. trat. *præscript.* cart. 60. hácia el fin, col. pen.; y asi el no obstar aquella, aunque sea la de larguísimo tiempo en el caso antes propuesto, ó sea contra los que estan impedidos de accionar, ó los que todavia no han nacido, lo sostiene como cosa indubitable Estevan Bertrand. vol. l. consil. 15. col. 9 y 10., pudiendo añadirse todavia lo que se lee en el §. *quid ergo*, *de invest. de re alien. facta* y Andr. de Iser. allí. A mas de que, aun admitiendo la doctrina de ser susceptibles de prescripcion los bienes sujetos á fideicomiso, deberia entenderse siempre que lo serian en perjuicio tan solo de aquel, que pudiendo, hubiese dejado de impedir que se los prescribiese, mas nunca para el efecto de que fallecido aquel no pudiesen reclamarlos los inmediatos sucesores, como puede inferirse de la l. 69. D. *de legat.* 2. en las palabras: *Nec tamen ideo sequentiam causa propter superiores in posterum lædi debet;* por donde se ve, que la ley ha querido resueltamente, que la negligencia de uno de los agnados no perjudicase á los otros que hayan de suceder despues de él. Hace tambien al caso el cap. 1. §. *rei au-*

tem, *de invest. de re alien. fact.* donde se dice terminantemente, que el vasallo puede perjudicarse á sí propio con su dolo, culpa ó negligencia; pero que si despues el feudo por cualquier causa ha de volver al señor, no perjudicará á este lo hecho por el vasallo, sino que lo adquirirá enteramente libre, en nada obstante el transcurso de cualquier tiempo: y la glos. al comentar. d. cap. en la palabra *longa tempora*, dice espresamente, que deberá estendérsele tambien al tiempo *larguisimo*, principalmente en el dia, en que estando prohibida la enagenacion de ciertos bienes parece estarlo tambien la prescripcion que es una especie de enagenacion, con lo cual viene á resolverse terminantemente la cuestion propuesta. Comprueba ademas la opinion sentada, lo que dice Bald. á d. §. *quid ergo*, esto es, que no perjudica la prescripcion transcurrida contra alguno á todos aquellos á quienes tampoco obligarian los pactos ó contratos que el mismo hubiese celebrado, lo cual, dice debe tenerse presente: y lo habia sostenido tambien Andr. de Iser. allí, fundándolo en varias razones, y diciendo entre otras cosas, que si uno posee un feudo antiguo ó proveniente de sus antecesores, la prescripcion que corriese contra él no perjudicaria á sus hijos; v. al mismo lug. cit. donde trae sobre el particular otras notables especies y argumentos; sosteniendo bellamente lo mismo al cap. 1. §. *præterea ducatus*, *de prohib. feud. alien. per Freder.* en la primera adicion hácia el fin, cuyas palabras allí no transcribo en gracia de la brevedad. Esta misma opinion abraza como la mas razonable y equitativa, Prepos. á d. §. *quid ergo*, y la confirma elegantemente Fafael Fulgos. á la l. 11. C. *de fideicom.* donde dice, que si se enagena una cosa de aquellas cuya enagenacion está prohibida en favor ó contemplacion de la familia, el que lo hayan consentido todos los agnados ó parientes existentes al tiempo de hacerse la enagenacion, no impedirá que sea esta rescindida mas adelante á instancia de los que hubieren nacido despues; y lo funda en la glos. y d. l. 69. §. 3.; doctrina que refiere y adopta como muy notable Jason á d. l. 11.: y á mi entender, está ademas corroborada por la glos. á d. §. 3. vers. *supersit*, allí donde añade, *nec superesse speratur;* desvaneciéndose naturalmente con ella el argumento en que se fundan Bart. y otros DD. á d. §. 11. para decir que puede prescribirse una cosa, cuya enagenacion esté prohibida, ó sea que si es lícito enagenar una cosa con tal que consientan todos aquellos en cuyo favor se prohibió su enagenacion, es claro que podrá tambien prescribírsela mediante el silencio ó paciencia (que equivale al consentimiento) de aquellos á quienes puede perjudicar la prescripcion; argumento que pierde toda su fuerza al aplicárselo á las cosas cuya enagenacion esté prohibida perpetuamente y en favor de una familia ó de los descendientes de ella, si se considera que de estos los que no hayan nacido mal podrá decirse ni presumirse que hayan consentido; Bald. á la l. 24. C. *de rei vindic.*, y hace muy al caso lo que nota Paul. de Castr. á la l. 63. §. 14. D. *ad Trebell.* donde dice, que la negligencia del heredero en no registrar el testamento dentro el término prefijado por los estatutos, no daña al fideicomisario, lo que infiere y anota á propósito de la disposicion contenida en d. l. de que tampoco perjudique al fideicomisario la negligencia del heredero en no pedir la posesion de los bienes dentro el debido tiempo. Lo propio sostuvo Jacob. Alvarot. al cap. 1. §. *hoc quoque*, col. ult. *de succes. feud.* diciendo, que asi como el vasallo no puede enagenar en perjuicio de los demas agnados que progresivamente le han de suceder; asi tampoco perjudicará á estos el haber consentido aquel que en daño suyo llegue á consumarse una prescripcion; porque esta se equipara á una enagenacion, l. 28. D. *de verb. signif.*, y por lo tanto, segun él, en nada obstante aquella, se les da la accion reivindicativa útil, arg. ll. 2 y 3. C. *de donat, quæ sub modo*: y lo confirma, dice, el que las cosas feudales se consideran sujetas á restitucion en favor de los agnados del feudatario, y asi deben aplicarse á ellas las mismas reglas que rigen respecto de las que lo estan por razon de fideicomiso; l. ult. §. 2. C. *commun. de legat.*, apoyando esto mismo la regla *contra non valentem agere non currit præscriptio:* l. 1. §. ult. C. *de annal. except.* l. 1. C. *de bon. mater.* por lo que no pudiendo accionar el fideicomisario en vida del heredero fiduciario, no puede por consiguiente correr entre tanto contra el mismo la prescripcion: y en los propios términos lo sostiene Felip. Dec. diciendo, que esto en el derecho es un axioma, consil. 445. col. 8.; y en efecto, nadie hay entre los DD. que lo contradiga. A lo antedicho se añade, que, si bien se consideran las leyes del Reino, desvanecen á mi entender en gran parte la duda: pues por la l. 7. tit. 4. P. 5., en el caso de haberse donado una cosa á uno hasta cierto tiempo con condicion de haber de pasar despues á otro, y asi sucesivamente, se declara quedar á la muerte de aquel transferida la propiedad y posesion de dicha cosa al donatario siguiente en grado, sin necesidad de aprension corporal por parte de este; disponiéndose lo mismo mas claramente por la l. 45. de *Toro* [es la l. 1. tit. 24. lib. 11. Nov. Rec.] en la cual se previene que, muerto el posecdor de un mayorazgo, y sin que sea necesario ningun acto de aprension, pase la posesion natural y civil

de él al siguiente en grado que segun la disposicion del fundador, deba suceder al mismo, aunque otro la hubiese tomado, ya fuese en vida, ya despues de la muerte de dicho poseedor: no cabiendo por lo demas duda alguna en que la ley ó la costumbre puede haber hecho que de este modo se adquiriese tambien la posesion natural como estaba ya declarado en el caso de la l. 54. C. *de Episc. et cleric.*, y lo notan Bald. allí y Ang. á la l. 30. §. 1. D. *de acquir posses.* y tambien Bald. que califica á la posesion asi adquirida de civilísima á la rubr. *de content. inter me, et domin.*, y á la l. ult. C. *de sacros. eccles.* y Alex. á la l. 1. pr. col. 15 y 16. *de acquir posses.*: no teniendo pues el detentor de una cosa sujeta á restitucion, ya lo sea en virtud de mayorazgo, donacion ó legado (el cual es una especie de donacion dejada por el difunto, seg. el §. 1. Inst. *de legat.*) la posesion natural, ni la civil, que es el fundamento de la prescripcion, y sin la cual es imposible esta, segun lo notan la Glos., Bart. y DD. á d. l. 3. §. 5. D. *de acquir posses.*, y á la l. 1. C. *de serv. fugit.*, es claro que no podrá prescribir, porque sin posesion no hay prescripcion, *reg. sine possessione* 3. *de reg. jur. in* 6. l. 25. D. *de usucap.*: y si no procede la prescripcion á favor del que tiene solamente la posesion civil, teniendo otro la natural, segun lo anotado por la Glos. y DD. á d. l. 1. C. *de serv. fugit.*; mucho menos procederá á favor del que no tiene ninguna; por competer segun las leyes de nuestro Reino tanto la civil como la natural al que es llamado á la donacion ó al mayorazgo.

No obsta el decir que la doctrina que se acaba de esponer, procederá respecto á la prescripcion ordinaria, pero nó á la de larguísimo tiempo; para la cual parece que ni posesion se necesita, en razon de que por ella no tanto se prescribe activamente la cosa, como se estingue la accion, segun lo pretende Bald. á d. l. 1. C. *de serv. fugit.*, y lo declaran allí Paul. de Castr. y Jason.; pues concediendo que se prescribiese la accion por el transcurso de larguísimo tiempo, segun la opinion de los citados AA.; sin embargo no por esto el prescribiente adquiriria el dominio útil ni directo, como lo declara Paul. de Castr. allí y lo persuade la recta razon; porque no pudiendo adquirirse ninguno de los dos sin la posesion, tenemos que respecto del siguiente sucesor no habrá prescrito el dominio de la cosa, y asi por consiguiente le competerá de nuevo la accion reivindicativa útil, á tenor de la l. 3. C. *de donat. quæ sub. modo*, y lo declara Jacob. Alvarot. á d. cap. 1. §. *illud, hoc quoque de succes. feud.*, la cual, esto es, la que á él le compete, no podia haberse antes estinguido por la prescripcion, puesto que aun no habia nacido, d. l. 7. §. 4. C. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*; argumento sutil pero elegante.

Puédese replicar que por la prescripcion de larguísimo tiempo no solo se adquiere una escepcion, sino tambien el dominio útil de la cosa, segun la l. 8. §. 1. C. *de præscript.* 30 *vel* 40 *annor.*, de lo que se infiere, que en tal caso los poseedores habrán adquirido por prescripcion este dominio útil; pero d. l. 8. §. 1. habla y procede en el caso de que el poseedor de buena fe tuviese la verdadera posesion, la que no podemos suponer en el nuestro, si atendemos á lo que disponen las referidas leyes del reino: y si se dijese que el siguiente en grado, á quien dichas leyes transfieren la posesion, la habrá perdido por el hecho de haber sido esta olvidada ó descuidada por el transcurso de largo tiempo, y que por consiguiente habria podido prescribirla el detentor de la cosa por haber llegado á ser poseedor natural de ella, como lo declaran de consuno Bart. y demas DD. á d. l. 1. C. *de serv. fugit.*, observando que la posesion civil, que es la que se retiene con el solo ánimo de poseer, se pierde por el simple olvido y que este se presume mediando el transcurso de largo tiempo, segun la l. 25. pr. D. *de acquir. posses.*, y lo notan la glos. y los DD. á la l. 40. §. 1. D. d. tit. y á la l. 37. §. 1. D. *de usucap.*, y en muchos otros lugares; podria sin embargo responderse que no debe esto entenderse en perjuicio de la posesion civilísima que nuestras leyes transfieren á los llamados á un mayorazgo y que han introducido en favor de estos; pues asi como, segun d. l. de *Toro*, no se perjudicará al siguiente llamado aun cuando se entregue la posesion real, mucho menos por consiguiente les parará perjuicio el haberla dejado olvidada. Añádese en corroboracion de lo dicho la notable decision de Juan Andr. adiciones á Specul. en la rúbrica *de feud.*, col. 1. versic. 28. cuest. donde dice, que si el vasallo enagenó una cosa feudal, ignorándolo el dueño directo, aunque el adquirente podria prescribirla por el transcurso de 30 años en perjuicio del primero, nó, empero, del segundo; porque nadie puede comenzar la prescripcion mientras otro tiene la posesion civil, como la tiene en dicho caso el dueño directo, alegando en favor de su opinion la glos. á d. l. 1. C. *de servis fugit.*, donde la adoptan tambien Ang. y Fulgos. Tampoco obstará el decir que dichas leyes del reino, que hablan de la continuacion de la posesion civil en el inmediato sucesor no tienen lugar, cuando otro la hubiese tomado corporalmente á la muerte del fiduciario ó durante la vida del mismo, como en el caso de que estamos hablando, por impedir esta corporal aprehension la ficcion civil que aquellas establecen,

segun la l. 13. §. 4. D. *de acquir. posses.*, en donde terminantemente lo sienta Rafael Cumano y lo refiere Alex. aunque sin afirmarlo, á la l. 23. pr. D. d. tit., pero sí en el consil. 83. vol. 2. en favor de cuya opinion hay la muy notable glos. á la l. 30. pr. D. *ex quibus caus. maj.*; pues esta objecion que pudiera oponerse está desvanecida por la misma ley de *Toro*, en la cual se dispone espresamente, que no se impida dicha continuacion de la posesion por el hecho de haber otro empezado á poseer corporalmente. Las dos razones que para apoyar su doctrina alega Bartol. á dicho §. 11., son verdaderamente contra-producentes como se ha demostrado mas arriba; y aun el mismo Bartol. opinó en otros lugares en opuesto sentido, siendo la opinion mas comun contraria á la sentada por él á dicho §. 11. como lo dice y afirma Felip. Corn. vol. 3. consil. 244. col. pen. y ult.: y aun mas; por las razones mismas, que aducen Bart. y los DD. que le siguen, para sostener dicha su opinion, puédese arguir que en el caso propuesto no tendria lugar prescripcion alguna; pues Bart. para pretender que procede esta, se funda en el consentimiento tácito que hay, al parecer, de aquellos contra quienes se prescribe, suponiendo que por él se perfecciona la prescripcion, asi como se sostiene la enagenacion prohibida por el consentimiento espreso de aquellos, en favor de quienes se ha ordenado la prohibicion, segun la l. 11. C. *de fideicom.*; de donde se infiere que en opinion del mismo Bart. no podria prescribirse contra el sucesor cesando la razon indicada, ó sea la de consentir aquel en la enagenacion espresa ó en la tácita que importa la prescripcion, en cuál sentido, y dado que aquella opinion fuese verdadera, vendria á reducirse á que se verificaria la prescripcion contra aquel, que teniendo y pudiendo intentar la accion conducente para reclamar la cosa sujeta á restitucion, no la ha intentado y asi ha dejado que prescribiese; mas entonces no sé ver, cómo podrá presumirse semejante tácito consentimiento por parte de aquel que, como un sucesor todavía no nacido, ni hubiese tenido accion ni materialmente podido entablarla. Al igual que la de Bart. no obsta, la opinion de Paul. de Castr. á d. l. ult. §. 2. C. *commun. de legat.*, ya porque, como he dicho, parece que este mismo texto la repele, ya tambien porque él no dice, ni parece tener intencion de decir, que por la prescripcion de 30 años consumada contra el fideicomisario, en quien se haya purificado ya el fideicomiso, se escluya al siguiente llamado, y en tanto no lo dice, como que sobre esta misma materia habia sostenido lo contrario en el precitado consil. 158. vol. 2.; á mas de que Paul. de Castr. habla de una cosa sujeta á restitucion por via de fideicomiso, sin que el testador haya prohibido espresamente enagenarla como se supone haberlo hecho en el caso propuesto, en el cual por consiguiente milita una razon totalmente diversa, porque mas eficaz debe ser la espresa prohibicion del testador, que la tácita, como claramente lo prueba la Glos. singular á la l. 77. §. 27. sobre la palabra *nec alienaret* D. *de legat.* 2., segun la cual por la primera se impide absolutamente la traslacion de dominio; pero nó por la segunda, recomendando esta Glos. Bald. al cap. 1. *de prohib. feud. alienat. per Lothar.*, hácia el fin. Añad. lo dicho por el mismo al §. *donare*, *qualiter feud. alien. possit.*, á saber, que lo dispuesto por la authent. *res quæ*, C. *communia de legat.*, no tiene lugar sino en los casos de que habla la misma, esto es, en los que el testador haya prohibido espresamente la enagenacion: y el mismo Bald. al cap. *præterea*, *de capitan. Corrad.*, con la Glos. allí, sostiene, que el vasallo aunque no puede vender el feudo; puede sin embargo reinfeudarlo á otro, tratando con esta ocasion la cuestion de si podrá tambien hacerlo en el caso en que la enagenacion le hubiese sido prohibida por pacto espreso, resolviéndose por la negativa en razon de que, el pacto siempre debe tener algun efecto, y asi la prohibicion espresa debe entenderse, que da alguna fuerza mas á la general que ya existiese por ley ó por costumbre, lo que es digno de notarse á propósito de lo que estamos hablando; pudiéndose al propio tiempo ver á Socin. refiriéndose á Paul. de Castr. consil. 163. col. pen. vol. 2. en donde hace la diferencia entre la cláusula derogatoria, que proviene de la disposicion de la ley en el testamento que se hace *inter liberos*, y la que especial y espresamente ponga el testador, pudiendo aun alegarse otras muchas razones que omito. No son de mayor momento los reparos que antes he indicado y que aduce Corn. en d. consil. 304. observando que de la doctrina sentada resulta convolar, al purificarse la sustitucion, á la persona del fideicomisario y sin acto alguno del prescribiente el dominio, que en este se habia ya radicado, contra lo establecido por la l. 11. D. *de reg. jur.*; porque no es cierto el supuesto en que esa objecion se funda, ó sea, el de haberse adquirido por la prescripcion el dominio de la cosa, que se ha prohibido enagenar, segun claramente se ha probado mas arriba; antes ninguna dificultad hay en que aun habiendo prescripcion, se estinga por ella la accion que podia competer á aquel, por cuya negligencia se la haya consumado sin que se adquiera el dominio para el prescribiente y en perjuicio de los sucesores fideicomisarios, en quienes no se ha

purificado todavía la substitucion, siendo esta la intencion de los DD. al decir, como comunmente dicen, que la prescripcion de un feudo, ó de otra cosa cualquiera, sobre la que de cualquier modo se haya impuesto gravámen de restitucion á favor de los agnados y cognados, nunca perjudica á los siguientes en grado, lo cual no puede sostenerse mas, que en el supuesto de que por dicha prescripcion no se adquiere el dominio, sino una escepcion para eludir la accion prescrita segun la l. 8. §. 1. C. *de præscript.* 30. *vel.* 40. *annor.*, pudiendo añadirse ademas, que el no perjudicar la prescripcion á los siguientes llamados en tanto han entendido referirlo los DD. á la prescripcion de 30 años; como que lo han dicho al hablar de los feudos, respecto de los cuales nunca se ádmite la prescripcion ordinaria ó de largo tiempo, segun el §. *siquis*, *per triginta*, *si de feud. defunct. cont. sit.* Y por lo que hace á Paul. de Castr., al decir, como dice á d. l. ult. §. 2., que la prescripcion de largo tiempo no perjudicará al fideicomisario, aun despues que á favor del mismo se haya llegado á purificar la substitucion, á pesar de que le perjudicaria la de larguísimo tiempo, manifiesta con esto mismo bien claramente ser su intencion la de referirse al fideicomisario en quien ya se ha purificado el fideicomiso; cuando sienta en general que corre la prescripcion; pues que al sostener en otra parte, que pendiente la condicion no puede prescribirse, lo funda en que entre tanto el fideicomisario no puede accionar y en que *non valenti agere non currit præscriptio.* Ademas las leyes en el caso de enagenar el heredero gravado las cosas sujetas á restitucion, no han tenido inconveniente en declarar que adquirirá el dominio de ellas el comprador, y lo tendrá mientras esté pendiente la condicion, ó la substitucion no se purifique; pero que, purificada esta pasará aquel al fideicomisario, segun se ve por la l. 69. §. 1. D. *de legat.* 1. y l. 105. D. *de condit. et demonst.*, y si esto es asi respecto de la enagenacion que se hace por contrato, no podrá haber inconveniente alguno en que se aplique lo mismo á la enagenacion por prescripcion, mayormente cuando el haberse verificado aquella se funda en la negligencia y tácito consentimiento de aquel contra quien se prescribe, segun lo anotado por Bart. á d. l. 114. §. 11. D. *de legat.* 1.; pues no puede tener mas fuerza y valor la prescripcion, que un verdadero título translativo acompañado de la voluntaria tradicion de parte del dueño, Bald. á la l. 24. C. *de rei vindic.*, ni puede perjudicar la prescripcion consumada contra el fiduciario á los sucesores, á quienes no perjudicaria una enagenacion verdadera otorgada por el mismo, segun se ha dicho y segun la comun opinion de los DD.; teniendo esto lugar en tanto mas, en cuanto se trata en el caso propuesto de poseedores que pretenden derivar su título del heredero gravado, el que en calidad de tal y ligado por la prohibicion del testador, nó solamente no ha tenido facultad de enagenar, pero ni siquiera de transferir la condicion de usucapir ó prescribir, segun la l. 2. C. *de usucap. pro empt.*, y lo anotado por Bald. allí.

Con lo dicho hasta aqui es fácil contestar á los fútiles argumentos que opone Corn. en d. consil. á d. l. 69. y 105. fundados en que la prescripcion ha recibido toda su perfeccion y complemento con el transcurso de los 30 ó 40 años; pues para que tuviesen aquellos alguna fuerza seria necesario que la prescripcion indicada se hubiese empezado y consumado respecto de una sola persona, y despues que le hubiese ya cedido el dia, de suerte que el dominio adquirido ya, como él pretende, para el prescribiente, no pudiese pasar á otro; mas no seria suficiente el que sucesivamente hubiese corrido la prescripcion contra varios de los sucesores llamados al fideicomiso, segun lo sostiene como irrecusable doctrina el mismo Corn. en d. consil. 304. col. pen. con estas palabras: *Sin autem ante finitam longi temporis præscriptionem cessisset dies fideicommissi, et fideicommissarius consecutus fuisset dominium rei relictæ, et consequenter oporteret, quod possessor niteretur præscriptione adversus jus quæsitum ipsi fideicommissario, tunc ratio viva suaderet, quod tempus antea lapsum non obstaret ipsi fideicommissario, et actioni suæ, licet postea compleretur tempus, quod restabat ad præscriptionem complendam: tunc enim militat ratio dicti §. 4. et regula supra dicta, et maximè Bald. qui ibi in lectura nova facit mentionem de præscriptione longissimi temporis, sentiens, quod in casu illius §. præscriptio longissimi temporis non obstet fideicommissario conditionali, per regulam dicti* §. 4. Tales son sus palabras, las cuales demuestran claramente haber sido su intencion de sostener la misma doctrina arriba sentada: y atendidas nuestras leyes, hay todavía una nueva razon mas fuerte y convincente, pues que, interrumpiéndose la prescripcion por la pérdida de la posesion, l. 5. D. *de usurp. et usucap.*, l. pen. tit. 29. Partª 3., y previniendo aquellas que, muerto el poseedor del mayorazgo pase inmediatamente y por ministerio de la ley la posesion civil y natural al inmediato sucesor, es claro que viniendo el dia del fideicomiso, ó cumpliéndose la condicion, se interrumpirá la prescripcion comenzada, y por consiguiente cada vez deberá empezarse aquella de nuevo respecto de cada uno de los llamados, segun d. l. pen. tit.

29. Partª 3. l. 32. §. 1. D. *de serv. urban. prædior.*, lo anotado por Bart. allí y por el Abad al cap. *cum non liceat*, y cap. *illud, de præscript.*, mayormente siendo la posesion civil el fundamento ó causa de la prescripcion, segun lo notan la glos. y la generalidad de los DD. á d. l. 3. §. 5. D. *de acquir. posses.*, y á d. l. 1. C. *de serv. fugit.*

En nada obsta tampoco el argumento fundado en que la sentencia dada contra el que enagenó la cosa á pesar de la prohibicion, perjudica á los llamados á la posesion de la misma por fideicomiso, pues sin embargo de sostener esta opinion Aug., Imol. y Alex. á la l. 114. §. 11. D. *de legat.* 1., y Felin. al cap. *quamvis, de re judic.* col. pen., en nuestro caso, empero, parece que es indudablemente mas verdadera y mas comun la contraria, que sostiene Bart. á d. l. y §., pues que los sucesores á un mayorazgo no suceden á él como herederos del anterior poseedor respectivo, sino como herederos del fundador, y asi por un derecho personal, como lo vemos espresamente declarado respecto de los agnados llamados á la sucesion de un feudo antiguo, quienes se consideran suceder tambien por derecho de sangre, y por esto no perjudica á los demas la sentencia que se haya dado contra uno de ellos, como lo sientan Andr. de Isern. al cap. 1. §. *si vassallus*, *si de feud. fuer. cont. inter dom. et agnat.*, Jacob. Alvarot. allí, Felin. al cap. ult. col. 2. *de major. et obed.*, y Felip. Dec. en d. consil. 445. col. 6. donde dice ser esta la comun opinion, aduciendo allí otras muchas cosas que no es del caso referir. Ademas, Imol. y los DD. que quieren (contra la opinion de Bart. á d. §. 11.) que la sentencia perjudique al fideicomisario, lo limitan, empero, diciendo que este por lo que le interese podrá apelar de la misma cuando le fuere notificada, sin que le corra el término de la apelacion, hasta que se le haya hecho la notificacion de la misma, segun dice Alex. á d. §. 11. col. 4. y Felin. á d. cap. *quamvis*, col. pen., de manera que en cuanto á los efectos todos convienen en que la sentencia no le perjudica, ya que estan acordes en que lo determinado por ella no gana respecto de él autoridad de cosa juzgada: siendo de notar, ademas, que tampoco tendria ese argumento mayor fuerza, aun cuando realmente causase ejecutoria respecto del fideicomisario la sentencia dada contra el fiduciario; pues á pesar de esto deberia tenerse presente que es muy diversa la enagenacion causada por una sentencia y la que se verifica por la prescripcion; ya que aquella se supone y es realmente proferida y ejecutada contra la voluntad del que por ella ha sido condenado, y asi no puede imputársele á este el que lo haya sido; mas la prescripcion al contrario se funda en la incuria y negligencia (que importa un tácito consentimiento) del que ha permitido que se consumase pudiendo impedirlo; y asi no es razon que perjudique, como se ha demostrado antes que no perjudica, al sucesor fideicomisario.

Tampoco se opone á esta doctrina lo que dice Socin. consil. citado, esto es, que entre colaterales puede prescribirse un mayorazgo aun contra lo dispuesto en la fundacion del mismo, ya porque la opinion contraria, segun he dicho mas arriba, parece de derecho la mas verdadera, ya tambien porque Socin. no dice que esta prescripcion perjudique á los sucesores al mayorazgo, en quienes este no se haya purificado todavía, ni que por ella puedan adquirir el mayorazgo los que lo posean con un título derivado del que tenia prohibicion de enagenar, que es de lo que se trata en el caso propuesto, y en el que indudablemente no procederia la prescripcion á favor de los indicados poseedores: á mas de que Socin. se refiere allí á los bienes á que deba sucederse por derecho de primogenitura, y no habla de los que se haya prohibido enagenar, y por tanto esté ordenado tambien el que no puedan prescribirse; como lo prueba lo que dice el mismo allí, ó sea que el derecho de primogenitura puede donarse, venderse y por consiguiente prescribirse; y últimamente es de notar, que funda su indicada opinion en lo espuesto por Bart. á d. §. 11. contra lo cual, segun he dicho, está la comun opinion. Tampoco obsta por lo demas y en conclusion, el argumento que se fundaba en la prescripcion del feudo; pues queda enteramente desvanecido por lo que antes se ha dicho, y es la opinion comun la de que no perjudica aquella á los agnados que hayan de suceder al mismo.

Dejando ahora aparte todo lo que queda dicho, para resolver la cuestion propuesta es de todos modos necesario distinguir de casos. En primer lugar, el sucesor al mayorazgo (de quien se dude si le perjudicará ó nó la prescripcion) podrá suceder que no se haya encontrado legalmente impedido de accionar para interrumpirla, como indudablemente no lo habrá estado siempre que con la prohibicion de enagenar por parte de la ley, hubiere tambien concurrido la del testador, supuesto que en este caso desde el momento en que ha sido enagenada la cosa, y sin que tengan necesidad de aguardar la muerte del poseedor, pueden los subsiguientes sucesores pedir la revocacion de la enagenacion, y vindicar en consecuencia la cosa, en razon de presumirse en tal caso purificado para el efecto de accionar el fideicomiso que antes de la enagenacion era condicional, y pendia de la muer-

del. Otrosi dezimos, que si el fijo varon, que dexasse el vassallo que tuuiesse feudo del Señor, estouiesse año, e dia (72), despues de la muerte de su padre, que non viniesse ante el Señor que diera el feudo a su padre, a fazer pleyto, e omenaje, de guardarle lealtad por aquel feudo, e de facerle seruicio por el, en la manera que su padre era tenudo de lo facer, quando era biuo; que pierde porende el feudo, fueras ende, si fuesse menor de catorze años (73), ca estonce non lo pierde. Esso mismo dezimos que deue fazer el vassallo, o el su fijo, al heredero del Señor (74), despues que fuer muerto su Señor.

te del actual poseedor, segun la l. 77. §. 27. D. *de legat.* 2., y Paulo á la l. 69. §. 3. d. tit. y á d. l. 114. §. 11. D. *de legat.* 1. col. 2.; y entonces no hay duda que correrá contra dicho sucesor la prescripcion de larguísimo tiempo, pero nó la ordinaria; y en este sentido procede lo dicho por Paul. de Castr. á d. l. ult. §. 2. C. *commun. de legat.*, en lo que parece que todos los DD. convienen. En segundo lugar, podrá tratarse de un caso tal, en que el sucesor ó fideicomisario no hubiere podido accionar en vida del actual poseedor, sino que de necesidad haya debido esperar la muerte del mismo; y entonces sin duda alguna no correrá contra él la prescripcion por haber estado impedido de interrumpirla, l. 35. D. *de serv. rust. præd.*, d. l. 1. C. *de annal. except.;* pues que, habiéndose introducido aquella en odio de la negligencia, como se dice en d. l. 1., y no pudiendo atribuirse aquella al impedido de enagenar, es claro que no se podrá prescribir en perjuicio del mismo, en lo que, al parecer, estan tambien acordes los DD. En tercer lugar, podrá darse el caso en que el poseedor que pretenda prescribir, derive su título, nó de aquel á quien estaba prohibido enagenar, sino de otro; y aunque Bald. á la l. 2. C. *de usuc. pro empt.*, pretende que en dicho caso corra la prescripcion contra el inmediato sucesor; sin embargo esta opinion es á mi parecer muy dudosa, ya porque no la apoya en ley alguna, ya tambien porque no habla determinadamente de cosas sujetas á restitucion, sino de aquellas cuya enagenacion está generalmente prohibida, segun se infiere de las mismas razones en que allí se funda, y como recientemente lo ha demostrado Rodr. Suar. en sus alegaciones, *alegat.* 3.; por lo cual me inclino á creer, que no tendria lugar la prescripcion contra los sucesivamente llamados al mayorazgo, aun cuando el prescribiente derivase su título de un tercero y nó de aquel á quien estaba prohibida la enagenacion. En cuarto lugar, aun concediendo que la prescripcion pudiese comenzarse y consumarse en perjuicio del sucesor inmediato, ¿deberíamos decir, que habiendo transcurrido la de larguísimo tiempo perjudicaria esta aun á los llamados sucesivamente ó en grado ulterior, ya fuesen nacidos ó por nacer? Felip. Corn. apoyado en las razones antedichas, y á las cuales se ha contestado ya, resolvió la cuestion en el sentido de que perjudicaria igualmente á todos; sin embargo de que este es caso que ofrece mas dificultad, y que en lo legal por las razones arriba espresadas mas bien creeria deber resolverse en contrario sentido, ó en el de que no perjudicaria dicha prescripcion á los ulteriores llamados; antes podrian reclamar una vez purificado su llamamiento, sobre lo cual preciso es reflexionar detenidamente, pues que por ahora no encuentro razon que decididamente me convenza. En quinto lugar, podria darse el caso de una prescripcion inmemorial, y entonces creo, que perjudicaria á todos los llamados sin distincion por tener aquella fuerza de título y privilegio, l. 3. §. 4. D. *de aq. quot. et æstiv.*, cap. *super quibusdam*, 26. §. *præterea*, *de verb. signif.*, y asi lo sienta Rodrig. Suarez en d. aleg. 3.

(72) Añad. cap. 1. pr. *quæ fuit prima causa benef. amit.*, y lo determinado por nuestra ley aquí tiene lugar tanto si el hijo es varon como si es hembra, segun Bald. al §. *præterea, siquis feudatarius, de prohibition. feud. alien. per Freder.*, y aun cuando el antecesor hubiese prestado por sí y sus sucesores el juramento de fidelidad, segun Juan Andr. al cap. *veritatis*, *de jurejur.*, y la generalidad de los DD. canonistas; sin embargo de sostener lo contrario Bald. á la l. unic. C. *de caduc. tollend.*, versic. *excepto*, no corriendo este año y dia de que habla la ley, sino desde que el hijo se haya inmiscuido en la herencia paterna, cap. 1. *de capit. Corrad.*, y Bald. allí, y en órden á lo que deberá decirse en el caso de que, á pesar de haber transcurrido dicho tiempo el señor admitiere al vasallo, V. la glosa al cap. 1. *quo tempore miles.*

(73) Cap. 1. §. *præterea*, *siquis infeudatus*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*

(74) Añad. cap. 1. *quo tempore miles*, que esceptúa el caso en que una justa causa ó ausencia se lo hayan impedido, advirtiendo, que cuando el feudo fuese paterno, aunque el vasallo lo perdiese por no haber pedido la investidura dentro el año y dia mencionados, no quedarian por esto perjudicados sus hijos ni los demas agnados, segun lo sostiene And. de Iser. á d. cap. 1. y Alvarot. á d. cap. 1. *decima nona conclusione*, *quæ fuit prima causa*

LEY 11. *Quien deuen ser Juezes, entre el Señor, e el Vassallo, quando contienda han entre si por razon del Feudo.*

Contienda acaesciendo entre el Señor, e el vassallo sobre el feudo; diciendo el Señor (75), que auia fecho el vassallo por que lo deue perder, e el otro dixesse, que non era assi, e que le queria complir de derecho; estonce tal pleyto como este, o otro semejante del, non deue ser librado por el Señor: ante dezimos, que si el Señor ouiere otros vassallos (76) que tengan feudo del, deuen el Señor e el vassallo, tomar vno, o dos dellos (77), en que acordassen amos, que lo oyan, e lo libren; e desque ellos assi escogieren, e les dieren poder de lo librar, deue cada vno dellos auer por firme, e estar por lo que ellos juzgaren (78). Mas las otras contiendas, que acaescieren entre los vassallos sobre los feudos que tuuieren de vn Señor, el los deue oyr, e librar (79). E si la contienda fuere entre el vassallo, e otro ome estraño, estonce

benef. amit., y esta es la opinion que debe seguirse, segun Socin. consil. 66. col. 4. vol. 3. en donde puede verse lo que en la segunda duda dice el mismo referente á lo dispuesto aqui por nuestra ley, á pesar de haber sostenido lo contrario, al parecer, Bald. despues de Odofred. al cap. 1. *si vassallus feud. priv.* Y en órden al caso en que el feudatario causante hubiese prestado el juramento de fidelidad por sí y sus sucesores, V. lo dicho en la nota 72. y á Alex. vol. 1. col. ult.

(75) Lo propio deberia decirse si recayese la cuestion sobre la investidura, ó sobre violencia que el vasallo hubiese recibido del señor en cosas pertenecientes al feudo, segun Inoc. al cap. *cæterum*, *de judic.*, Bald. á dicho §. *præterea*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, ó si el vasallo pretendiese ser tal y se lo negase el señor, segun el cap. 1. *de controv. inter vassal. et episc. de benef.*

(76) Llámanse estos Pares de la Córte, segun el cap. 1. *si de invest. inter dom. et vassal. lis oriatur*, y Bald. allí; y para poder ser nombrados tales y conocer de causas feudales, es necesario que hayan prestado el juramento de fidelidad, Bald. á la l. 1. D. *de divis. rer.*, col. 5. refiriendo Socin. consil. 12. vol. 1. que esta costumbre de dirimirse las contiendas feudales por los Pares está vigente en Francia, y Bald. dice que para conocer de ellas hay cuatro especies de Curias ó tribunales. V. al mismo al cap. unic. *an apud judic. vel cur. domin.:* y en la imposibilidad de poder nombrar estos Pares, ó porque el señor no tenga otros vasallos, ó porque hayan de servir estos por precision de testigos, conocerá entonces del pleito el juez ordinario, segun Franc. Aret. al cap. *cæterum*, *de judic.*, col. pen. y Franc. Curc. en su tratado feudal part. 7. hácia el fin. Mas en el dia, atendida la costumbre del reino, tal vez deberán conocer de estas causas las Reales Audiencias, ya porque entienden ellas de todos los negocios, ya tambien porque no está en uso acudir á estos jueces feudales; sobre lo cual V. Bald. á d. cap. *imperialem*, §. *præterea si inter duos*, *de prohib. feud. alien. per Freder.* y el Abad al cap. *novit*, col. 3. *de judic.*

(77) Añad. cap. *imperialem*, §. *præterea si inter duos*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, y glos. notable allí: y sobre si estos Pares deben ser de la misma provincia V. Bald. lugar citado, y al versic. *siqua controversia*, *de pace Constant.*, debiéndose notar, que estos Pares pueden ser jueces, aun en los negocios en que interese algun vasallo clérigo, y aunque aquellos sean de inferior categoría que los litigantes, seg. Bald. al cap. 1. *de contr. feud. apud pares term.*, y al proemio *Decret.* á quien sigue Felin. al cap. *cæterum*, *de judic.*; y en órden á lo que deberia decirse si estos Pares no quisiesen ó no se atreviesen á entender de algun negocio, ó fuesen en otra manera parciales del señor, V. Andr. de Isern. y Bald. á d. §. penult. y á este al cap. 1. *an apud judicem*, *vel cur. domin.* ¿Qué se diria, empero, si no se tratase de una cuestion sobre un feudo ya constituido, sino sobre si debia ó nó constituirse uno nuevo? V. el Abad á d. cap. *cæterum*, y á Bald. al cap. 1. *de controv. feud. apud par. termin.*, y á d. §. *præterea*, donde trata de si podrán conocer de la reconvencion que acaso se hubiere opuesto relativa á cosa que no sea feudal, pudiéndose ver la glos. á d. cap. *cæterum;* y al mismo Bald. al cap. 1. *apud quos controv. feud. deb. decid.*, acerca de si serán competentes para conocer de los juicios posesorios sobre feudos.

(78) V. esplicado por Inoc. y Juan Andr. á d. cap. *cæterum*, ante quien debe interponerse la apelacion en las causas sobre feudos. A pesar de las facultades que da á los Pares nuestra ley aqui, no podrán sin embargo desterrar al señor, segun Bald. *de milite vassal. qui cont. est*, col. 3.

(79) Añad. d. cap. *imperialem*, §. *præterea*, *si inter*, *de prohib. feud. alien. per Freder.*, cap. 1. *de controv. feud. apud par. termin.*, y d. cap. *cæterum*, *de judic.*, y si la cuestion versare entre dos condes, ó barones, el Príncipe conocerá privativamente de ella, cap. 1. *apud quem*, *vel quos controv. feud. deb.*

el Juez ordinario (80), que oye todos los pleytos, lo deue librar, maguer aquello sobre que han la contienda, sea del feudo. Esso mismo seria, si la contienda fuesse entre vassallos de dos Señores. E lo que diximos en este Titulo, de los vassallos que tienen feudo, entiendese tambien de los vassallos de los otros Señores, como de los que lo tienen de los Reyes. E de todas las otras maneras en que son tenudos los vassallos de guardar a sus Señores, e si fazen yerro contra ellos, que pena merescen; mostramoslo assaz complidamente en la segunda Partida deste libro, do fabla de las huestes, e de las guerras.

termin., discurriendo con latitud sobre el particular Franc. Curc. en su trat. feudal, part. ult. pudiéndose ver una glos. notable y Bald. allí *de investit. in mari facta*: y nótese, que si no consta cuál sea el señor, por producir los litigantes investiduras de varios que supongan haberles investido, conocerá entonces de la causa el juez ordinario, segun el §. *si tres, de pace tenend.*, y Bald. allí hácia el fin, y el Abad al cap. *cæterum*, *de judic.*, col. 5.

(80) V. la glos. y DD. á d. cap. *cæterum*. —*A pesar de la suma importancia de la materia que es objeto de este título y de las trascendentales innovaciones que se han hecho en ella por las recientes leyes abolitivas de los feudos y señoríos, hemos dejado de intento sin adicionar las notas puestas al mismo por Gregor. López, y hasta hemos prescindido de continuar en sus lugares oportunos las variantes que en esa parte ha sufrido nuestra legislacion; por lo cual nos creemos en el caso de indicar aunque de paso, las razones que para obrar asi hemos tenido.—Bien hubiéramos querido, al hablar de los feudos y señoríos, discurrir acerca del orígen y naturaleza de esta institucion, y entrar en las graves y difíciles cuestiones que á cada paso se ofrecen en órden á la misma; bien considerábamos de otra parte indispensable el dejar resueltas de antemano aquellas cuestiones para poder aclarar las dudas á que dan lugar las leyes últimamente publicadas y llenar los vacíos que en ellas se han dejado, por no haberse tenido presente en su redaccion la infinita variedad con que se habian ido clasificando los feudos y los derechos inherentes á los mismos: mas para esclarecer todos esos puntos ó solo algunos de ellos, aunque nos hubiéramos limitado á los mas trascendentales; para presentar bajo un punto de vista fácil y sencillo las relaciones en que bajo el régimen feudal se hallaba el dominio particular con la jurisdiccion y las complicadas combinaciones con que se los habia confundido; para completar, aunque imperfectamente, ese trabajo que, en nuestro concépto y á pesar de lo mucho que sobre la materia se ha escrito, está todavía por hacer, hubiera sido necesario, sobre abultar desmesuradamente esta obra ó la parte de ella que ha corrido á nuestro cargo ya por demas estensa y desproporcionada, elevarnos á consideraciones impropias de un simple comentario y sobre todo superiores á nuestras fuerzas: y viéndonos asi reducidos á guardar silencio sobre tan intrincada materia, ó bien limitarnos á reproducir lo que sobre ella han discurrido los demas sin añadir nada nuevo que pudiese facilitar la tan embarazosa aplicacion de las leyes vigentes, hémonos resuelto sin vacilar por el primer estremo: y nos limitamos por consiguiente á citar las leyes de Córtes de 6 de agosto de 1811 y 3 de mayo de 1823 aclaratoria de la primera y restablecidas entrambas por la de 20 de enero de 1837, la de 26 de mayo de 1813 restablecida por la de 27 de enero de 1837, y la del 26 de agosto del mismo año aclaratoria de todas las precedentes. Todas ellas van conformes y consecuentes en cuanto á sentar el principio que les es fundamental de ser las regalías y en especial la jurisdiccion indivisibles, inagenables é imprescriptibles, y á ordenar la reversion ó incorporacion de las mismas al Estado ó á la Corona que es su propio centro y del que no debian ni podian legítimamente haberse jamas separado; y discrepan tan solo en las reglas que prescriben para regularizar aquella reincorporacion y hacerla inmediatamente efectiva, para establecer el estado en que debian quedar las cosas mientras la reforma no llegase á ser completamente realizada, para indemnizar á los poseedores de regalías ó prerogativas inenagenables que las hubiesen adquirido por título oneroso, y sobre todo para discernir los derechos jurisdiccionales de los de propiedad particular á fin de poderse llevar á cabo la reversion ó abolicion de los primeros sin atentar contra los segundos, que la reforma habia debido y querido concienzudamente respetar.

Para lo primero se ordenó en el artículo 4º de dicha ley de 1823 la exhibicion de los títulos primordiales y originarios de todos los señoríos, á fin de proceder en su vista á la calificacion de los mismos y de los derechos que en fuerza de ellos se estuviesen ejerciendo, mediante un juicio breve é instructivo ante los tribunales ordinarios y con citacion de los ayuntamientos y particulares interesados y del ministerio fiscal en representacion del Estado; habiéndose declarado mas adelante y en el art. 8º de la ley de 26 de agosto de 1837

que la referida exhibicion de los títulos primordiales pudiese suplirse por la de copias íntegras y legalizadas de los mismos, siempre que hubiese ocurrido y se acreditase la destruccion de estos por incendio, saqueo ú otro accidente inevitable: y habiéndose señalado por el art. 5º de d. ley el término de dos meses desde su promulgacion, para que dentro de él hubiesen de haberse presentado los títulos por los respectivos poseedores, bajo pena de secuestro de los bienes señoriales y de estar á las resultas de la demanda de incorporacion que en dicho caso se declaró deberia proponer la parte fiscal. Para lo segundo se habia declarado en el art. 1º de la ley de 1811 quedar desde luego y como *ipso jure* incorporados á la nacion todos los señoríos jurisdiccionales de cualquier clase y condicion que fuesen, y deber considerarse en la clase de propiedad particular los territoriales y solariegos, no siendo de los incorporables; lo que se dijo resultaria de los títulos de adquisicion. Pero habiéndose, como se ha dicho, en 1823 impuesto indistintamente á todos los poseedores la obligacion de presentar los títulos para proceder á la calificacion de sus derechos en el juicio breve é instructivo, vino á ser indispensable declarar á favor de quién estarian las presunciones legales mientras pendiese aquel juicio, y si durante el mismo y hasta que estuviese decidida la cuestion de incorporabilidad, deberian continuar los señores en posesion de los derechos que hasta entonces hubiesen ejercido, ú obtener por el contrario los pueblos y particulares la de no reconocerlos ni sujetarse á ellos: y esa necesidad que no habia sido satisfecha ni atendida en la l. de 1811, empezó á serlo en 1823, declarándose en los art. 2º y 5º de la l. de 3 de mayo que hasta los señoríos territoriales y solariegos tenian contra sí la presuncion de incorporabilidad, que indistintamente estaban sus obtentores obligados á la exhibicion de títulos para purgar aquel vicio presunto y originario, y que dejarian de ser considerados como poseedores de sus derechos, hasta tanto que por sentencia ejecutoria proferida en el juicio instructivo se hubiese declarado no ser de los incorporables; todo lo cual quedó sumamente modificado por la l. citada de 26 de Agosto de 1837, en cuyo art. 1º se declaró ser aplicable la obligacion de presentar los títulos y promover el juicio instructivo tan solo respecto de los pueblos y territorios en que los poseedores del señorío ó sus causantes hubiesen tenido el jurisdiccional; y aun á estos se estableció en el art. 6º que les bastase la mera presentacion de dichos títulos para poder continuar en la posesion de todas las prestaciones, rentas y pensiones que constasen en ellos, sin necesidad de esperar á que se profiriese sentencia ni que esta ganase ejecutoria, salva empero la retroactividad de sus efectos en el caso de que, habiendo continuado los señores poseyendo, les hubiese sido aquella contraria; por manera que desde entonces, y sin perjuicio de la inmediata incorporacion de todos los derechos puramente jurisdiccionales ó que indicasen vasallaje ó dependencia personal por parte de los pueblos ó habitantes, quedó establecido el principio de la presunta no incorporabilidad respecto de todos los demas, esceptuando únicamente los que hubiese estado ejerciendo un señor jurisdiccional que no hubiese presentado sus títulos dentro del término señalado. — Para la indemnizacion de los poseedores de derechos incorporables que los hubiesen adquirido por título oneroso ó en recompensa de grandes servicios reconocidos, se dictaron en la l. de 1811 varias reglas de fácil y sencilla aplicacion, en las que nada se ha innovado posteriormente y que pueden verse en los art. 8º y siguientes de la misma: siendo á este propósito de advertir que respectivamente se dejó consignado en la propia ley y se reprodujo en las posteriores otro principio de recíproca compensacion ó indemnizacion á favor del Estado, declarándose incorporables todos los derechos y rentas aun de las no abolidas, y por mas que procediesen de señorío territorial, siempre que resultase no haberse cumplido por los obtentores ó sus causantes las condiciones, mediante las que, segun los títulos de adquisicion, se les hubiesen concedido: art. 5º de la l. de 1811 y 3º y 4º de la de 1813.

Por lo demas, empero, y en lo que mira á la necesidad de distinguir los derechos puramente jurisdiccionales de los de propiedad particular, no menos que de discernir entre estos últimos los que procediesen de contrato ó de otros títulos reconocidos por el derecho comun de los que proviniesen de otro orígen menos respetable por la coaccion que naturalmente ejercerian los señores respecto de sus vasallos, en uso de la autoridad y predominio que tenian sobre ellos, forzoso es confesar que las leyes de Córtes han sido en esta parte sumamente mancas é incompletas, dejando en muchos puntos grandes vacíos y dificultades, que la jurisprudencia deberia haber llenado y no lo ha hecho sin embargo, por no haberse completado en esta materia los estudios histórico-crítico-legales, de cuya falta nos lamentábamos al principio.—La ley que ha declarado incorporada la jurisdiccion al Estado y abolidos todos los derechos ó relaciones de vasallaje, ha previsto tambien y justamente reconocido la posibilidad de que los señores, aun siendo jurisdiccionales, hubiesen adquiri-

do legítimamente sobre su territorio y respecto de los habitantes en el mismo, derechos de los no abolidos ni incorporables; no menos que la posibilidad contraria ó sea de que un señor territorial y solariego hubiese llegado á poseer derechos y preeminencias personales, incompatibles con los principios que la reforma restablecia. Pero ¿cuál es el límite que separa esas dos clases de derechos? ¿cuál es el tipo para reconocer la legitimidad ó ilegitimidad de su adquisicion? ¿cuáles son los que vienen ya calificados y proscritos por la forma con que se los ejercia ó por el nombre con que eran conocidos, y cuáles por el contrario los que, á pesar de sus apariencias de legalidad, llevan un vicio originario que hace indispensable un ulterior exámen para su definitiva calificacion? ¿Por cuáles principios se determinará la legítima ó ilegítima procedencia de los derechos no *jurisdiccionales*, siempre que los haya estado poseyendo uno de los señores que han obtenido *jurisdiccion* y en el territorio en donde la ejercia? Siempre que se nos justifique un contrato celebrado entre un señor jurisdiccional y uno ó muchos habitantes de su señorío, ¿deberémos considerar no abolidos, no siéndolo espresamente por la ley, todos los derechos estipulados en el mismo contrato ó que sean procedentes de él? Y si no es esta la regla, ¿cómo deberémos conducirnos, y á cuáles circunstancias atender para determinar la validez ó la ineficacia del contrato? ¿Serán insubsistentes solo los celebrados entre el señor y su vasallo, despues que este habitase ya en el señorío y estuviese por consiguiente sometido á la jurisdiccion del primero? ¿Lo serán tambien los celebrados entre el señor y un hombre estraño, en virtud de los cuales se hubiese hecho este vasallo de aquel mediante adquirir el dominio de una porcion del territorio jurisdiccional? Cuando se exime al particular que antes fue vasallo, de la sujecion y dependencia personal, de los humillantes servicios que en el régimen feudal eran indispensables condiciones para la adquisicion de la pequeña propiedad, ¿se entiende tambien eximirle de las demas condiciones ó gravámenes reales que reconoce nuestra legislacion actual y que entonces no dejaban de estar en uso? ¿Se ha entendido declarar del todo insubsistente el contrato en cuanto á las obligaciones del adquisidor, sin embargo de reconocerle á este y confirmarle el dominio y posesion de la cosa adquirida? ó, lo que es lo mismo, á los antiguos poseedores del territorio que lo habian enagenado con condiciones entonces legales, ¿se les habrá privado á un tiempo de la propiedad enagenada y de los derechos que en cambio y compensacion de ella hubiesen estipulado? Y á los pequeños propietarios que llegaron á serlo sin haber de pagar el precio de lo que adquirian, ¿se les exime de las obligaciones tal vez espontáneamente contraidas, y se les permite que sigan en la posesion del territorio sin cumplir las condiciones con que consintieron en adquirirlo? Fuera de los privilegios esclusivos y de señorío preeminente, como los de caza, pesca, hornos, molinos, aprovechamientos de agua y demas á que se refiere el art. 7º de la ley de 1811; fuera de las prestaciones conocidas con los nombres de «Terrage, quistia, fogage, »jova, llosol, tragí, acapte, lleuda, peage, »ral de batlle, dinerillo, cena de ausencia y »de presencia, castillería, tiraje y barcaje,» espresamente abolidas por el art. 8º de la ley de 1823; á mas de las que lo fueron por el art. 11 de las de 1837, con los nombres de «pecha, »fonsaderá, martiniega, yantar, yantareja, »pan de perro, moneda forera, maravedises »y plegaria,» ¿cuáles son las *demas de igual naturaleza ó que denotan señorio y vasallaje*, y que en los propios artículos se declaran asi mismo comprendidas en la abolicion? ¿Cuál es la naturaleza de las primeras y qué lo que tenian de comun, supuesto que se las ha clasificado separadamente de las demas? ¿En qué términos podrá haberse verificado el que semejantes prestaciones hayan tenido orígen de contrato y procedan de dominio puramente alodial, ya que en ese caso se previene que sean mantenidos sus perceptores en la posesion de las mismas? ¿Porqué consideraciones habrá de conocerse y decidirse si semejantes prestaciones, aun procediendo de concordia entre los señores y los pueblos, han sido ó nó subrogadas en lugar de otras *feudales* anteriores á ellas? ¿Son esencialmente *feudales* las que han sido espresamente abolidas? Si no lo son ¿porqué se las ha abolido? Si lo son ¿porqué se las ha respetado en el caso de proceder de contrato, y se ha permitido su continuacion bajo igual forma y con el mismo nombre que antes, y nó por via de indemnizacion? Es muy facil cosa proclamar el principio general de la jurisdiccion única é indivisible y ordenar la reincorporacion de la misma al Estado de donde habia egredido y en donde esclusivamente debia residir; muy facil cosa el decir que se respeta la propiedad y no se quiere privar de ella á los que la hubieren adquirido aunque unida con la jurisdiccion. Es una verdad y muy notoria la de que, aun adquirida la jurisdiccion como un derecho particular, no deben ni pueden ser mantenidos en su ejercicio los obtentores de ella, aunque la hubiesen obtenido bajo la garantía de las leyes constituidas, y por mas que aleguen una posesion inmemorial: mas entre la soberanía y el dominio particular, reunidas en los se-

ñoríos, que emanan de unos tiempos en que la propiedad y la jurisdiccion eran sinónimos é inseparables, y en que, aun queriendo, no se hubiera podido adquirir la una sin la otra, ¿quien, ó cómo y dónde ha trazado la línea de separacion? Si en los siglos que precedieron al presente la jurisdiccion era un atributo de la propiedad territorial, y por la costumbre universal, por el derecho público y por el civil habia llegado aquella á ser un objetó de lujo y utilidad particular, que tenia un valor en el comercio; ya que se priva de ella y de todas las preeminencias gerárquicas procedentes de la misma á los que la habian adquirido, ¿porqué privarles y hasta qué punto se les priva de los demas goces y derechos, que á pesar de ser provenientes de la jurisdiccion, se conciben con todo y pueden existir separadamente de aquella? Y la indemnizacion que en ciertos casos se concede á los poseedores de señoríos por la ley de 1811, ya que no se haga estensiva á los derechos jurisdiccionales que igualmente pudieron haberse adquirido por título oneroso y como valores estimables en el comercio, ¿deberá entenderse limitadamente exigible por los abolidos privilegios esclusivos, privativos y prohibitivos, para los cuales la concede el art. 8º de dicha ley? ó ¿se hará tambien estensiva á las demas prestaciones espresamente abolidas por la de 1823, á lo menos á las que sean reales? Para contestar á todas y cada una de las preguntas que anteceden, mucho nos engañamos, ó facilita muy poca ó ninguna luz el literal contexto de las leyes de señoríos: y la dificultad de resolver por ellas las cuestiones indicadas y otras mas ó menos análogas que se han suscitado ó podrian suscitarse, se toca y esperimenta todos los dias por los tribunales encargados de su aplicacion. Por lo que á nosotros toca y en la imposibilidad de fundar nuestra opinion sobre cada una de aquellas cuestiones sin entrar para ello en las árduas y profundas investigaciones que ya tenemos dicho no ser de este lugar, nos hemos limitado á hacer una mera indicacion de ellas.

Por lo demas, hasta en órden al modo de procederse en el conocimiento y decision de los negocios de señoríos pueden ocurrir y ocurren no pocas dudas, á pesar de haber sido en esta parte un poco mas esplícitas y previsoras las leyes publicadas por la reforma. Si el juicio de incorporacion ha de ser un *juicio breve y meramente instructivo*, segun la literal espresion de la ley de 1823, ¿cómo habrá debido regularse la sustanciacion del mismo, y hasta qué punto habrán debido observarse en él ó podido omitirse los trámites que en un juicio ordinario se consideran sustanciales? Si en él se debian admitir las pruebas que las partes ministraran sobre la incorporabilidad ó cumplimiento de las condiciones de la concesion originaria, ¿qué especie de pruebas debian considerarse admisibles, y cuáles y cuántas dilaciones podian concederse para ministrarlas? Supuesto que en dicho juicio no podia tratarse mas que de los dos limitados puntos de la incorporabilidad ó cumplimiento de las condiciones, ¿estaban los jueces inhibidos de conocer en méritos del mismo de los incidentes que entre los señores y los particulares se promoviesen acerca la posesion de los derechos no espresamente abolidos, que la ley asegura á los primeros por el mero hecho de haber cumplido con la presentacion de los títulos? ¿Han debido los poseedores de señoríos como condicion de su personalidad acreditar su sucesion á los que pretendian ser causantes suyos y á quienes se refiriesen los títulos primordiales producidos? O ¿les bastaba la calidad de poseedores del territorio ó señorío cuya originaria concesion habia de calificarse, sin necesidad de justificar el derecho ó la circunstancia de haber entrado á poseerlo legítimamente? Y ¿cómo debian determinarse los pueblos ó ayuntamientos á quienes se hubiese de citar al promoverse un juicio instructivo como interesados en el mismo? ó ¿qué es lo que habrá debido practicarse cuando alguno de los pueblos ó vecindarios cuya citacion hubiese pedido el Señor, negara el estar ó haber estado comprendido en el señorío, ó se dudase en vista de los títulos presentados, si por ellos debia ó nó habérsele comprendido en él? ¿Podian admitirse pruebas y darse lugar á discusion sobre este punto? ¿Debia atenderse tal vez única y esclusivamente al hecho de la posesion, considerándose para el efecto de procederse á la calificacion como comprendidos en el señorío á todos los pueblos que al tiempo de promoverse el juicio hubiesen sido tenidos por tales, y sin perjuicio de que utilizaran despues su derecho por la via ordinaria si creyesen tenerlo para pretenderse exentos del señorío? Cuestiones son esas no resueltas por las leyes de Córtes, que todas habrán podido ocurrir y que de algunas sabemos haber efectivamente ocurrido, sin que los tribunales hayan tenido otra norma para decidirlas, que la de hacer aplicacion de los principios generales á los diferentes casos que se les han presentado, atendiendo para ello al espíritu y objeto de aquellas leyes especiales y al carácter tambien especial del procedimiento que en las mismas se habia ordenado. Hasta qué punto se haya adoptado en esta materia una práctica tan constante y uniforme como era de desear, nos abstendrémos nosotros de decirlo, porque tampoco tuviéramos los datos suficientes para ello. Pero es digno de obser-

varse sí, que algunas de las cuestiones propuestas, aunque en la apariencia transitorias por cuanto se referian á los juicios instructivos que, habiendo debido promoverse todos en 1837, naturalmente habrán quedado antes de ahora terminados en su mayor parte, tienen sin embargo ó pueden tener no escasa trascendencia respecto de otras cuestiones que podrán suscitarse en lo sucesivo y que acaso se hayan suscitado ya, en órden á los efectos legales que haya de producir la declaracion proferida en cada juicio instructivo sobre ser ó nó de los incorporables el señorío cuyos títulos se hayan presentado en él. Las sentencias ejecutorias dictadas en los espresados juicios ¿lo son y forman estado como si lo fuesen en méritos de propiedad? O ¿lo forman únicamente en cuanto á la posesion? ¿Tendrán los representantes fiscales, los pueblos y respectivamente los señores la facultad de impugnar lo declarado en ellas, sin perjuicio de su ejecucion y cumplimiento, ofreciendo nuevas pruebas por la via ordinaria, aun sobre la misma cuestion de incorporabilidad? Parécenos que, estando como está declarado en la l. de 1837 que los obtentores de señoríos adquieren la verdadera posesion por el mero hecho de haber cumplido con la presentacion de los títulos, y que lo adquieren asi para el efecto de no poder ser perturbados en el disfrute de los derechos no espresamente abolidos, como para el de tener á su favor todas las presunciones legales, la circunstancia de proferirse un fallo favorable á los mismos y de ganar aquel ejecutoria, necesariamente ha de mejorar en algo su posicion; y como no la mejoraria absolutamente en nada si no les diera mas que el derecho posesorio que ya tenian mientras se sustanciaba el juicio, infiérese de aqui que la calificacion del señorío ó la declaracion de ser el mismo incorporable ó nó á la nacion deberá tenerse por definitiva y como hecha en méritos de propiedad: bien entendido, empero, que esa fuerza trascendental de la sentencia proferida en el juicio instructivo afectará tan solo aquellos puntos ó cuestiones de que esclusivamente ha debido y podido tratarse en el mismo, cuales son las de incorporabilidad y cumplimiento de las condiciones: y por consiguiente quedarán por resolver y podrán sujetarse siempre á las resultas de un ulterior juicio, todas las demas cuestiones sobre aquellos derechos que se han admitido como presuntos durante el juicio, y que no se han entendido ni podido entenderse declarados por la sentencia proferida en él. Tales son 1º la personalidad del poseedor que como tal hubiere presentado los títulos, la que podrá, á pesar de la sentencia, ser impugnada por los pueblos ó particulares interesados, ofreciendo justificar que aquel no obtiene legítimamente el señorío, ó que no es legítimo y verdadero sucesor de los que ha supuesto ser causantes suyos y á quienes se refiriesen los títulos presentados: 2º el derecho pasivo de los mismos obtentores contra cada uno de los pueblos y particulares que se hayan supuesto comprendidos en los señoríos y á quienes en dicha calidad se hubiere emplazado; los que sin embargo de ello podrán entablar ulterior demanda para conseguir que se declare no estar sujetos al señorío calificado: 3º la no incorporabilidad de algunos derechos, rentas ó prestaciones determinadas que pretendan tal vez los poseedores no ser de las espresamente abolidas ni procedentes del feudo ó señorío, á pesar de haberse declarado jurisdiccional é incorporable en general el que ha sido objeto del juicio: 4º la incorporabilidad ó abolicion de ciertos derechos ó prestaciones de que pretendan por el contrario eximirse los pueblos ó particulares, á pesar de no ser de los espresamente abolidos y de haberse declarado el señorío territorial y nó incorporable; debiéndose advertir que sobre esas cuestiones de incorporabilidad ó no incorporabilidad de derechos especiales y determinados queda siempre salvo á los señores y á los pueblos ó particulares el derecho de intentar demanda para que se las decida definitivamente y en méritos de propiedad, no solo cuando no se haya tratado especialmente de ellas en el juicio instructivo, sí que tambien cuando se las hubiere ya sustanciado y definido en los juicios breves y sumarios que á parte de aquel y simultáneamente habrán podido celebrarse á tenor del art. 3º de la ley de 1837, en el cual está declarado que decidan tan solo sobre la posesion los fallos ó resoluciones que recaigan en los mismos. Y finalmente creemos digno de observar tambien que el derecho de los terceros que traten ó puedan tratar en lo sucesivo de revindicar la propiedad de un señorío calificado del poseedor que hubiere presentado los títulos y gestionado como tal en el juicio instructivo, deberá siempre quedar y quedará salvo segun se infiere de lo que llevamos dicho para el efecto de que puedan intentarse en cualquier tiempo las espresadas vindicaciones; pero todo sin perjuicio de lo que se hubiere fallado en órden á la calificacion ó incorporabilidad, que ya no podrán impugnar los sucesivos poseedores, aunque llegaren á serlo por revindicacion.

TITULO XXVII.

DEL DEBDO QUE HAN LOS OMES ENTRE SI, POR RAZON DE AMISTAD.

Amistad es cosa que ayunta mucho la voluntad a los omes, para amarse mucho. Ca segund dixeron los Sabios antiguos, (a) el verdadero amor passa todos los debdos (1). E pues que en el Titulo ante deste fablamos del debdo que es entre los vassallos, e los Señores, por naturaleza, e por bien fecho, por seruicio, ó por conoscencia; queremos aqui dezir de los otros debdos, que han los omes entre si, solamente por amistad. E mostraremos, que cosa es tal amistad como esta, e a que tien pro. E quantas maneras son della. E como deue ser guardada, despues que fuere puesta. E por quales razones se puede partir.

LEY 1. *Que cosa es Amistad.*

Amicitia en latin tanto quier dezir en romance, como amistad: e amistad, segund dize Aristoteles (2), es vna virtud, que es buena en si, e prouechosa a la vida de los omes (3): e ha logar propriamente (4), quando aquel que ama, es amado del otro a quien ama, ca de otra guisa non seria verdadera amistad: e porende dixo, que departimiento (5) muy grande ha entre amistad, e amor, e bien querencia, e concordia. E puede ome auer amor a la cosa, e non aura amistad a ella; assi como auiene a los enamorados (6), que aman a las vegadas a las mugeres, que les quieren mal. E porende dixieron los Sabios, que amor vence todas las cosas: ca non tan solamente faze amar al ome a las quel aman, mas avn a las que le desaman. E otrosi han amor los omes a las piedras preciosas, e a las otras cosas, que non han almas, nin entendimiento para amar a aquellos que las aman. E assi se prueua, que non es vna cosa amistad, e amor: porque amor puede venir de vna parte tan solamente, mas la amistad conuiene en todas guisas que venga de amos a dos. E bien querencia (7), es propriamente buena voluntad, que nasce en el coraçon del ome, luego que oye dezir alguna bondad de ome, o de otra cosa que non vee, o con quien el non ha otro afazimiento; queriendol bien señaladamente, por aquella bondad que oye del (8), no lo sabiendo aquel

(a) et es verdad, amor pasa todos los debdos. Acad.

(1) *Vir amabilis ad societatem, magis amicus erit, quam frater.* Proverb. cap. 18. vers. 24. Valerio Máximo dice, que el lazo ó vínculo de la amistad es muy fuerte y en nada inferior al del parentesco; antes bien en cierto modo le aventaja, en cuanto las relaciones de familia son impuestas, por decirlo asi, por la casualidad del nacimiento, ó por los fatales decretos de la naturaleza; mas las de amistad las contrae cada uno deliberadamente y por su espontánea eleccion: y asi es, que se equiparan los amigos á los parientes en la l. 10. C. *de legat.*, y hace mencion de esto Bald. á la l. 3. D. *de just. et jure*, col. 2. donde refiere la espresion de Aristóteles, de que los verdaderos amigos tienen una sola alma en muchos cuerpos. Y sobre si en el nombre de *suyos* vendrá comprendido tambien un amigo predilecto, V. Bald. á la l. 1. C. *de his qui accus. non pos.*, col. 11., y Séneca epist. 103. reprendió á uno que lloraba á su hijo con estas palabras: *¿ Quid faceres si amicum perderes, ex quo periculum incertæ spei sic plangis ?* como si dijera que un amigo, si es verdadero, debe anteponerse á un hijo.

(2) Aristót. 6. *Ethic.*

(3) Esprésase la ley asi, porque si desapareciese la caridad, desaparecerian todos los placeres de la vida humana, segun Cicer. lib. *de amic.* hácia el fin.

(4) Pues la amistad no es otra cosa que una conformidad de ánimos, segun Tulio *Rethor.*, cap. 2. y no puede existir, cuando no hay un amor recíproco, segun Arist. 8. *Ethicor.*

(5) Nótese aqui la diferencia entre la amistad, el amor, la benevolencia y la concordia.

(6) Pues nada hay mas vehemente que los ímpetus del amor; y propio es del verdadero filósofo el saber contenerlos, refrenando hasta la concupiscencia natural en el hombre, cuanto y mas los incentivos desordenados de la misma, Nov. 74. cap. 4. y la glos. allí, donde compara con el ebrio al enamorado, y añad. Bald. á la l. 8. C. *de impub. et aliis subst.* col. 7.

(7) V. S. Ambr. lib. 1. *offic.* cap. 32. donde hace grande alabanza de la benevolencia.

(8) Podemos amar á aquellos cuyo buen nombre ha llegado hasta nosotros, aunque jamas los hayamos visto; mas nó á los que nos sean enteramente desconocidos: 29. cuest. 1. cap. 1. diciendo la glos. allí, que entre desconocidos puede efectivamente haber afecto; mas nó amistad, como lo declara nuestra ley aqui siguiendo á Arist. lug. cit. y á Cicer. *de amicit.*

a quien quiere bien. E concordia (9) es vna virtud (10), que es semejante a la amistad. E desta se trabajaron los Sabios, e los grandes Señores, que fizieron los libros de las leyes, porque los omes biuiessen acordadamente. E concordia puede ser entre muchos omes, maguer non ayan entre si amistad ninguna, nin amor; mas los que han amistad en vno, por fuerça conuiene que ayan entre si concordia. E porende dixo Aristoteles, que si los omes ouiessen entre si verdadera amistad, non aurian menester Justicia, nin Alcaldes que lo judgassen: porque aquella amistad les farie cumplir, e guardar aquello mismo, que quiere, e manda la Justicia.

LEY 2. *A que tiene pro la Amistad.*

Prouecho grande (11), e bien, viene a los omes de la amistad; de guisa que, segund dixo Aristoteles, ningun ome que aya bondad en si, non quiere biuir en este mundo sin amigos (12); maguer fuesse abondado de todos los bienes que en el son. E quanto los omes son mas honrrados, e mas poderosos, e mas ricos, tanto han menester mas los amigos. E esto por dos razones. La primera, porque ellos non podrian auer prouecho de las riquezas, si non vsassen dellas, e tal vso deue ser en fazer bien, e el bien fecho deue ser dado a los amigos, e porende los que amigos non han, non pueden vsar bien de las riquezas que ouieren, maguer sean abondados dellas. La segunda razon es, porque por los amigos se guardan, e se acrescientan las riquezas, e las honrras que los omes han: ca de otra guisa sin amigos non podrian durar, porque quanto mas honrrado, e mas poderoso es el ome, peor golpe (13) rescibe, si fallesce ayuda de los amigos. E avn dixo el mismo, que aun los otros omes que non son ricos, nin poderosos, han menester en todas guisas ayuda de amigos, que los acorran en su pobreza, (b) e los esfuercen en los peligros que les acaescieren. E sobre todo dixo, que en qualquier edad que sea el ome, ha menester ayuda: ca si fuer niño, ha menester amigos que lo crien, e lo guarden que non faga, nin aprenda cosa que le este mal; e si fuer mancebo, mejor entendera, e fara todas las cosas, que ouiere de fazer, con ayuda de sus amigos, que solo; e si fuer viejo, ayudarse ha de sus amigos, en las cosas de que fuere menguado, o que non puede fazer por si, por los embargos que vienen a la vejez.

LEY 3. *Como se deue ome aprouechar del consejo del amigo: e qual ome deue ser escogido para esto.*

Folgança, e seguramiento muy grande han los omes, quando se consejan con los amigos. E porende dixo vn Sabio, que ouo nombre Tulio, que ninguna cosa era tan dulce, como auer ome amigo (14), a quien podiesse dezir su voluntad, assi como a si mismo. E dixo en otro logar: Delibra con tu amigo en todas las

(b) e los esfuerzan de los peligros. Acad.

(9) *Pax hominum est ordinata concordia*, S. Agust. 19. *de civit. Dei.* y Sto. Tomás 2. 2. cuest. 29. art. 1. diciendo el Filósofo 9. *Ethic.* que lo que produce la amistad no es la mera y abstracta conformidad en las opiniones, sino en el modo de obrar y de comunicarse lo que puede ser útil á la vida, sobre todo en las mas graves situaciones de ella, pues no es propiamente disentir el hacerlo en cosas pequeñas, y á este tenor dice Sto. Tomás 2. 2. cuest. 29. art. 3. que puede uno muy bien tener amistad con otro, aunque disientan los dos en opiniones.

(10) No siempre empero será la concordia una virtud digna de alabanza; pues de ser asi, lo fuera tambien la que tan estrechamente tienen entre sí los ladrones, segun dijo S. Crisost. sobre S. Mat, *homil.* 36. col. 1. Lo será pues únicamente la que se dirija al bien; y la l. 223. §. 1. D. *de verb. signif.* con la glosa allí dice, que no podrá darse el nombre de amistad á la que tienen entre sí los ladrones y defraudadores, por no estar dirigida á un objeto justo. Añad. l. 3. de este mismo tit.

(11) *Amicus fidelis*, *protectio fortis: qui autem invenit illum*, *invenit thesaurum.* Eclesiástic. cap. 6. vers. 14.

(12) Cuéntase de Scipion el menor, que siguiendo los preceptos de Polibio, procuraba no volver jamas del foro á su casa, sin que de un modo ú otro hubiese convertido en amigo ó familiar á alguno de los que encontraba al paso, conceptuando que nada mas precioso puede poseer el hombre que un amigo, pues nadie puede vivir sin ellos, segun el Filos. *Ethicor.* 9.

(13) *Gratia et amicitia liberant; quas tibi serva*, *ne exprobrabilis fias.* Proverb. 25. capítulo 10.

(14) V. S. Bernard. *de ordin. vitæ*, col. 5. donde dice: *Magnum hujus vitæ solatium est, ut habeas cui pectus tuum aperias: cum quo arcana participes, cui committas secreta cordis tui, ut ames, et sequaris eum, qui tibi paterna pietate in tristibus compatiatur, in persecutionibus adhortetur, et in prosperis gra-*

cosas que ouieres menester; pero primeramente sabe quien es el: porque muchos son, que parescen amigos de fuera (15), o son falagueros de palabra, que han la voluntad contraria de lo que muestran. E como quier que estos falaguen al ome; pero mas quieren ser amados que amar, e siempren son dañosos a los que los aman. E sobre esta razon dixo otro Sabio (16), que ninguna pestilencia non puede empescer al ome en este mundo tan fuertemente, como el falso amigo, con que ome biue, e departe sus poridades continuamente, non lo conosciendo, e fiandose del. E porende dixo Aristoteles, que ha menester, que ante que ome tome amistad con otro, que puñe primeramente (17) de conoscerlo, si es bueno. E esta conoscencia non puede ome auer, si non por vso de luengo tiempo (18): porque los buenos son pocos, e los malos son muchos (19). E la amistad non puede durar, si non entre aquellos que han bondad en si (20). Onde los que amigos se fazen, ante que bien se conozcan, ligeramente se departe despues la amistad de entrellos.

LEY 4. *Quantas maneras son de Amistad.*

Aristoteles (21), que fizo departimiento naturalmente en todas las cosas deste mundo, dixo que eran tres maneras de amistad. La primera es, de natura. La segunda es, la que ome ha a su amigo, por vso de luengo tiempo, por bondad que haya en el. La tercera es, la que ome ha con otro, por algund pro, o por algund plazer que ha del, o espera auer. E amistad de natura es, la que ha el padre (22), o la madre con sus fijos, e el marido a su muger (23); e esta non tan solamente la han los omes; que han razon en si; mas avn todas las otras animalias, que han poder de

tuletur: fœlix talis societas, talisque amicitia, qua nihil est in rebus humanis pulchrius: y añad. S. Ambros. 3. lib. *offic.* cap. ult. diciendo por esto el Sabio *Proverb.* 27. v. 9. que el alma se endulza con los consejos de un amigo: y en el cap. 25. v. 9. del mismo lugar dice: *Causam tuam tracta cum amico tuo, et secretum extraneo ne reveles.*

(15) Pues de este se puede decir con la Escritura: *est amicus, solo nomine amicus*, Eclesiástic. cap. 37. v. 1. y *Beatus qui invenit verum amicum:* Eclesiástic. cap. 25. vers. 12. siendo digno de lástima que en los presentes tiempos no se encuentre uno, ya que en los verdaderos amigos debe haber una sola voluntad en el querer y en el desechar, segun Cicer. *de amicitia*, y lo nota el Abad á la ley 223. §. 1. D. *de verb. signif.* cap. 2. *de postul.* col. 2. y la l. 6 de este tit.

(16) V. lo que se lee en *Micheas* cap. ult. vers. 5 y 6. *Nolite credere amico: et nolite confidere in duce: ab ea, quæ dormit in sinu tuo, custodi claustra oris tui. Quia filius contumeliam facit patri, et filia consurget adversus matrem suam, nurus adversus socrum suam: et inimici hominis domestici ejus.*

(17) Arístipo reprobada la conducta de aquellos que examinan muy escrupulosamente una vajilla antes de comprarla, y no cuidan de conocer el carácter y costumbres de aquellos á quienes toman por amigos.

(18) Añad. d. l. 223. §. 1. D. *de verb. signif.* con lo que dice el Sabio *Proverb.* cap. 27. v. 10. *Amicum tuum, et amicum patris tui ne dimisseris.* y el Eclesiástico cap. 9. vers. 14 y 15. *Ne derelinquas amicum antiquum: novus enim non erit similis illi. Vinum novum, amicus novus: veterascet, et cum suavitate bibes illud.*

(19) Porque *stultorum infinitus est numerus.* Ecclesiastes cap. 1. v. 15.

(20) Debemos apreciar á los hombres de bien, porque Dios los aprecia, y porque los buenos siempre alcanzan victoria: debiéndose expeler absolutamente de los honores á los malos, porque no teniendo conciencia son esclavos del diablo: Bald. á la l. 2. D. *de senator.*

(21) Nuestro derecho civil sigue en esto lo dicho por Aristóteles, como á manantial de sabiduría; Bald. á la l. ult. C. *de fideicom. libert.* y al mismo Arissóteles 8. *Ethicor.*

(22) No hay amor que esceda al amor del padre, l. ult. C. *de curat. furios.*, y mejor amigo que este no le puede encontrar el hijo, Bald. á la l. 9. C. *de impuber. et aliis subst.* col. 3. V. al mismo á la l. 3. C. *de patria potest.*, no siendo verosímil que se despoje el padre de esta inclinacion natural, como no le induzcan á ello las malas costumbres del hijo. V. Bald. Nov. tratad. *de dote*, fol. 36.

(23) Natural es la amistad entre el marido y la muger, como lo dice nuestra ley aquí: y S. Ambrosio *de Paradiso*, cap. 3. dice, que no en vano fue hecha la muger de una costilla del mismo Adan, y nó de la misma tierra de que fue formado este; para dársenos á entender, que el cuerpo del marido y de la muger constituyen una sola naturaleza, y que es uno solo el orígen del género humano: y S. Pablo *ad Ephes.* cap. 5. v. 25 y 33., *Viri, diligite uxores vestras, sicut et Christus Ecclesiam dilexit: unusquisque uxorem suam sicut seipsum diligat:* dando la l. 144. D. *de verb. signif.*, el nombre de amiga aun á la concubina.

engendrar: porque cada vno dellos ha naturalmente amistad con su compañero, e con los fijos que nascen dellos: e amistad han otrosi segund natura, los que son naturales de vna tierra (24), de manera, que quando se fallan en otro lugar estraño, han amistad vnos con otros, e ayuntanse en las cosas que les son menester; bien assi como si fuessen amigos de luengo tiempo. La segunda manera de amistad es mas noble que la primera, porque puede ser entre todos los omes, que hayan bondad en si: e porende es mejor que la otra, porque esta nasce de bondad (25) tan solamente, e la otra de debdo de natura: e ha en si todos los bienes de que fablamos en las leyes deste Titulo. La tercera manera de amistad, de que de suso fablamos, non es verdadera amistad: porque aquel que ama al otro por su pro (26), e por placer que espera del auer, luego que lo aya, o le desfallesca la pro, o el plazer que espera auer del amigo, desatase porende la amistad que era entre ellos, porque no auia rayz de bondad. E avn y ha otra manera de amistad, segund la costumbre de España, que pusieron antiguamente los Fijos dalgo entre si, que non se deuen desonrrar, nin fazer mal vnos a otros, amenos de tornarse la amistad, e se desafiar primeramente. E de esto fablamos en el Titulo del Desafiamiento, en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 5. *Como deue ser guardada la Amistad entre los amigos.*

Tres guardas deuen auer, e poner los amigos en si, porque la amistad dure entre ellos, e non se pueda mudar. La primera es que siempre deuen ser leales el vno al otro en sus corazones: e sobre esto dixo Tulio, que el firmamiento, e el cimiento de la amistad, es la buena fe (27), que ome ha a su amigo: e ningund amor non puede ser firme, en que fe non ha; porque cosa loca seria, e sin razon, demandar lealtad el vn amigo al otro, si el non la ouiesse en si. E sobre esto dixo Aristoteles, que firme deue ser la voluntad del amigo, e non se deue mouer, a creer ninguna cosa mala que digan de su amigo, que ha prouado de luengo tiempo, por leal, e por bueno. E porende vn Philosofo, a quien dezian que vn su amigo dixera mal del, respondio, e dixo: que si verdad era que su amigo dixera mal, (c) que tiene, que se mouiera a dezirlo por algund bien, o non por su mal. La segunda guarda que deuen los amigos fazer en las palabras, es guardarse de no dezir cosa de su amigo, de que pudiesse ser enfamado, dol puede venir mal porende: porque dixo Salomon en el Ecclesiastico (28): Quien deshonrra a su amigo de palabra, desata la amistad que auia con el. Otrosi non deue retraer, (d) nin profaçar el vno al otro, los seruicios, nin las ayudas que se fizieron. E porende dixo Tulio, que omes de mala voluntad son aquellos, que retraen, como en manera de afrenta, los bienes, o los plazeres que fizieron a sus amigos. Ca esto non conuiene a ellos, mas a los que los rescibieron (29). Otrosi se deuen guardar que non descubran las poridades que se dixeron el uno al otro. E sobre esto dixo Salomon: que quien descubre (30) la poridad de su amigo, desata la fe que auia con el. La tercera guarda

(c) que tenie que se moviera. Acad.
(d) nin porfazar Acad. nin zaferir. Tol. 1.

(24) Nótese esta clase de amistad natural, la que no será sin embargo una causa suficiente para recusar al juez que la tuviere con un litigante, segun la glos. al cap. 4. *ut lite non contest.* y los DD. allí.

(25) Hace al caso lo anotado por Bart. á la l. 1. C. *de dignit.* col. 6.

(26) No es buena amistad la que se funda en el interés, y por esto la reprueba Arist. 8. *Ethicor.* y la Sagrada Escritura con estas palabras: *Multi colunt personam potentis, et amici sunt dona tribuentis*, Proverb. cap. 19. v. 6. *Est autem amicus socius mensæ et non permanebit in die necessitatis.* Eclesiástic. cap. 6. v. 10., estilándose en el dia generalmente la amistad interesada que se condena en dd. text., prostituyéndose el nombre antiguamente venerable de la amistad, y esponiéndose á esta como á una ramera en la plaza pública.

(27) Porque, segun Cicer., poco aprovecharia la amistad, si no fuese firme y constante la cordial adhesion de los ánimos; y por tanto no debe el uno ser fácil en creer la mala correspondencia del otro, ya que con sospechar de su lealtad deja de tenerle por amigo; por lo que el que tiene uno que le sea fiel, debe procurar no perder su confianza y estimarle como á su hacienda; Glos. y Juan de Plat. á la l. 2. C. *de comit. rei milit.*

(28) *Equus emissarius, sic et amicus subsannator, sub omni suprasedente hinnit*, Eclesiástic. cap. 33. v. 6. *Ne moliaris amico tuo malum, cum ille in te habeat fiduciam. Proverb.* cap. 3. v. 29.

(29) Los beneficios recibidos obligan, para merecerlos, á tributar obsequio y gratitud al bienhechor; l. 1. C. *de revoc. donat.* y Bald. allí.

(30) *Qui denudat arcana amici, fidem perdit, et non inveniet amicum ad animum*

es, que ome deue bien obrar (31) por su amigo, assi como lo faria per si mesmo. Assi como dixo Sant Agustin : En la amistad non ha vn grado mas alto que otro, ca siempre deue ser egual entre los amigos. E otrosi dixo Tulio, que quando al amigo biene alguna buena andança, o grande honrra, que de los bienes que se siguen della, deue fazer parte (32) a sus amigos.

LEY 6. *Como deue el ome amar a su amigo.*

Verdaderamente e sin engaño ninguno deue el ome amar a su amigo; pero en la quantidad de amar, fue departimiento entre los Sabios: ca los vnos dixeron, que ome deue amar a su amigo, tanto quanto el otro ama a el. E sobre esto dixo Tulio, que esto non era amistad con bien querencia; mas era como manera de mercaderia. E otros y ouo, que dixeron, que deue ome amar a su amigo, quanto el se ama : e estos otrosi non dixeron bien, por que puede ser, que el amigo (e) non se sabe amar, o non quiere, o non puede ; e porende no seria cumplida amistad, la que desta guisa ouiesse ome con su amigo. E otros Sabios dixeron, que deue ome amar a su amigo, tanto como a si mismo : e como quier que estos dixeron bien; pero dixo Tulio, que mejor lo pudieran dezir: ca muchas vezes ha de fazer ome por su amigo cosas, que non las faria por si mismo. E porende dixo, que ome ha de amar a su amigo, tanto quanto deuria amar a si mismo (33). E porque en este tiempo se fallan pocos los que assi quieren amar, porende son pocos los amigos (34) que ayan en si complida amistad. Pero como quier que el ome se deue atreuer en la amistad de su amigo, con todo esso non le deue rogar que yerre, o que faga cosa quel este mal (35); e maguer le fiziesse tal ruego afincadamente, non gelo deue el otro caber; porque si cayesse en pena, o en mala fama porende, nol cabria la escusacion (36), maguer diga que lo fizo por su amigo. Pero con todo esso bien deue ome poner su persona (37), e su auer, a peligro de muerte, o perdimiento, por ampara nça de su amigo, e de lo suyo, quando menester le fuere. E con aquesto acuerda, lo que se falla en escrito en las hystorias (38) antiguas de dos amigos, que ouo el vno nome Orestes, e el otro Pilades, e los tenia presos vn Rey, por maleficios de que eran acusados: e seyendo este Orestes judgado a muerte, e el otro dado por quito, ouieron de embiar por Orestes para fazer justicia del, e llamaronlo, que saliesse fuera del logar do lo tenian preso: e respondio Pilades, sabiendo que querian matar al otro, que el era Orestes; e respondio Orestes que non era verdad, quel mismo era. E quando el Rey oyo la lealtad destos dos ami-

(e) non sabe Acad.

suum, Eclesiástic. cap. 27. v. 17. *Qui ambulat fraudulenter, revelat arcana: qui autem fidelis est animi, celat amici commissum. Proverb.* cap. 11. v. 13.

(31) Añad. S. Ambros. *offic.* lib. 3. cap. ult. donde dice: *Si necesse est, toleremus propter amicum etiam aspera:* y el Eclesiástico cap. 22. v. 28. *fidem posside cum amico in paupertate illius:* no debiendo haber nada que no sea comun entre los amigos; cap. *dilectissimis*, 12. cuest. 1. No se debe empero servir á un amigo en perjuicio del otro, el Abad al cap. *cum causam, de præbend.*

(32) Dicho cap. *dilectissimis*, 12. cuest. 1.

(33) Pues por la amistad hay una sola alma en dos cuerpos; sin que por esto empero deba uno descuidarse á sí mismo por la amistad que profese á otro; Bald. *de prohib. feud. alien. per Freder.* princ. col. 3.

(34) Añad. lo dicho á la l. 3. de este tit.

(35) Es ley de la amistad, segun Tulio, no pedir á los amigos sino cosas lícitas y honestas; y no obrar mal á sus ruegos; pues no es verdadera la que no se dirige al bien.

(36) No escusa del delito el haberle cometido por instigacion de un amigo, segun nuestra ley aquí y Tulio *de offic.* lib. 3., y S. Ambrosio *offic.* lib. 3. dice: *amicus neque noxio gratificari debet, neque innocenti insidiari.*

(37) *Si necesse est, toleremus propter amicum etiam aspera: plærumque inimicitiæ subeundæ sunt propter amici innocentiam: sæpe obtrectationes patieris si restiteris, vel responderis, cum amicus arguitur, et accusatur; neque te pæniteant hujusmodi offensiones: Justi enim vox est, et si mala mihi evenerint propter amicum sustineo*, S. Ambros. *offic.* lib. 3. cap. ult. *Amicum salutare non confundar, à facie illus non me abscondam: et si mala mihi evenerint per illum, sustinebo.* Eclesiástic. cap. 22. v. 31. Y nótese que la palabra *deue* con que se espresa nuestra ley aqui, ha de entenderse en el sentido de que es un deber de honestidad y amistad; pero nó una obligacion en el fuero civil y externo, segun la l. 50. D. *de reg. jur.* y lo anotado allí, y v. la glos. al cap. *quantæ, de sentent. excom.* y cap. *non inferenda*, 23. cuest. 3.

(38) Refiérenlo Valer. Max. tit. 7. lib. 4. Cicer. *in Tusculan.* y Lactancio Firmian. *Divinarum institut.* lib. 5.

gos, de como se ofrecia cada vno a muerte por estorcer al otro; quitolos a amos a dos, e rogoles, que lo rescibiessen por tercero amigo entre ellos.

LEY 7. *Por quales razones se desata la Amistad.*

Natural amistad, de que fezimos emiente en las leyes deste Titulo, se desata por alguna de aquellas razones, que diximos (39) en la sesta Partida deste libro, por que puede ome deseredar a los que descienden del. La otra que han por naturaleza los que son de vna tierra, desatase, quando alguno dellos es manifiestamente enemigo (40) della, o del Señor que la ha de gouernar, e de mantener en Justicia. Ca pues es enemigo de la tierra, non ha por que ser ninguno su amigo, por razon de la naturaleza que auia con el. La tercera manera de amistad, que ha ome con su amigo por bondad del, desfallesce, quando el amigo, que era bueno, se faze malo, de manera que non se puede castigar; o yerra tan grauemente contra su amigo, de guisa que (*f*) non puede emendar el yerro que le fizo. Mas por enfermedad, nin por pobreza, nin por mal andança que acaezca al amigo, non se deue desatar el amistad que era entre ellos; ante se firma, e se prueua (41) en aquella sazon, mas que en otro tiempo, la que es verdadera e buena. La otra manera, que semeja amistad, e non lo es; assi como el que ama a otro por su pro, o por plazer que ha del, o espera auer; se desata, quando a el desfallesce del amigo, lo que queria, assi como de suso diximos (42).

(*f*) non puede nin quiere Acad.

(39) V. l. 4. tit. 7. P. 6. y téngase presente lo determinado por nuestra ley aquí; esto es, que la amistad natural se disuelve por las mismas causas que motivan la desheredacion.

(40) Pues este pierde el derecho de ciudadanía y de naturaleza, segun lo declara nuestra ley aqui, y l. 5. §. 1. D. *de cap. dimin.*; y v. á Bart. en la estravag., *quoniam nuper*, *qui sint rebelles*, en la glosa sobre la palabra *tenore*.

(41) *Si possides amicum*, *in tentatione posside eum*, Eclesiástic. cap. 6. vers. 7. *et non agnoscetur in bonis amicus*, *neque abscondetur in malis inimicus*, Eclesiástic. cap. 12. v. 8. cap. 22. v. 26 y sig. y cap. 37. v. 4 y 5.

(42) V. la l. 4. de este tit.: *et sodalis amico condolet causa ventris*, *et amico conjucundatur in oblectationibus*, *et in tempore tribulationis adversarius erit*, Eclesiástic. cap. 37. v. 4 y 5. diciendo tambien S. Gregor. *moralium* 7. cap. 11. que la pérdida de la felicidad pone á prueba la fuerza é intensidad del amor ó amistad.

FIN DE LA QUARTA PARTIDA.

TABLA

DE LOS TÍTULOS Y LEYES DE LA QUARTA PARTIDA.

Aqui comiença la quarta Partida, que fabla del humano ayuntamiento matrimonial, e del parentesco que ha entre los omes: la qual contiene XXVII· *Titulos. Item* CC.LVI *Leyes.*

TÍTULO VIII.

Leyes. Pag.

TÍTULO IX.

TÍTULO XXVI.

TÍTULO XXVII.

De las materias que en este tomo se contienen, han sido desempeñadas por D. Felipe Vergés las comprendidas en los diez primeros títulos de la cuarta Partida; y las de los diez y siete restantes títulos, y todos los de la Partida tercera por D. Francisco Permanyer.


UNIVERSIDAD DE SEVILLA
u